

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064356

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 481/2019, de 14 de octubre de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1988/2018

**SUMARIO:**

**Delito de prevaricación. Sujetos activos. Concepto de funcionario. Intervención de los extraños. Sociedades participadas por entidades públicas.** El Derecho Penal, no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales. Concepto que determina precisamente al sujeto activo del delito de prevaricación. Cuando se trata de una actividad de naturaleza pública que se oculta tras el velo de una sociedad puramente instrumental dirigida por quienes ostentan una cualidad pública y que maneja fondos exclusivamente públicos, el valor constitucional de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse respetar en todo caso, y en consecuencia las resoluciones arbitrarias que se adopten en este ámbito pueden ser constitutivas, si concurren los requisitos para ello, del delito de prevaricación.

Los requisitos de la prevaricación en los supuestos de empresas de capital público son los siguientes: 1º) la condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública; 2º) que este sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo; 3º) que dicha resolución sea arbitraria, esto es, que se trate de un acto contrario a la justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho; 4º) que se dicte en un asunto administrativo, es decir, en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos, de publicidad y concurrencia; y 5º) «a sabiendas de la injusticia», lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable.

En cuanto a la intervención de los extraños, existe la posibilidad de que un extraño induzca o colabore con el funcionario público, para ayudarle, en definitiva participar, en el delito de prevaricación consistente en dictar una resolución injusta.

**PRECEPTOS:**

Constitución española, arts. 24 y 25.

LO 10/1995 (CP), arts. 8.3, 24, 28, 65, 172.1, 203.1, 204, 404 y 455.

**PONENTE:***Don Vicente Magro Servet.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don FRANCISCO MONTERDE FERRER

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

**RECURSO CASACION núm.: 1988/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 481/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de las Acusaciones Particulares "MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L." y Gonzalo, y del recurrente acusado Heraclio, por adhesión, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que condenó a los acusados Horacio y Heraclio por delito de prevaricación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes Acusaciones Particulares, representados por el Procurador D. Rafael Ángel Palma Crespo y bajo las direcciones Letradas de Dña. Encarnación Heredia García respecto de "Marinas del Mediterráneo, S.L." y Dña. Mª del Pilar Mayor Olea respecto de Gonzalo , y el recurrente acusado Heraclio por la Procuradora Dña. Sara Carrasco Machado y bajo la dirección Letrada de D. Francisco Velasco Pedraza, y los recurridos acusado Horacio representado por la Procuradora Dña. Mª Teresa De Donestevé y Velázquez Gaztelu y bajo la dirección Letrada de D. Ángel González Jurado y la Acusación Particular Puerto Deportivo de Benalmádena S.A.M., representada por la Procuradora Dña. Macarena Rodríguez Ruiz y bajo la dirección Letrada de D. Antonio Diego Peláez Díaz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Torremolinos incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1016/16 contra Horacio y Heraclio, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que con fecha 15 de marzo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos: El día 30 de mayo de 2004 se suscribió un contrato de arrendamiento de servicios entre la entidad mercantil "MARINA DEL MEDITERRÁNEO VARADERO DE BENALMÁDENA, S.L. (antes "Varadero del puerto Deportivo de Benalmádena S.L.) como arrendataria y la

entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA S.A." como arrendadora, entidad participada al 100% por el Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga). Dicho contrato tenía por objeto la prestación de servicios por parte de la primera mercantil consistentes en la gestión y explotación del servicio de varadero dentro del recinto del Puerto Deportivo de Benalmádena. La referida relación contractual se fue prorrogando de común acuerdo entre las partes hasta el 30 de septiembre de 2011. A tal efecto la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA" remitió un burofax con fecha 27 de julio de 2011 dirigido al representante legal de la Sociedad "MARINA DEL MEDITERRÁNEO VARADERO DE BENALMÁDENA, S.L.", requiriéndole para que el día 30 de septiembre de 2011 dejara libre las instalaciones que explotaba y ocupaba en el interior del recinto portuario a disposición de la entidad requirente. Dicho burofax fue contestado por esta última mercantil en el sentido de rechazar el requerimiento recibido. Por otra parte de la entidad arrendadora se remitió un nuevo burofax, con fecha 14 de septiembre de 2011, a la entidad arrendataria de los servicios por el que se requería al representante legal de esta entidad para que compareciera personalmente o mediante persona delegada el día 3 de octubre de 2011 a las 08,00 horas en la entrada de las instalaciones del puerto a fin de hacer entrega de tales instalaciones y del inventario incluido en el Anexo I del inicial contrato. A pesar de tales requerimientos, el acusado Horacio en su condición, en aquella época, de teniente de Alcalde, Concejal Delegado de Bienestar Social del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena y Vicepresidente y Consejero Delegado de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA S.A." y el acusado Heraclio, en su calidad, en aquel tiempo, de Secretario del Consejo de Administración de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA S.A." y asesor del Consejero Delegado en dicha entidad contratado por el Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena, sobre la 01,15 horas del día 1 de octubre de 2011, se personaron en las referidas instalaciones arrendadas acompañados de un cerrajero y de varios Agentes de la Policía Local que habían sido requeridos expresamente por el acusado Horacio, en su condición de teniente de Alcalde, para que comparecieran a fin de garantizar la ejecución de una supuesta orden dictada por el Alcalde de Benalmádena consistente en tomar posesión de las instalaciones mediante el cambio de cerraduras, orden inexistente ni cualquiera otra resolución, orden o acuerdo que amparara el desalojo y la desposesión de aquellas. Una vez allí el cerrajero, siguiendo instrucciones de los dos acusados, procedió a romper las cerraduras de las principales puertas de las instalaciones explotadas, cambiando las mismas. A los pocos minutos se personaron Agentes de la Policía Nacional en el lugar de los hechos que requirieron a los acusados para que justificaran la legalidad de su actuación, limitándose aquellos a referir los ya mencionados burofaxes. Aproximadamente sobre las 9,30 horas del día 2 de octubre de 2011, Heraclio volvió a personarse en las referidas instalaciones antes de la apertura de las mismas y, acompañado de un cerrajero, continuó cambiando las cerraduras sin el consentimiento de la entidad que ostentaba la posesión sobre las mismas".

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"A.- Que debemos condenar y condenamos a Horacio y a Heraclio, como autores responsables de un delito de prevaricación ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y al pago, por mitad, de una cuarta parte de las costas procesales ocasionadas, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción. B.- Que debemos absolver y absolvemos a Horacio y a Heraclio de los delitos de realización arbitraria del propio derecho, coacciones y allanamiento de establecimiento por los que eran igualmente acusados. Con declaración del resto de costas ocasionadas de oficio. En cuanto a la responsabilidad civil los acusados deberán indemnizar solidariamente a la entidad MARINA DEL MEDITERRÁNEO S.L. y a Gonzalo en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los conceptos y con arreglo a las bases que se concretan en el Fundamento Jurídico Séptimo de esta resolución. Y ello con la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad "Puerto Deportivo de Benalmádena" y del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia".

### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de las Acusaciones Particulares

"Marinas del Mediterráneo, S.L." y Gonzalo y por adhesión, del recurrente acusado Heraclio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

#### **Cuarto.**

I.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular "MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.", lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero. Por infracción de precepto constitucional, previsto en el artículo 852 de la LECrim, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión.

Segundo. Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el artículo 851.3º de la LECrim, toda vez que la resolución recurrida no resuelve la solicitud de condena en concepto de responsabilidad civil interesada por esta representación en nombre de mi mandante: MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.

Tercero. Por infracción legal, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1º de la LECrim, por entender infringidos los artículos 172.1, 203.1, ambos del Código Penal. Preceptos todos ellos de carácter sustantivo que han de ser observados en aplicación de la Ley Penal.

Cuarto. Por infracción legal, al amparo de lo previsto en el artículo 849.2º de la LECrim, por entender que ha existido error en la valoración de la prueba en relación con documentos obrantes en autos a la hora de determinar la responsabilidad civil derivada de los acusados.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Gonzalo, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, protegido por el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Segundo. Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar vulnerados diversos artículos del Código Penal, entre ellos el artículo 172, el artículo 203 y el artículo 455 y demás artículos relacionados así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiendo ser observados todos ellos en la aplicación de la Ley Penal.

Tercero. Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir un error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Cuarto. Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el artículo 851.3º al no resolver la sentencia sobre todos los puntos objeto de acusación, al no pronunciarse en el apartado de responsabilidad civil sobre la indemnización por el daño moral ocasionado a DON Gonzalo.

III.- El recurso interpuesto por adhesión del acusado Heraclio, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo único.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de ley de los arts. 24, 404 y 65 del C. P.

#### **Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la inadmisión de todos los motivos, dándose igualmente por instruidas las representaciones de las Acusaciones Particulares, solicitando igualmente la inadmisión de todos sus motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para vista y fallo para el día 9 de octubre de 2019, con la presencia de los Letrados recurrentes Dña. María del Pilar Mayor Olea en defensa de Gonzalo que se ratificó en todos los motivos de su recurso; Dña. Encarnación Heredia García en defensa de Marinas del Mediterráneo, S.L. que informó; D. Francisco Velasco Pedraza en defensa de Heraclio adherido al recurso,

informó manteniendo el mismo y solicitando la absolución de su defendido. Y los recurridos D. Antonio Peláez Díaz en defensa de Puerto Deportivo de Benalmádena S.A.M. que se ratificó en su escrito e informó adhiriéndose al Ministerio Fiscal, solicitando la desestimación de los recursos y la confirmación de la sentencia; D. Ángel González Jurado en defensa de Horacio que se ratificó en su escrito, solicitando la desestimación de los recursos, y del Ministerio Fiscal que se ratificó en su escrito e informó, solicitando la confirmación de la sentencia, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por las representaciones procesales de los recurrentes Gonzalo, Marina del Mediterráneo S.L., y Heraclio contra sentencia de fecha 15 de marzo de 2018, dictada por la sección octava de la audiencia provincial de Málaga.

RECURSO DE MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.

### Segundo.

1.- Por infracción de precepto constitucional, previsto en el artículo 852 de la LECrim, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión.

Señala la recurrente que "La sentencia recurrida, ni en su fundamentación jurídica, ni es su parte dispositiva, hace referencia alguna a la solicitud de condena al pago de la cantidad de 416.112,62€ en concepto de daños y perjuicios formulada por mi mandante, "Marinas del Mediterráneo, SL", contra los acusados y los responsables civiles subsidiarios".

Pues bien, es hecho probado que:

"El día 30 de mayo de 2004 se suscribió un contrato de arrendamiento de servicios entre la entidad mercantil "MARINA DEL MEDITERRÁNEO VARADERO DE BENALMÁDENA , SL (antes "Varedero del Puerto Deportivo de Benalmádena SL ) como arrendataria y la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" como arrendadora, entidad participada al 100% por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga). Dicho contrato tenía por objeto la prestación de servicios por parte de la primera mercantil consistentes en la gestión y explotación del servicio de varadero dentro del recinto del Puerto Deportivo de Benalmádena. La referida relación contractual se fue prorrogando de común acuerdo entre las partes hasta el 30 de septiembre de 2011".

A tal efecto la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMADENA" remitió un burofax con fecha 27 de Julio de 2011 dirigido al representante legal de la Sociedad "MARINA DEL MEDITERRÁNEO VARADERO DE BENALMÁDENA , SL" requiriéndole para que el día 30 de septiembre de 2011 dejara libre las instalaciones que explotaba y ocupaba en el interior del recinto portuario a disposición de la entidad requirente. Dicho burofax fue contestado por esta última mercantil en el sentido de rechazar el requerimiento recibido.

Por parte de la entidad arrendadora se remitió un nuevo burofax, con fecha 14 de septiembre de 2011, a la entidad arrendataria de los servicios por el que se requería al representante legal de esta entidad para que compareciera personalmente o mediante persona delegada el día 3 de Octubre de 2011 a las 08,00 horas en la entrada de las instalaciones del puerto a fin de hacer entrega de tales instalaciones y del inventario incluido en el Anexo I del inicial contrato.

A pesar de tales requerimientos, el acusado Horacio en su condición, en aquella época, de Teniente de Alcalde, Concejal Delegado de Bienestar Social del Excmo Ayuntamiento de Benalmádena y Vicepresidente y Consejero Delegado de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y el acusado Heraclio, en su calidad, en aquel tiempo, de Secretario del Consejo de Administración de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y asesor del Consejero Delegado en dicha entidad contratado por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena, sobre la 01,15 horas del día 1 de Octubre de 2011, se personaron en las referidas instalaciones arrendadas acompañados de un cerrajero y de varios Agentes de la Policía Local que habían sido requeridos expresamente por el Sr. Horacio, en su condición de Teniente de Alcalde, para que comparecieran a fin de garantizar la ejecución de una supuesta orden dictada por el Alcalde de Benalmádena consistente en tomar

posesión de las instalaciones mediante el cambio de cerraduras, orden inexistente ni cualquiera otra resolución, orden o acuerdo que amparara el desalojo y la desposesión de aquellas.

Una vez allí el cerrajero, siguiendo instrucciones de los dos acusados, procedió a romper las cerraduras de las principales puertas de las instalaciones explotadas, cambiando las mismas. A los pocos minutos se personaron Agentes de la Policía Nacional en el lugar de los hechos que requirieron a los acusados para que justificaran la legalidad de su actuación, limitándose aquellos a referir los ya mencionados burofax.

Aproximadamente sobre las 9,30 horas del día 2 de Octubre de 2011, el Sr. Heraclio volvió a personarse en las referidas instalaciones antes de la apertura de las mismas y, acompañado de un cerrajero, continuó cambiando las cerraduras sin el consentimiento de la entidad que ostentaba la posesión sobre las mismas".

En consecuencia, todas las menciones y referencias que se hacen en los hechos probados se circunscriben a "MARINA DEL MEDITERRÁNEO VARADERO DE BENALMÁDENA, SL, en ningún caso a Marinas del Mediterráneo S.L., que ahora reclama su indemnización, y, sobre todo, a la hora de dar respuesta a la reclamación formulada, el Tribunal en el FD 7º hace mención a que " Constando en las actuaciones que la entidad Marina del Mediterráneo Varadero de Benalmádena carece en la actualidad de personalidad jurídica propia por extinción de la misma acordada en Auto de 2 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil de Málaga , difícilmente puede reconocerse indemnización alguna directamente a su favor, como persona jurídica y beneficiaria de tal indemnización, debiendo determinarse en ejecución de sentencia la persona física o jurídica que, en nombre de la sociedad extinta, debe ser el beneficiario o beneficiarios de la indemnización que, en su caso, se reconozca".

Con ello, se está dando respuesta a la cuestión ya planteada en el motivo, ya que no existe la pretendida vulneración de la tutela judicial efectiva, ni indefensión a la recurrente, sino posposición de la resolución de la cuestión que ahora se plantea, al no poder conceder indemnización a la parte en tanto en cuanto no se aclaren las circunstancias existentes en el terreno societario en orden a determinar y fijar en este terreno si se ha producido una sucesión de empresas, y quién detenta las participaciones de la real sociedad perjudicada en este procedimiento penal.

Lo que hace el Tribunal es correcto en tanto en cuanto, siendo perjudicada la sociedad que consta en el relato de hechos probados, y no la que ahora ejerce la acusación particular, aunque tengan parecida denominación, ello no otorga un derecho de crédito a la recurrente a que conste su denominación como acreedor directo, dejándose para la ejecución de sentencia que el recurrente pueda acreditar que civilmente se ha subrogado en las acciones civiles que pueda detentar la real perjudicada en los hechos probados, no produciéndose, en consecuencia, la pretendida vulneración de la tutela judicial efectiva que se postula.

Las referencias en la sentencia se siguen haciendo en este FD 7º a la mercantil que consta en los hechos probados, no a la recurrente, y así: A tal efecto consta probado que la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMADENA" remitió un burofax con fecha 27 de Julio de 2017 dirigido al representante legal de la Sociedad ""MARINA DEL MEDITERRÁNEO VARADERO DE BENALMÁDENA , SL" requiriéndole para que el día 30 de septiembre de 2011 dejara libre las instalaciones que explotaba y ocupaba en el interior del recinto portuario a disposición de la entidad requirente. Dicho burofax fue contestado por esta última mercantil en el sentido de rechazar el requerimiento recibido.

Así, como señala la Fiscalía, surge la duda acerca de la validez de la legitimación de la sociedad ahora personada para reclamar en nombre de la sociedad sujeto pasivo e hipotéticamente perjudicada por los hechos, pues no hay que olvidar que en el presente procedimiento el sujeto pasivo del delito de prevaricación era la sociedad Marina del Mediterráneo Varadero de Benalmádena S.L., que no es la misma sociedad que la ahora recurrente "Marina del Mediterráneo S.L.", que es la que se personó como acusador en las actuaciones, siendo representante legal de ambas sociedades el también recurrente Gonzalo. Y teniendo en cuenta que en los hechos probados se declara que los locales en los que se produjeron los actos delictivos estaban siendo explotados y utilizados por la sociedad "Marina del Mediterráneo Varadero de Benalmádena S.L."

Y ante este estado de cosas debería ser en esa ejecución de sentencia en el orden civil donde existirá la oportunidad de realizar esa acreditación de la legitimación activa para reclamar en nombre de la real perjudicada en los hechos probados, por lo que la pretendida indefensión no se produce, sino que, como hemos expuesto, posposición a las posibilidades de prueba de legitimación, o sucesión empresarial, y en esa sede postular el pago a la recurrente, en su caso, de la suma que le corresponda, pero no puede fijarse la indemnización sin la prueba del presupuesto objetivo de la legitimación y la asunción de los derechos de crédito de la perjudicada que consta en el procedimiento.

El motivo se desestima.

### Tercero.

2.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el artículo 851.3º de la LECrim , toda vez que la resolución recurrida no resuelve la solicitud de condena en concepto de responsabilidad civil interesada por esta representación en nombre de mi mandante: MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.L.

La resolución recurrida incurre en incongruencia omisiva, puesto que únicamente hace referencia a la procedencia y bases para la fijación de la indemnización a favor del Sr. Gonzalo y la extinta mercantil, Marina del Mediterráneo Varadero de Benalmádena, S.L. Pero, en ningún caso, se pronuncia sobre la solicitud de indemnización ejercitada por Marinas del Mediterráneo, S.L."

No existe incongruencia omisiva, sino que se ha dejado la solución de la legitimación activa para la fase de ejecución de sentencia en el orden civil, y su fijación como acreedor en tanto ello se acredite debidamente en ese momento procesal. Ya hemos dado respuesta a ello en el anterior fundamento jurídico.

El motivo se desestima.

### Cuarto.

3.- Por infracción legal, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1º de la LECrim, por entender infringidos los artículos 172.1, 203.1, ambos del Código Penal. Preceptos todos ellos de carácter sustantivo que han de ser observados en aplicación de la Ley Penal.

Cuestiona el recurrente que "los acusados son absueltos de la comisión de un delito de coacciones del artículo 172. 1 y de un delito de allanamiento de establecimiento abierto al público de los artículos 203.1 y 204, todos ellos del Código Penal en la redacción vigente a la fecha de los hechos...los acusados han lesionado dos bienes jurídicos distintos, el recto funcionamiento de la Administración de Justicia y la libertad de la persona perjudicada por los hechos cometidos. Y, por tanto, para abarcar la total antijuridicidad de su conducta han de ser condenados por ambos delitos en su forma concursal".

Tras exponer en los hechos probados las comunicaciones existentes se fija en los mismos en lo que aquí nos atañe que:

"A pesar de tales requerimientos, el acusado Horacio en su condición, en aquella época, de Teniente de Alcalde, Concejal Delegado de Bienestar Social del Excmo Ayuntamiento de Benalmádena y Vicepresidente y Consejero Delegado de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y el acusado Heraclio, en su calidad, en aquel tiempo, de Secretario del Consejo de Administración de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y asesor del Consejero Delegado en dicha entidad contratado por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena, sobre la 01,15 horas del día 1 de Octubre de 2011, se personaron en las referidas instalaciones arrendadas acompañados de un cerrajero y de varios Agentes de la Policía Local que habían sido requeridos expresamente por el Sr. Horacio, en su condición de Teniente de Alcalde, para que comparecieran a fin de garantizar la ejecución de una supuesta orden dictada por el Alcalde de Benalmádena consistente en tomar posesión de las instalaciones mediante el cambio de cerraduras, orden inexistente ni cualquiera otra resolución, orden o acuerdo que amparara el desalojo y la desposesión de aquellas.

Una vez allí el cerrajero, siguiendo instrucciones de los dos acusados, procedió a romper las cerraduras de las principales puertas de las instalaciones explotadas, cambiando las mismas. A los pocos minutos se personaron Agentes de la Policía Nacional en el lugar de los hechos que requirieron a los acusados para que justificaran la legalidad de su actuación, limitándose aquellos a referir los ya mencionados burofax.

Aproximadamente sobre las 9,30 horas del día 2 de Octubre de 2011, el Sr. Heraclio volvió a personarse en las referidas instalaciones antes de la apertura de las mismas y, acompañado de un cerrajero, continuó cambiando las cerraduras sin el consentimiento de la entidad que ostentaba la posesión sobre las mismas".

Estos son los extremos que constan en los hechos probados, lo que nos lleva a que es correcta la apreciación del Tribunal de que "un mismo hecho", como es la ejecución de una inexistente orden pueda dar lugar a varios hechos delictivos, por cuanto se estaría entrando en la infracción del principio non bis in idem. Y en este sentido, la fijación de la consecuencia tipificadora de los hechos en el delito de prevaricación ya tiene la suficiente respuesta jurídica al hecho probado, sin que sea posible condenar por tres delitos, como propone la recurrente, un mismo y único hecho, que es la acción que consta en los hechos probados y que se refiere a una decisión injusta a sabiendas de que lo es.

Así, el Tribunal señala en su FD 2º de la sentencia que:

"Sobre la prevaricación administrativa el Tribunal Supremo ha manifestado que:

a) El bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación; garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al 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;

b) la acción, consistente en dictar una resolución injusta en un asunto administrativo, implica su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse 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; y c) respecto del elemento diferenciador entre ilegalidad administrativa y penal (arbitrariedad), se ha estimado, en algunas resoluciones desde una óptica objetiva, que el acento debe hallarse en la "patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho"; y en otras resoluciones se ha resaltado como elemento decisivo el ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad ( S. T. S. 16/10/2.009).

En el caso enjuiciado el objeto del delito de prevaricación vendría constituido fundamentalmente por la ausencia absoluta y total de resolución administrativa de tipo alguno que amparara la actuación de ambos acusados por la ausencia de cualquier decisión al respecto por parte del Consejo de Administración de la sociedad municipal Puerto Deportivo de Benalmádena y, desde luego, del Excmo Ayuntamiento de Benalmádena, de forma que la actuación de los acusados estaba huérfana de cualquier amparo legal".

Con ello, la acción desplegada no puede constituir más delitos del fijado por el que existe la condena. Es cierto, que las acusaciones añadieron a la prevaricación los delitos de realización arbitraria del propio derecho, coacciones y allanamiento, pero el Tribunal señala en la sentencia en el FD nº 3º que:

"Consideramos que ese es el sentido del cambio en la calificación definitiva de los hechos realizada por el Ministerio Fiscal al acusar de forma principal por delito de prevaricación y, alternativamente, por realización arbitraria del propio derecho. En consecuencia, se aprecia en este caso un concurso aparente de leyes que se resolverá con aplicación del principio de consunción del artículo 8, apartado 3 del Código Penal, aplicando solamente el delito de prevaricación como precepto más amplio en virtud del principio de especialidad dentro del concurso aparente de normas del art. 8.

Idéntica conclusión se alcanza respecto al posible delito de coacciones y delito de allanamiento de establecimiento abierto al público de los artículos 203.1º y 204 del Código Penal en su redacción vigente a fecha de los hechos que quedarían subsumidos el delito de prevaricación pues esta se consuma a través del cambio de cerradura de las instalaciones. Pero además y realmente la comisión de tales delitos no ha quedado acreditada con plenitud ya que, de conformidad con la prueba practicada ya analizada con amplitud en el Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia, a pesar del cambio de cerraduras, permaneció abierta una puerta a través de la cual se podía acceder al interior de las instalaciones y, de hecho, a través de la misma accedieron los empleados del Varadero. Y, con relación al allanamiento, parece indiscutible que los acusados no llegaron a entrar al recinto objeto de la concesión".

En cualquier caso, lo cierto es que el acto es único, y no varios actos susceptibles de ser calificados de forma independiente a modo de concurso real, de ahí que la fiscalía apunte con acierto que la acción prevaricadora se produce y se manifiesta por el hecho de personarse los acusados condenados en el puerto deportivo de Benalmádena en las instalaciones que ocupaba la sociedad Marina del Mediterráneo Varadero de Benalmádena S.L. y tratar de tomar posesión de las instalaciones mediante el cambio de cerraduras sin la existencia de orden, ni resolución válida del Ayuntamiento de Benalmádena para la realización de referida conducta, acción que consume por su propio desarrollo fáctico, las conductas de cambio de cerradura, y de ahí que sea correcta la consideración de que estamos ante un concurso de leyes del nº 3 del art 8 del C.P., por lo que se castiga únicamente el delito que consume, en este caso el de prevaricación.

Y es que, precisamente, para no conculcar el principio non bis in idem debe aplicarse la teoría del concurso de leyes previsto en el art. 8.º CP, puesto que el hecho probado real es único, en realidad, y que se ha descrito en los hechos probados en cuanto a esa decisión arbitraria e injusta que se ejecuta sin basamento ni

amparo legal, de ahí que la injusta del acto llevado a cabo en el establecimiento ya tenga el soporte de la condena que se impone por el Tribunal sin ser posible la condena por dos o tres delitos más que supondría en este caso instado castigar un mismo hecho dos veces.

La doctrina ya destaca que el llamado concurso de leyes o de normas aparece regulado en el artículo 8 de nuestro Código Penal de 1995, y se incide en que hay concurso de leyes cuando ante una determinada conducta punible existen diversas normas que la contemplan, de las cuales sólo una debe aplicarse, porque con ella sola queda cubierta la totalidad del contenido antijurídico del hecho examinado. Si ello no ocurre, es decir, si es preciso aplicar todas esas normas concurrentes en el caso, porque sólo la utilización de una es insuficiente para agotar el significado de ilicitud penal del supuesto de hecho, entonces nos hallamos ante un concurso ideal de delitos.

La cuestión que surge es determinar si existen una o más conductas y en el primer caso aplicar el art. 8 CP, que es lo que lleva a cabo el Tribunal. Y en estos casos señala la doctrina que se trata de determinar cuál de las normas en concurso ha de aplicarse al caso, problema al que, antes del Código Penal de 1995, sólo se refería una norma, el artículo 68 del Código Penal de 1944 que utilizaba como criterio único al respecto el de la gravedad de la pena, ordenando que "los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometido". Precepto engañoso, porque encubre una realidad por todos reconocida, a saber, que siempre han existido normas en la parte especial que, derivadas de su propia estructura y significación y relacionándose unas con otras, obligan a aplicar unos criterios preferentes al que recoge este artículo 68, criterios que, tras las inevitables dudas doctrinales derivadas muchas veces de cuestiones simplemente terminológicas, se han concretado en los tres que ahora recoge como de preferente aplicación el nuevo artículo 8 del Código Penal de 1995, los de especialidad, subsidiariedad y consunción (o absorción).

Ello ha llevado al Tribunal en este caso a optar por el principio de especialidad dentro del concurso aparente de normas del art. 8, porque la acción tiene encaje en el delito de prevaricación por dimanar de quien dimana la orden y suponer el acto ocurrido y ejecutado en el establecimiento la plasmación física y real del acto ilícito a sabiendas de su injusticia, por lo que, además, no se pueden condenar los mismos hechos por más tipos penales so pena de infringir el principio non bis in idem.

El criterio aplicado en este caso es el de especialidad, y al respecto se refiere la doctrina apuntando que la primera de las reglas de este artículo 8 se refiere al criterio de la especialidad, que se aplica en los casos en que entre las normas en litigio hay una relación de género a especie, es decir, cuando una norma tiene los mismos elementos que la otra y alguno más que la individualiza frente a las otras del mismo género, "el precepto especial se aplicará con preferencia al general". Se suele utilizar esta norma penal como ejemplo de aplicación del criterio de la especialidad en un concurso de leyes, porque pone de relieve su aplicación preferente respecto del criterio de la gravedad. Y la especialidad dimana en este caso de la prevalencia de quien es el autor del delito y la dinámica comisiva del acto, ya que de sancionarse por los otros que eran objeto de acusación dejarían el que ha sido aquí objeto de condena sin posibilidad de incluirlo por las mismas razones apuntadas del non bis in idem.

Como señala esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 481/2017 de 28 Jun. 2017, Rec. 2264/2016:

"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concurra un supuesto de bis in ídem en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión "unos mismos hechos", considera que se da este supuesto en los casos que concurra la identidad de sujeto, hecho y fundamento ( SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 177/1999, 2/2003, 180/2004, 1/2009 y 77/2010). Y en Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 928/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 681/2018: "Las SSTS 1207/2004, de 11-10, 225/2005, de 24-2, conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 19-5-2003, tienen declarado que el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho del principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25-1 CE que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento ( STC 2/2003 de 16-1). La garantía material de no ser sometido a "bis in idem" sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente ( STC 180/2004, de 7-11; 188/2005, de 4-7; 334/2005, de 201-2; 48/2007, de 12-3)".

La pretensión contenida en el motivo excede de las posibilidades concedidas al Tribunal por apartarse de la doctrina jurisprudencial expuesta y ser acertada, por ello, la tipificación del Tribunal ex art. 8 CP.

El motivo se desestima.

#### **Quinto.**

4.- Por infracción legal, al amparo de lo previsto en el artículo 849.2º de la LECrim, por entender que ha existido error en la valoración de la prueba en relación con documentos obrantes en autos a la hora de determinar la responsabilidad civil derivada de los acusados.

Señala el recurrente que la Sala entiende que la actuación de la que son criminalmente responsables los acusados conlleva la fijación a los perjudicados de los daños y perjuicios que les hayan sido irrogados. Sin embargo, considera que la determinación de dicha cantidad debe quedar pospuesta y concretada en ejecución de sentencia exponiendo la pendencia de procedimiento civil, pero añade que los perjudicados en el presente procedimiento también están reclamando reconventionalmente daños y perjuicios, y sostiene que Marinas del Mediterráneo, S.L., que ejercita la Acusación Particular y reclama daños y perjuicios derivados de la actuación criminal de los acusados, no es, ni ha sido nunca, parte en el referido procedimiento civil.

No puede postularse una separación entre las dos mercantiles Marinas del Mediterráneo, S.L. y Marina del Mediterráneo Puerto de Benalmádena, S.L. si la primera está personada en el presente procedimiento, por lo que la decisión de derivar a la vía de ejecución de sentencia la definición de la responsabilidad no conlleva error alguno, ni basamento en documento que permita admitir la pretensión, ya que es en esta vía de ejecución donde la parte puede acreditar sus daños y perjuicios y su alegato de reclamación en concepto de perjudicado y los que haya sufrido. Y es por ello que si existe otro procedimiento civil abierto sobre esta determinación debe estarse a esa vía a abrir en la ejecutoria penal para poder tener en cuenta aquella reclamación en procedimiento civil porque se refiere a los hechos, y a las mismas partes aunque se identifique con otra denominación por cuestiones de sucesión o subrogación.

Si la recurrente reclama que ha llevado a cabo la inversión financiera realizada por ésta por la compra a la mercantil "Marina del Mediterráneo Puerto Deportivo de Benalmádena, S.L." de 299 participaciones sociales de esta última. Compraventa que se formalizó mediante escritura de fecha 15 de enero de 2010 (folios 825 a 845), apenas un año y medio antes de que los acusados cometieran los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento, ello no altera que la quebrada hubiera actuado en el procedimiento civil, y es por ello que no puede reclamarse por un lado el perjuicio sufrido por la adquirida y luego reclamar que no se tenga en cuenta este acto en la derivación a la ejecución penal por ser "Marina del Mediterráneo Puerto Deportivo de Benalmádena, S.L. quien actuó en el procedimiento civil y no la recurrente.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Gonzalo

#### **Sexto.**

1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, protegido por el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Señala el recurrente que "La sentencia recurrida omite en su fundamento jurídico séptimo, a la hora de fijar las bases para la responsabilidad civil, el pronunciamiento relativo al perjuicio moral causado al recurrente, el acusador particular DON Gonzalo, a pesar de haber sido dicho pronunciamiento especialmente solicitado por la acusación particular y haber sido objeto de prueba en la causa".

Ya se ha expuesto que el Tribunal ha fijado que:

"Este Tribunal estima que la determinación de la cantidad que corresponda en tal concepto debe quedar pospuesta y concretada en ejecución de sentencia por dos motivos fundamentales:

- La existencia de un procedimiento civil (Procedimiento Ordinario 1311/2011 del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Torremolinos) en el que los perjudicados han ejercitado, por vía de reconvencción, la reclamación de daños y perjuicios derivados de los hechos aquí enjuiciados, incluso en reclamación de lucro cesante y ganancias dejadas de obtener. Dicho procedimiento civil no excluye necesariamente el pronunciamiento civil en esta causa penal, pero dicha duplicidad, tal y como se ha puesto de manifiesto por las defensas, puede dar lugar a

resoluciones contradictorias o a reconocimiento doble de idénticas indemnizaciones, con el consiguiente enriquecimiento injusto, lo que aconseja esperar a la fase de ejecución de sentencia a fin de conocer lo resuelto en dicho procedimiento civil, en su caso.

- Constando en las actuaciones que la entidad Marina del Mediterráneo Varadero de Benalmádena carece en la actualidad de personalidad jurídica propia por extinción de la misma acordada en Auto de 2 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, difícilmente puede reconocerse indemnización alguna directamente a su favor, como persona jurídica y beneficiaria de tal indemnización, debiendo determinarse en ejecución de sentencia la persona física o jurídica que, en nombre de la sociedad extinta, debe ser el beneficiario o beneficiarios de la indemnización que, en su caso, se reconozca".

Y se añade que: "Por las razones expuestas y por las contenidas en el informe pericial emitido por el perito Sr. Manuel hace suyas, de dicha indemnización deben quedar excluidas las sumas reclamadas en nombre de Gonzalo en concepto de valoración de participaciones sociales y por impago de la prima de póliza de seguro por fallecimiento e invalidez absoluta. Difícilmente puede mantenerse que la participación del Sr Gonzalo tuviera un valor positivo cuando la principal actividad de la entidad Marina del Mediterráneo iba a cesar, en todo caso, a partir de primeros de Octubre de 2011, aún cuando no se hubiese producido la ilícita actuación de los acusados y teniendo en cuenta el contenido del Auto del juzgado de lo Mercantil N° 2 de Málaga de conclusión del concurso de dicha mercantil por falta de masa activa . Respecto a la prima de seguro, si, en todo caso, la entidad Marina del Mediterráneo iba a quedar sin actividad ni objeto social a partir de la fecha señalada, la responsabilidad en el impago de la prima del referido seguro no puede atribuirse ni a los acusados ni a los responsables civiles subsidiarios".

Es por ello, por lo que la Sala ya ha dado respuesta a esta cuestión reclamada, y en todo caso ya se ha fijado para ejecución de sentencia la fijación de la responsabilidad civil, no en la sentencia de instancia ahora recurrida en casación.

El motivo se desestima.

#### **Séptimo.**

2.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar vulnerados diversos artículos del Código Penal, entre ellos el artículo 172, el artículo 203 y el artículo 455 y demás artículos relacionados así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiendo ser observados todos ellos en la aplicación de la Ley Penal.

Se ha dado respuesta a este motivo en el FD nº 4.

El motivo se desestima.

#### **Octavo.**

3.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir un error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se ha tratado toda la temática a la fijación de la responsabilidad civil en fundamentos jurídicos precedentes.

El motivo se desestima.

#### **Noveno.**

4.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el artículo 851.3º al no resolver la sentencia sobre todos los puntos objeto de acusación, al no pronunciarse en el apartado de responsabilidad civil sobre la indemnización por el daño moral ocasionado a DON Gonzalo.

Se ha resuelto sobre la cuestión de la reclamación del daño moral en el FD nº 6º. Se ha derivado a la ejecución de la sentencia la fijación de los daños y perjuicios producidos. Debe ser en esta sede donde se discuta esta pretensión, no en la casación penal ante la sentencia, cuando ésta ha razonado adecuadamente esta derivación como ya se ha expresado.

El motivo se desestima.

RECURSO ADHESIVO DE Heraclio

#### **Décimo.**

Único.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de ley de los arts. 24, 404 y 65 del C. P.

Cuestiona la condena por prevaricación y que se haya mantenido la condición de funcionario -y por ende el encaje de su posible conducta en la prevaricación- del recurrente, señalando que "ha estado vinculado mediante contrato mercantil de servicios a la sociedad Puerto Deportivo de Benalmádena, SAM, con funciones de gerente - Folio 952 de las actuaciones- y además dicha sociedad, al contrario de lo que entiende la Audiencia Provincial de Málaga en ningún caso se puede considerar que realiza una un servicio público por mucho que en la sentencia se fuerce también este concepto".

Consta en los hechos probados que:

"La entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" como arrendadora, entidad participada al 100% por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga).

...El acusado Horacio en su condición, en aquella época, de Teniente de Alcalde, Concejal Delegado de Bienestar Social del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena y Vicepresidente y Consejero Delegado de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y el acusado Heraclio, en su calidad, en aquel tiempo, de Secretario del Consejo de Administración de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y asesor del Consejero Delegado en dicha entidad contratado por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena , sobre la 01,15 horas del día 1 de Octubre de 2011, se personaron en las referidas instalaciones arrendadas acompañados de un cerrajero y de varios Agentes de la Policía Local que habían sido requeridos expresamente por el Sr. Horacio, en su condición de Teniente de Alcalde, para que comparecieran a fin de garantizar la ejecución de una supuesta orden dictada por el Alcalde de Benalmádena consistente en tomar posesión de las instalaciones mediante el cambio de cerraduras, orden inexistente ni cualquiera otra resolución, orden o acuerdo que amparara el desalojo y la desposesión de aquellas".

Es decir, que la intervención del recurrente lo es en una entidad participada al 100% por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), y lo hace como "Secretario del Consejo de Administración de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y asesor del Consejero Delegado en dicha entidad contratado por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena".

El Tribunal destaca al respecto que:

"No hay duda al respecto de la condición de funcionario público del sr. Horacio en su calidad, en aquellos tiempos, de Teniente de Alcalde del Ayuntamiento y Consejero Delegado de la entidad. Igualmente la Sala estima que el acusado Sr. Heraclio tiene tal condición desde el punto de vista penal, como asesor contratado por el Ayuntamiento y en su condición, por entonces, Secretario del Consejo de Administración de la entidad Puerto Deportivo de Benalmádena SAM, que, en todo momento acompañó al sr. Horacio, actuando conjuntamente con este en el despojo ilegal.

El concepto de autoridad y funcionario público lo proporciona el art. 24 del Código Penal al establecer: "1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas".

Conclusión de lo anterior, es que los acusados citados tenían la condición de Funcionarios Públicos a los efectos del citado art. 24, en cuanto que los mismos como Consejero Delegado y Secretario de un ente publico, con personalidad jurídica propia, cual es una sociedad municipal participada, estaban al servicio de la misma, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo.

Como señala la STS de 14/2/2017 "Como dice la STS 1608/2005 de 12-12 "el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho

concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que ". . . por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas . . . ", art. 24. 2º y 2, el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de "carrera" como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia ( SSTS 1292/2000, de 10-7; 4. 12 . 2002, 1344/2004, de 23. 12).

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" ( STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad ( SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento ( STS de 27 de enero de 2003). El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos ( STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública ( STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado ( STS de 13 de noviembre de 2002)".

En todo caso, aún cuando no se concluyese que el acusado Sr. Heraclio tenía la condición de funcionario público a efectos penales, procedería su condena en su calidad de "extraneus" en el delito de prevaricación. En cuanto a la participación del "extraneus", la Jurisprudencia de manera unánime ha manifestado que no puede ser autor material de delitos especiales como la prevaricación y la malversación por no concurrir en el mismo la condición de autoridad o funcionario público, pero sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación de inducción y de cooperación necesaria, que se equiparan a la autoría a los efectos penales ( artículo 28 del Código Penal). Estima la Sala que, en todo caso, la participación del acusado Jose Miguel lo habría sido a título de cooperador necesario por su participación y colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente fundamental, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo ( STS 357/2012 de 16 de mayo)".

La extensión del concepto de funcionario público en el ámbito de las empresas públicas con participación relevante de la Administración Pública es hecho consolidado. Pero en este tema hay que centrar varias cuestiones, a saber:

1.- Que hubo una resolución injusta.

Se fija en los hechos probados una resolución injusta, como es la ejecución de un desalojo amparado en una orden municipal inexistente, por lo que resulta arbitraria e injusta a sabiendas de que ello no era así.

Se declara probado que "el acusado Horacio en su condición, en aquella época, de Teniente de Alcalde, Concejal Delegado de Bienestar Social del Excmo Ayuntamiento de Benalmádena y Vicepresidente y Consejero Delegado de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y el acusado Heraclio, en su calidad, en aquel tiempo, de Secretario del Consejo de Administración de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA" y asesor del Consejero Delegado en dicha entidad contratado por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena, sobre la 01,15 horas del día 1 de Octubre de 2011, se personaron en las referidas instalaciones arrendadas acompañados de un cerrajero y de varios Agentes de la Policía Local que habían sido requeridos expresamente por el Sr. Horacio, en su condición de Teniente de Alcalde, para que comparecieran a fin de garantizar la ejecución de una supuesta orden dictada por el Alcalde de Benalmádena consistente en tomar posesión de las instalaciones mediante el cambio de cerraduras, orden inexistente ni cualquiera otra resolución, orden o acuerdo que amparara el desalojo y la desposesión de aquellas.

Una vez allí el cerrajero, siguiendo instrucciones de los dos acusados, procedió a romper las cerraduras de las principales puertas de las instalaciones explotadas, cambiando las mismas. A los pocos minutos se

personaron Agentes de la Policía Nacional en el lugar de los hechos que requirieron a los acusados para que justificaran la legalidad de su actuación, limitándose aquellos a referir los ya mencionados burofax".

Con ello, existe resolución determinante de la prevaricación.

Señala a estos efectos el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 196/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 1386/2017 que:

"La jurisprudencia viene estableciendo que por "resolución" se entiende todo acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Ciertamente también se dice por aquélla, que debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno.

Conviene recordar lo dicho en la STS de 1 de julio de 2008 : "...La acción propia del tipo se enuncia con los términos de dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Nos encontramos con un elemento normativo del tipo en el sentido de que su significado está suministrado por una norma jurídica y no por su uso en el lenguaje común, que se refleja en un diccionario. Para un sector doctrinal, el sentido propio del término resolución es el que se manifiesta en el artículo 89 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual es el acto "que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo".

Así, la resolución es una especie dentro del concepto más amplio de acto administrativo que, conforme a los artículos 54 y 55 del mismo texto, serán generalmente escritos y motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho cuando limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

En cambio para otro sector, es resolución cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral".

La diferencia entre los actos resolutorios y los de trámite es contemplada, para la determinación del alcance del concepto de resolución, en la STS de 9 de abril de 2007:

Dentro de los actos administrativos concretos los resolutorios han de diferenciarse de los de trámite, en que aquéllos dan definitivamente forma a la voluntad administrativa.

El Tribunal Supremo precisa que la resolución es un acto de contenido decisorio que resuelve sobre el fondo del asunto con eficacia ejecutiva y que para determinar tal carácter ha de atenderse a la normativa que regula el sector de la actividad pública de que se trate; sentencias de 27.6.2003 y 12.2.1999, la STS de 27 de junio de 2003 había dicho ya que: "Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es 'tomar determinación fija y decisiva'. Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión".

Los 'actos de trámite', no carecen necesariamente 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. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, ya en sentencias de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995, de las que resulta que a los efectos del actual artículo 404 Código Penal, 'resolución' es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva.

2.- La admisión de este delito en empresa con participación pública.

Lo admite el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 al recordar la Sentencia 149/2015, de 11 de marzo, al apuntar que la presencia de capital de carácter exclusivamente público no altera la naturaleza de la actuación de la empresa en el ámbito mercantil, pero sí condiciona las resoluciones sobre contratación, cuando se arriesgan fondos públicos.

Por ello estas sociedades están sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación, y estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen desde la perspectiva del ámbito penal la cualidad de autoridades o funcionarios y

recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se dictan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación.

En consecuencia, nos recuerda esta Sentencia para afirmar la tipicidad en el delito de prevaricación, este no refiere de modo expreso a las resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo.

Los requisitos de la prevaricación en los supuestos de empresas de capital público son los siguientes: 1º) la condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública; 2º) que este sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo; 3º) que dicha resolución sea arbitraria, esto es, que se trate de un acto contrario a la justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho; 4º) que se dicte en un asunto administrativo, es decir, en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos, de publicidad y concurrencia; y 5º) "a sabiendas de la injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable.

En cuanto al sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades, estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). La Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: "Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, dio una nueva redacción a esta regla: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

El Derecho Penal -concluye la Sentencia 149/2005- no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales. Concepto que determina precisamente al sujeto activo del delito de prevaricación. Cuando se trata de una actividad de naturaleza pública que se oculta tras el velo de una sociedad puramente instrumental dirigida por quienes ostentan una cualidad pública y que maneja fondos exclusivamente públicos, el valor constitucional de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse respetar en todo caso, y en consecuencia las resoluciones arbitrarias que se adopten en este ámbito pueden ser constitutivas, si concurren los requisitos para ello, del delito de prevaricación.

Se ha reconocido que la intervención del recurrente lo es en una entidad participada al 100% por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), y lo hace como "Secretario del Consejo de Administración de la entidad "PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDEN SA" y asesor del Consejero Delegado en dicha entidad contratado por el Excmo Ayuntamiento de Benalmádena.

### 3.- La intervención de los extraños.

Lo admite el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 214/2018 de 8 May. 2018, Rec. 10311/2017 que señala que "la posibilidad de que un extraño induzca o colabore con el funcionario público, para ayudarle, en definitiva participar, en el delito de prevaricación consistente en dictar una resolución injusta. El que el extraño no sea quien dicta la resolución injusta a que se refiere el artículo 404 del Código penal, significa que no puede ser autor especial del delito, pero no evita que pueda ser considerado partícipe cuando el actuar del extraño induce al funcionario a la realización del delito o cuando colabora con él con una aportación relevante a su ejecución. Es obvio que el extraño no infringe el deber especial que atañe al funcionario, pero puede participar con

el funcionario en la infracción típica a través de actos de relevancia para la realización del acto injusto, para dictar una resolución injusta".

Añade el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 que "La participación en los delitos especiales propios ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala. El Código penal contiene una específica previsión normativa, art. 65.3 del Código penal, que establece, con carácter general, la posibilidad de punir, como inductores o como cooperadores necesarios, a los particulares que participen, en el concepto indicado, en los delitos especiales propios, como es el caso al tiempo de la comisión de los hechos previendo la posibilidad de reducir la penalidad como lo había hecho la jurisprudencia de esta Sala a partir de la Sentencia del caso de la construcción de Burgos ( STS 18.01.1994) disponiendo una atenuación análoga significación por la no condición de funcionario público, es decir del título especial del autor que no concurre en el extraneus.

La modificación del precepto en la reforma de 2010 permitió y aclaró las dudas que pudieran existir al respecto, ya solucionadas por la interpretación jurisprudencial del tipo penal, por otra parte lógica, toda vez que el concierto al que se refiere el tipo penal se refiere a personas afectadas por la específica relación de sujeción y a personas ajenas a esa relación para perjudicar los intereses de la administración y aunque los primeros infringen un deber, los segundos colaboran en la conducta penando la ley y, antes la jurisprudencia, la posibilidad de una atenuación.

La STS 185/2016 de 4 de marzo de 2016 en un supuesto similar al presente declaró la condición de extraneus, de los no funcionarios, en el delito de fraude a la administración. La especificación por la reforma no invalida la posibilidad de aplicación de los tipos penales especiales propios a las personas en las que no concurre el elemento especial, conforme se viene interpretando por la jurisprudencia de esta Sala desde el caso de la construcción de Burgos antes aludida en un entendimiento de la norma que el legislador de 1995 consolidó a partir del reconocimiento de esa comunicabilidad y la posibilidad de atenuación de la pena".

En consecuencia, la argumentación del Tribunal es acertada en orden a admitir en el recurrente la condición que le permite ser condenado por este tipo penal.

El motivo se desestima.

#### **Undécimo.**

Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes ( art. 901 LECrim).

### **FALLO**

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

**DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de las Acusaciones Particulares " Marinas del Mediterráneo, S.L." y Gonzalo, y del recurrente acusado Heraclio, por adhesión, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, de fecha 15 de marzo de 2018, en causa seguida contra los acusados Horacio y Heraclio que les condenó por delito de prevaricación. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos y a la pérdida de los depósitos constituidos por las Acusaciones Particulares. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Diaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.