



Roj: **STS 3984/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3984**

Id Cendoj: **28079120012017100744**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2017**

Nº de Recurso: **331/2017**

Nº de Resolución: **729/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: Alcaldesa que dicta un Decreto dejando sin efecto un reparo suspensivo formulado por la intervención municipal, conociendo que las objeciones son reales e impiden la culminación del expediente.

RECURSO CASACIÓN núm.: 331/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 729/2017

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 10 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación 331/2017 interpuesto por Inocencia , representada por D. Ignacio Aguilar Fernández bajo la dirección letrada de D. Alejandro Manuel Martín López, y por Ildefonso representado por la procuradora D.ª María Luisa Noya Otero bajo la dirección letrada de D. Ramón García Seara, contra la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2016 por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera , en el Rollo Procedimiento Abreviado n.º 18/2016, en el que se condenó a Inocencia como autora responsable de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.1.1 º, 2 º y 4º del Código Penal , y de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del mismo texto legal , y a Ildefonso como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.1.1 º, 2 º y 4º del Código Penal . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Arzua incoó Procedimiento Abreviado 372/2010 por delito de falsedad documental contra Ildefonso y Olegario , y por delito de prevaricación de autoridad pública, fraude y falsedad de los artículos 404 , 398 y 436 del Código Penal contra Inocencia ,



que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera. Incoado el Rollo Procedimiento Abreviado 18/2016, con fecha 9 de noviembre de 2016 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«En el mes de septiembre de 2008 la acusada, Inocencia , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de alcaldesa de Melide, firmó un convenio de colaboración con la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia con el objeto de instalar una depuradora en el parque empresarial de La Magdalena de esa localidad. Ese acuerdo era el segundo que se pactaba con ese fin, al haber caducado el plazo para la ejecución del anterior debido a que la instalación prevista había resultado inadecuada para el saneamiento de las aguas de la instalación industrial. El importe total de obra ascendía a 488 059,66 € y se pretendía que la consellería aportara el 75% de esa suma, esto es, 366 044,74 €. En el propio convenio se estableció un plazo de vigencia que finalizaría el 29 de noviembre de 2009 y que se resolvería por incumplimiento total o parcial de cualquiera de sus cláusulas o por el transcurso del tiempo estipulado sin ejecutarse las obras.

Para el adecuado desarrollo del convenio se tramitó el correspondiente expediente administrativo para la contratación y ejecución de la obra. La Junta de Gobierno Local, en reunión de 28 de agosto de 2009 celebrada en virtud de la delegación de competencias en su día efectuada, aprobó por unanimidad de sus miembros la propuesta de la alcaldía para contratar el proyecto básico y de ejecución de la depuradora en el polígono industrial. Cumplido este trámite, se adjudicó la obra, al principio provisionalmente y después de manera definitiva, a la unión temporal de empresas formada por "C. ALDASA SLU" y "MACRAUT INGENIEROS SL". La Junta de Gobierno de 27 de noviembre de 2009, aprobó también por unanimidad la propuesta de la alcaldía de adjudicación definitiva de la obra, notificándolo debidamente a todas las empresas participantes en el procedimiento de contratación.

La obra no había sido ejecutada ni prácticamente comenzada cuando el día 11 de diciembre de 2009, tras recibir un correo electrónico remitido por la administración autonómica en el que para poder liberar los fondos y comprobar la ejecución de las obras se solicitaba una certificación de que la documentación justificativa del convenio estaba en poder del concello. Ante ello Inocencia en su condición de alcaldesa y una persona cuya identidad no ha sido establecida en representación de la UTE, firmaron el contrato para la adjudicación definitiva de la obra según el pliego de condiciones aprobado. El día 12 de diciembre de 2009 Ildefonso , director de obra nombrado el día 10 de ese mes y año por la Junta de Gobierno, , con absoluto conocimiento del estado real de la obra, que ni siquiera se había iniciado, emitió una certificación en la que afirmaba que, en el periodo comprendido entre el 12 de diciembre 2009 y el 28 de ese mes y año se habían ejecutado obras por valor de 437 354,41 €. Dicho documento contenía una descripción detallada de las partidas e incorporaba un "Resumen de Certificación" que enumeraba el importe de cada una de éstas (bombeo-elevación; depósito de homogeneización; equipos; tratamiento físico-químico; electricidad e instrumentación; tratamiento biológico; puesta en marcha...) hasta el importe total antes señalado.

La certificación fue rubricada el 28 de diciembre de 2009 en Melide por Inocencia , Ildefonso y otra persona no identificada como representante de la adjudicataria de la obra. Los firmantes actuaron conjuntamente y con plena conciencia de que ese documento no reflejaba la realidad material de la obra, elaborándolo para incorporarlo al expediente en la creencia de que era urgente y necesaria para no perder la aportación de la consellería a la obra. Igualmente, por persona sin determinar, se elaboró en nombre de la UTE una factura por importe de 437 354,41 € para justificar que la contratista había cobrado del concello dicha cantidad, que en realidad nunca había sido desembolsada, para incorporarla al expediente administrativo para lograr el abono de esa cantidad.

El expediente administrativo siguió su tramitación y la interventora del Ayuntamiento emitió en la misma fecha, 28 de diciembre de 2009, un informe de reparo con efectos suspensivos respecto de la aprobación de la certificación y la factura alegando que se omitían en el expediente requisitos y trámites esenciales. Ante ello Inocencia , el mismo día, dictó un decreto a la vista de la certificación de la obra y de la factura emitida, afirmando que la obra había sido efectivamente realizada pese a saber que no era así y acordando dejar sin efecto la suspensión en la tramitación del expediente y aprobar tanto la certificación como la factura con plena conciencia de la ilegalidad de su resolución y habiendo sido advertida de las consecuencias que podría causar esta actuación. La alcaldesa dio cuenta de este decreto a la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2009 que se limitó a darse por enterada por unanimidad de sus componentes.

Pese a las actividades descritas, el Concello de Melide no hizo desembolso alguno con cargo a esta obra, ni recibió subvención alguna por ella. El convenio se resolvió por acuerdo del Conselleiro de Economía e Industria de fecha 6 de abril de 2010.».

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

**« FALLO**

Que debemos condenar y condenamos a Inocencia y a Ildefonso , como autores responsables de un delito de falsedad en documento oficial, y a la segunda como autora responsable de un delito de prevaricación administrativa, con el concurso de la atenuante analógica de dilaciones indebidas con la eficacia de muy cualificada, a las penas de un año, seis meses y un día de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por ese tiempo, multa de tres meses, con una cuota diaria de 7 € y sometida al régimen de responsabilidad establecido en el art 53 CP , un año de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público relacionado con la construcción en el ámbito de la administración local, para cada uno de ellos por el primer delito; y a Inocencia a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un periodo de tres años, seis meses y un día por

el segundo; absolviendo a Olegario de los cargos contra el formulados. Todo ello con expresa imposición a Inocencia de la mitad de las costas procesales causadas y a Ildefonso de una cuarta parte de las mismas, declarando de oficio la parte restante.».

TERCERO.- En fecha 28 de noviembre de 2016, la Audiencia Provincial de A Coruña dictó auto aclaratorio de la referida sentencia con el siguiente pronunciamiento:

« PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA LA ACLARACIÓN y RECTIFICACIÓN de la sentencia dictada en el sentido de: concretar la pena de inhabilitación impuesta a Inocencia al ejercicio de empleos o cargos públicos relacionados con la construcción en el ámbito de las administraciones locales, con la extensión de tres años y seis meses y un día; y corregir la mención hecha a ella en cuanto al delito de prevaricación como "A LA SEGUNDA". De ahí por ello debe sustituirse esa referencia por "A LA PRIMERA".».

CUARTO.- Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, las representaciones procesales de Inocencia y de Ildefonso , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por Inocencia , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- El recurrente desiste de este motivo anunciado por quebrantamiento de forma.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba, al omitirse en el relato de hechos referencia alguna al escrito de solicitud de prórroga del convenio de autos, suscrito con la Consellería de Industria de la Xunta de Galicia y aportado a la causa en el trámite de cuestiones previas al inicio del juicio oral.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la apreciación de la prueba, resultante del contenido del documento obrante al folio 56 de autos.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 390.1, 1 º, 2 º y 4º del Código Penal en relación con el artículo 5 de la misma norma .

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal en relación con el artículo 5 del mismo texto sustantivo.

Y el recurso formalizado por Ildefonso se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- El recurrente desiste de este motivo anunciado por quebrantamiento de forma.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba, resultante del contenido del documento obrante al folio 56 de autos del que se omiten en el relato de hechos extremos relevantes de su contenido que determinan su interpretación en el relato de hechos

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 390.1.1 º, 2 º y 4º del Código Penal , en relación con el artículo 5 de la misma norma y artículo 14.

SEXTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, en escrito de 7 de marzo de 2017, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos de los recursos e interesó su desestimación.



Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró el día 27 de septiembre de 2017. Al acto comparecieron los letrados don Alejandro Manuel Martín López en defensa de Inocencia que se ratificó en su escrito de formalización de recuso e informó, y don Ramón García Seara en la defensa Ildefonso que informó sobre los motivos de su recurso. También compareció el Ministerio Fiscal que informó solicitando la desestimación de los motivos de los recursos de casación interpuestos. Dados los temas a tratar la deliberación se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, en su Rollo de Sala 18/2016, procedente del Procedimiento Abreviado 372/2010, de los del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Arzua, dictó Sentencia el 9 de noviembre de 2016, en la que, por los hechos y en consideración a la participación anteriormente referenciados, y apreciando la

conurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones extraordinarias del artículo 21.6 del Código Penal, condenó a Inocencia como autora de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, a la pena de 3 años, 6 meses y 1 día de inhabilitación especial para el ejercicio de empleos o cargos públicos que estén relacionados con la construcción en el ámbito de las administraciones locales.

En la misma sentencia se condenó a Inocencia y a Ildefonso, como autores responsables de un delito de falsedad en documento oficial de los artículos 390.1.1, 390.1.2 y 390.1.4 del Código Penal, concurriendo -como muy cualificada- la circunstancia atenuante de dilaciones extraordinarias antes indicada, imponiéndoseles a cada uno de ellos, las penas de: a) prisión por tiempo de 1 año, 6 meses y 1 día; b) inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el mismo tiempo; c) multa por tiempo de 3 meses, en cuota diaria de 7 euros y d) 1 año de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público relacionado con la construcción en el ámbito de la administración local.

SEGUNDO.- 1. La representación de Inocencia, tras desistir del primero de los motivos anunciados en su recurso, denuncia error en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, por haberse omitido en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, cualquier referencia al escrito que ella misma envió a la *Consellería de Industria* de la *Xunta de Galicia* y en el que solicitó la prórroga del Convenio de subvención suscrito entre el Ayuntamiento de Melide y la Administración Autonómica.

Entiende la recurrente que, en el relato fáctico de la sentencia de instancia, debe incorporarse el contenido del escrito que -como alcaldesa de Melide- remitió el 22 de octubre de 2009 a la *Consellería de Industria de la*

Xunta de Galicia. Concretamente reclama la incorporación de su solicitud de *prórroga* del Convenio de subvención, petición que cursó a la Administración Autonómica subvencionadora ante " *la existencia de retrasos en la segunda fase de la urbanización del parque empresarial en el que se sitúan las parcelas adecuadas para la instalación de la EDAR [Estación Depuradora de Aguas Residuales] y que, como consecuencia, se produce un retraso en el procedimiento de adjudicación y ejecución de la obra* ".

Puesto que la fecha límite para justificar la construcción de la obra y poder así obtener la subvención convenida, era el día 30 de noviembre de 2009, la recurrente argumenta que su solicitud de prorrogar el convenio, cursada cinco semanas antes del vencimiento, pone de manifiesto que la acusada comunicó a la Administración subvencionadora la imposibilidad de ejecutar y justificar la obra en el plazo previsto, y muestra que nunca tuvo voluntad de ocultar, manipular o alterar la realidad, tal y como exige el delito de falsedad documental por el que ha sido condenada.

Con sujeción a idéntica norma procesal, en el tercer motivo de su recurso solicita que en el relato fáctico se complete el contenido de la contestación que recibió del funcionario de la Dirección General de Industria de la Junta de Galicia, Estanislao. El recurso denuncia que el relato fáctico de la sentencia de instancia, respecto de esta contestación que se remitió al Ayuntamiento de Melide por correo electrónico, se limita a reflejar lo siguiente: " *La obra no había sido ejecutada ni prácticamente comenzada cuando el día 11 de diciembre de 2009, tras recibir un correo electrónico remitido por la administración autonómica en el que para poder liberar los fondos y comprobar la ejecución de las obras se solicitaba una certificación de que la documentación justificativa del convenio estaba en poder del concello* ". Entendiendo que la referencia al mensaje es incompleta, la recurrente reclama la incorporación al *factum* de una parte del contenido del correo electrónico que ha sido omitida, concretamente que para poder liberar los fondos y comprobar la ejecución de las obras, se solicitaba una certificación de que la documentación justificativa del convenio estaba en poder del Ayuntamiento, como " *solución de compromiso*"; indicándose también que " *con base a esa certificación podría entregarse el dinero y comprobar la ejecución de las obras en 4 años*".



Considera la recurrente que éste segundo documento evidencia que la Administración gestora de la subvención, no sólo era conocedora de la realidad del estado de la obra del Ayuntamiento de Melide, sino que fue quien propuso, como *solución de compromiso* para preservar el buen fin del convenio, y en interés de ambas administraciones, que se certificara que la documentación justificativa del convenio estaba en poder del Ayuntamiento.

Esta última reclamación para que se integre el relato fáctico, es compartida por el recurrente Ildefonso , en el segundo motivo de su correspondiente recurso.

2. La jurisprudencia de esta Sala es reiterada (SSTS 459/2017 de 21 junio ; 636/2015, de 27 de octubre ; 421/2014, de 26 de mayo ; 656/2013, de 22 de julio ; 128/2013, de 28 de febrero o 209/2012, de 23 de marzo , entre otras muchas) y considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art. 849.2.º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1.º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2.º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3.º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la LECrim y 4.º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar el pronunciamiento.

Consecuentemente, la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2.º LECrim ., consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

3. Proyectada la doctrina expuesta al supuesto que contemplamos, se aprecia que la no incorporación en el relato fáctico de la sentencia de instancia de los elementos fácticos cuya adición se pide, reside en su carencia de virtualidad o irrelevancia, respecto del fallo de condena que se combate.

El delito de falsedad requiere, como elemento objetivo del tipo penal, la mutación de la verdad mediante alguno de los procedimientos enumerados en el artículo 390 del Código Penal , así como que la alteración se asiente en aquellos elementos de un documento que puedan tener relevancia para las relaciones jurídicas a las que normalmente se destinan.

Exige además de un elemento subjetivo o intencional, que consiste en la conciencia del sujeto activo de tramsutar la verdad, con voluntad de que su actuación pueda resultar relevante en el marco de las relaciones jurídicas en las que opera el documento falsario, esto es, que el elemento no veraz incorporado al documento tenga aptitud para lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos y trastocar la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos; consumándose el delito desde el momento en que, producida la alteración, simulación o suposición, el documento entre de alguna manera en el tráfico jurídico y pueda dejar sentir su influencia en éste.

En tal sentido, el que la alcaldesa acusada pudiera solicitar la prórroga del convenio de subvención un mes antes de su vencimiento, desvelando así que la instalación de la depuradora sufría un retraso en el procedimiento de adjudicación y ejecución de las obras, no desdibuja el dolo falsario en el que se asienta la condena, pues el que determinados destinatarios del documento falso puedan conocer su desajuste con la realidad, no elimina que el elemento no veraz incorporado al documento tenga aptitud para lesionar o poner en peligro los bienes que el tipo penal protege, cuando -como en este caso- la mendacidad es conocida por el sujeto activo y, precisamente, se busca con ella poder superar determinadas limitaciones contractuales o legales que se sobreponen a la voluntad o a la capacidad decisoria de aquellos destinatarios que estuvieran



al corriente de la tergiversación; todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades en las que estos mismos puedan incurrir.

La sentencia describe -y no se ataca en el recurso- que " *En el mes de septiembre de 2008 la acusada, Inocencia , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de alcaldesa de Melide, firmó un convenio de colaboración con la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia con el objeto de instalar una depuradora en el parque empresarial de La Magdalena de esa localidad. Ese acuerdo era el segundo que se pactaba con ese fin, al haber caducado el plazo para la ejecución del anterior debido a que la instalación prevista había resultado inadecuada para el saneamiento de las aguas de la instalación industrial. El importe total de obra ascendía a 488.059,66 € y se pretendía que la consellería aportara el 75% de esa suma, esto es, 366.044,74 €. En el propio convenio se estableció un plazo de vigencia que finalizaría el 29 de noviembre de 2009 y que se resolvería por incumplimiento total o parcial de cualquiera de sus cláusulas o por el transcurso del tiempo estipulado sin ejecutarse las obras* ". Se añade en la relación de hechos probados que " *El día 12 de diciembre de 2009 Ildefonso , director de obra nombrado el día 10 de ese mes y año por la Junta de Gobierno, con absoluto conocimiento del estado real de la obra, que ni siquiera se había iniciado, emitió una certificación en la que afirmaba que, en el periodo comprendido entre el 12 de diciembre 2009 y el 28 de ese mes y año, se habían ejecutado obras por valor de 437 354,41 €. Dicho documento contenía una descripción detallada de las partidas e incorporaba un "Resumen de Certificación" que enumeraba el importe de cada una de éstas (bombeo-elevación; depósito de homogeneización; equipos; tratamiento físico-químico; electricidad e instrumentación; tratamiento biológico; puesta en marcha...)* hasta el importe total antes señalado. La certificación fue rubricada el 28 de diciembre de 2009 en Melide por Inocencia , Ildefonso y otra persona no identificada comorepresentante de la adjudicataria de la obra. Los firmantes actuaron conjuntamente y con plena conciencia de que ese documento no reflejaba la realidad material de la obra, elaborándolo para incorporarlo al expediente en la creencia de que era urgente y necesaria para no perder la aportación de la consellería a la obra".

Se expresa así la intencionalidad falsaria que el recurso niega, pues con independencia del conocimiento que determinadas personas pudieran tener sobre la demora en el inicio de la construcción de la planta de depuración de aguas residuales, la falsa certificación de su realización permitía superar los límites establecidos para la concesión de la subvención en el propio convenio, en la Ley General de Subvenciones y en la Ley de Subvenciones de Galicia.

De un lado, la *cláusula tercera* del convenio, firmado el 17 de septiembre de 2008 con la Consejería de Innovación e Industria de la Junta de Galicia, disponía que la contribución económica de la Administración Autónoma al proyecto de construcción de la depuradora (por importe total de 366.044,74 euros), requería que el Ayuntamiento de Melide presentara, como documentación justificativa de la realización de las obras: la copia del proyecto de ejecución, firmado por un técnico competente y visado por el colegio profesional correspondiente; la certificación del órgano que tuviera atribuidas las facultades de control y fiscalización, donde se aceptaran las certificaciones de obra presentadas, detallándose los costes y con expresión individualizada para cada uno de los conceptos y fases de obra ejecutadas; las certificaciones en las que se detallara el valor final de ejecución de cada una de las unidades de obra, firmadas por el técnico director de la obra; la declaración complementaria del conjunto de las ayudas solicitadas; y, por último, la certificación expedida por la entidad bancaria de titularidad de la cuenta bancaria donde debía realizarse el pago. La *cláusula cuarta* del mismo convenio, establecía que la fecha límite para la presentación de esta documentación justificativa ante la *Consejería de Innovación e Industria* , era el 30 de noviembre de 2009, acordándose igualmente (*cláusula novena*) que el convenio quedaría resuelto por incumplimiento total o parcial de cualquiera de sus cláusulas o por el transcurso del tiempo de vigencia estipulado (el 30 de noviembre de 2009), sin que se llevaran a cabo las actividades acordadas.

Estos elementos condicionaban la concesión de la subvención más allá del posicionamiento que pudieran tener determinados servidores públicos, de modo que la certificación falsaria que se analiza, permitía superar las limitaciones contractuales que imposibilitan el pago de las ayudas públicas en tal coyuntura, permitiendo también soslayar las limitaciones legales que del convenio se derivaban.

De un lado, la Ley General de Subvenciones 38/2003, de 17 de noviembre, dispone en su artículo 3.1.c , que las subvenciones otorgadas por la Administración de las Comunidades Autónomas, debe ajustarse a las prescripciones de dicha disposición normativa, estableciendo como causa de reintegro de las subvenciones, el incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamente la concesión de la subvención (art. 37.1.b), siendo también causa de reintegro el incumplimiento de la obligación de justificación de las obligaciones impuestas, de los justificantes de gasto o de cualquier otro documento con validez jurídica que permita acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública (art. 37.1.c, en relación con el artículo 30.1 y 30.2).



De otro lado, y en el mismo sentido, el artículo 31.5 de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de Subvenciones de Galicia, dispone que " *El pago de la subvención se realizará previa justificación, por el beneficiario, de la realización de la actividad, proyecto, objetivo o adopción del comportamiento*

para el cual se concedió en los términos establecidos en la normativa reguladora de la subvención "; añadiendo a continuación que: " *Se producirá la pérdida del derecho al cobro total o parcial de la subvención en el supuesto de falta de justificación o de concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 33 de la presente ley "*, entre las que está el incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad o del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención (art. 33.1.b), así como el incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente (art. 33.1.c).

Y es esta misma regulación legal, la que marca la irrelevancia de que determinados integrantes de la administración autonómica pudieran, no ya saber que las obras no estaban hechas, sino incluso consentir que se certificara falsamente su realización.

Los recurrentes sostienen que ese consentimiento existió y que queda reflejado en la expresión " *solución de compromiso*", inserta en la respuesta por correo electrónico que aducen en sus alegatos. La alegación no puede compartirse. El correo electrónico que invocan los recurrentes, en modo alguno es literosuficiente respecto a que se consintiera o reclamara la falsa certificación que se enjuicia. No puede eludirse que el plazo para presentar las certificaciones ante la *Xunta de Galicia* finalizaba el día 30 de noviembre del año 2009, de suerte que el correo electrónico (remitido 10 días después del agotamiento del término), lo que parece expresar es la tolerancia a unas certificaciones tardías, esto es, a que lo formal no imposibilitara el buen fin de una obra subvencionada que estuviera concluida, pero en modo alguno a que se certificara falsamente su ejecución, que expresamente se dice que puede ser controlada. Así, el correo literalmente expresa -en lengua gallega- que: " *A día de hoy no se ha recibido la documentación justificativa necesaria para cumplir con el objeto del convenio, con lo que el Ayuntamiento perdería la cuantía presupuestada*

teniendo en cuenta que el plazo de presentación de tal documentación finalizaba el 30 de noviembre pasado. Teniendo en cuenta lo anterior, la Intervención Delegada de la Consejería de Economía e Industria de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, tienen pactada una solución de compromiso que pasa porque el Ayuntamiento certifique que la documentación justificativa del convenio (cláusulas tercera y cuarta del texto) se encuentra en poder del Ayuntamiento. Con base a ese certificado podríamos librar el dinero y comprobar la ejecución de las obras en los cuatro ejercicios subsiguientes ".

En todo caso, como se ha dicho, la eventual aceptación de una certificación falsa por supuestos funcionarios que puedan despreciar las limitaciones legales y contractuales imperantes, no se sobrepone al recto y normal funcionamiento de la Administración pública (art. 103.1 de la CE), de suerte que una tergiversación documental intencional y falsaria, tendente a desviar el legal y objetivo desarrollo de sus expedientes, compromete el valor social de los documentos y lesiona plenamente el bien jurídico que el tipo de la falsedad protege.

Los motivos se desestiman.

TERCERO. - Ambos condenados denuncian una infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECRIM , por la indebida aplicación del artículo 390.1.1 °, 2 ° y 4° del Código Penal , en relación con el artículo 5 del mismo texto normativo.

Entienden los recurrentes que, aun cuando no se incluyeran en el relato fáctico los extremos anteriormente analizados, no puede concluirse, a partir del *factum* establecido en la sentencia, que los recurrentes actuaran con la verdadera voluntad de alterar la realidad, ni de llevar a nadie a la creencia o convencimiento de una realidad distinta de la existente. Destacan que la prueba testifical ha sido nutrida a la hora de mostrar que todos eran conscientes de que las obras no se habían iniciado, y añaden que detrás de la certificación no existía una intención de cobrar una cuantiosa comisión, pues la normativa autonómica (art. 30.2 de la Ley 9/2007, de 13 de junio , de subvenciones de Galicia) no permite la entrega de fondos hasta que la obra esté realmente ejecutada y materialmente comprobada.

El motivo debe ser rechazado. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal "*. Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el



más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal (STS 589/2010, de 24 de junio), pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

Ya se ha adelantado en el anterior fundamento jurídico, cómo el relato histórico de la sentencia recoge que se firmó un convenio con la Consejería de Innovación e Industria de la Junta de Galicia, por el que subvencionaba parcialmente el importe de la construcción de una planta depuradora de aguas residuales en el parque empresarial de *La Magdalena*, en la localidad de Melide, y que en el propio convenio se estableció un plazo de vigencia que finalizaba el 29 de noviembre de 2009, previéndose la resolución del convenio por incumplimiento total o parcial de cualquiera de sus cláusulas o por el transcurso del tiempo estipulado sin ejecutarse las obras. Se añade que el día 12 de diciembre de 2009 Ildefonso , como director de obra y con absoluto conocimiento de que no se había iniciado la misma, emitió una certificación en la que afirmaba que, en el periodo comprendido entre el 12 de diciembre 2009 y el 28 de ese mes y año, se habían ejecutado obras por valor de 437.354,41 €, detallando las diferentes partidas y el importe de cada una de ellas. El relato fáctico describe que la certificación fue firmada, el 28 de diciembre de 2009, por Inocencia , por Ildefonso , y por un representante de la empresa adjudicataria de la obra; especificándose que lo hicieron con plena conciencia de que la certificación no se ajustaba al grado de construcción de la infraestructura, pretendiendo incorporar la certificación al expediente administrativo y evitar, de este modo, que se perdiera la aportación económica que había comprometido la Consejería de Industria.

El relato fáctico refleja así el conocimiento que tuvieron los acusados de que la certificación no se ajustaba a la realidad material de las obras y de que transformaba completamente el escenario de unas obras que no se habían comenzado, expresando además que, con la certificación, los recurrentes buscaban dejar en el expediente una irreal constancia de que se habían cumplido las condiciones impuestas para la concesión de la subvención, evitando de este modo que se denegara una ayuda económica que legalmente ya no era posible percibir. Se cumple así el elemento subjetivo que el recurso niega, dado que esta figura delictiva requiere de la voluntad consciente de alterar la verdad, convirtiendo en veraz lo que no es, y atacando a la vez la confianza que la sociedad tiene depositados en el valor de los documentos (STS 788/06, de 22 de junio); esto es, el dolo falsario se da cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, que el documento contiene hechos no verdaderos y, pese a ello, acepta alterar la verdad por medio de una acción que ataca la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos que se incorporan al expediente administrativo de concesión de la subvención (SSTS 309/2012, de 12 de abril ; 331/2013, de 25 de abril). Sin que la concurrencia del elemento intelectual se comprometa desde la afirmación de los recurrentes de que la subvención no podía cobrarse hasta que no se comprobara la realidad de las obras, no sólo porque la afirmación resulta contraria al procedimiento de pago que se contempla en el artículo 31 de la Ley 9/2007 de Subvenciones de Galicia y en el propio convenio, sino porque el delito que contemplamos, no precisa que concurra un ánimo específico de lucro, ni otro ánimo especial, a diferencia de cuando se trata de documentos privados.

Los motivos de ambos recurrentes, se desestiman.

CUARTO.- La representación de Inocencia , al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , formula un último motivo por infracción de ley, al entender indebidamente aplicado el artículo 404 del Código Penal .

Sostiene la recurrente que el tipo del artículo 404 del Código Penal , requiere el dictado de una resolución arbitraria, a sabiendas de su "injusticia". Desde estas exigencias, el recurso argumenta que el reproche penal se ha hecho descansar en el Decreto dictado por la alcaldesa, mediante el cual se levantó el reparo formulado por la interventora municipal. No obstante, denuncia que el relato fáctico de la sentencia no describe en qué consistió el reparo, limitándose a reflejar que el procedimiento administrativo omitió expedientes, requisitos o trámites esenciales que, ni describen los hechos probados, ni expresan si guardan alguna relación con la falsa certificación de que se habían ejecutado las obras. De este modo, el motivo denuncia que el relato fáctico no refleja que el Decreto de la alcaldía fuera contrario al ordenamiento administrativo, destacando además que no puede sustentarse que el mencionado Decreto se dictara " a sabiendas de su injusticia", cuando lo que se buscaba con él, es que no se perdiesen los fondos que garantizarían la construcción de una infraestructura que todos los miembros de los órganos de gobierno locales consideraban imprescindible.

1. Ya hemos indicado en el fundamento jurídico anterior, que el precepto que presta soporte al motivo, sirve para analizar la selección, interpretación y aplicación del derecho sustantivo realizada por el Tribunal de instancia, a partir del pleno respeto de los hechos declarados probados en su sentencia. Y puesto que el



acontecer histórico es singular e inmutable, y se refleja en un relato fáctico igualmente único, el Tribunal de casación debe evaluar la correcta subsunción típica de los hechos, desde una consideración integral de cómo el Tribunal de instancia ha entendido que acaecieron.

En tal sentido, contrariamente a lo que sostiene el motivo, el *factum* de la sentencia de instancia describe que la subvención concedida (que estaba limitada al 75 % del importe de la construcción de la estación depuradora), quedaba sin efecto en la eventualidad de que no se culminara su edificación antes del 30 de noviembre de 2009. Añade que, precisamente para no perder la subvención por el cumplimiento del término, el director de la obra certificó la completa ejecución de la planta depuradora, sabiendo que los trabajos no se habían iniciado siquiera. Se expresa, además, que la certificación de que la obra estaba hecha, fue también firmada por la alcaldesa Inocencia, de quien se afirma que conocía su falsedad, así como que la certificación estaba orientada a su incorporación en el expediente de la subvención, con la finalidad de evitar la pérdida de la aportación comprometida por la Consejería. El relato fáctico añade que se elaboró también una factura emitida por la empresa constructora, para justificar así que la contratista había cobrado del Ayuntamiento el importe total de la edificación, pese a que tampoco éste precio había sido desembolsado. Y describen los hechos probados que la certificación y la factura se incorporaron al expediente administrativo, siguiendo éste su tramitación, si bien, ese mismo día, la interventora " *emitió un informe de repara con efectos suspensivos, respecto de la aprobación de la certificación y la factura, alegando que se omitían en el expediente requisitos y trámites esenciales* ". Y termina indicando que " *Ante ello* ", la alcaldesa, " *el mismo día, dictó un decreto a la vista de la certificación de la obra y de la factura emitida, afirmando que la obra había sido efectivamente realizada, pese a saber que no era así y acordando dejar sin efecto la suspensión en la tramitación del expediente y aprobar, tanto la certificación como la factura, con plena conciencia de la ilegalidad de su resolución y habiendo sido advertida de las consecuencias que podría causar esta actuación* ".

De este modo, el relato fáctico carece de la imprecisión que le atribuye el recurso. El artículo 214.1 del 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, describe que la función interventora tiene por objeto fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos, que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones de contenido económico, así como de los ingresos y pagos que de aquéllos se deriven, y de la recaudación, inversión y aplicación, en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso. En el desempeño de esa función, se indica que si 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 (art. 215). Estos reparos tendrán un efecto suspensivo del expediente cuando, como en este supuesto, no afecten al reconocimiento o indemnización de derechos a favor de las entidades locales, sino que vengan referidos a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, siempre y cuando se aprecie -entre otros supuestos- que el expediente haya omitido requisitos o trámites esenciales (art. 216); lo que el Tribunal entiende que acaeció en este supuesto, precisamente por considerar la interventora municipal que la certificación de estar ejecutada la obra y la factura de su ejecución (de las que derivaba la reclamación a la Xunta de Galicia del 75% del importe de la obra, pero también la obligación de pago por parte del Ayuntamiento del 25% restante), no se correspondían con un requisito primordial, cual era la real construcción de lo facturado. Así se expresa al recoger en el relato fáctico que la interventora " *emitió un informe de repara con efectos suspensivos, respecto de la aprobación de la certificación y la factura, alegando que se omitían en el expediente requisitos y trámites esenciales* ". Y refleja también el relato, que fue precisamente esta realidad administrativa la que llevó a la recurrente a dictar un decreto, en el que afirmando que la obra había sido efectivamente realizada, pese a saber que no era así, acordó dejar sin efecto la suspensión en la tramitación del expediente, y aprobó tanto la certificación como la factura, con plena conciencia de la ilegalidad de su resolución.

2. El delito de prevaricación administrativa viene definido en el artículo 404 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que sanciona « *a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo* ». Por lo tanto, se sancionan penalmente conductas realizadas por quienes forman parte de los órganos administrativos, con capacidad resolutoria, y dentro del ámbito propio de funcionamiento de la Administración Pública.

Debemos recordar aquí que lo que el tipo penal tutela, es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución, y en consideración a sus artículos 103 y 106. Según el primero, se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la ley y al derecho. Por el segundo, se indica el sometimiento al principio de legalidad de la actividad administrativa, con absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (SSTS 627/06, de 8 de junio o 605/2013, de 8 de julio, entre otras).



Dado que la acción que describe el precepto consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, el comportamiento implica la contradicción de la decisión 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 (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre); esto es, cuando de forma patente y clamorosa se desborda la legalidad, contraviniendo el ordenamiento jurídico, con desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

En todo caso, esta Sala ha recordado que la mera ilegalidad de la decisión no es suficiente para la integración del delito, considerando que las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que sea precisa en todo caso la aplicación del Derecho Penal, el cual quedará así restringido a los casos más graves. Se expresa así que la resolución arbitraria debe comportar una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, y que se caracterice por la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho, esto es, que la contradicción resulte patente, desbordando la legalidad de un modo clamoroso y evidente (STS 605/2013, de 8 de julio o 18/2014, de 23 de enero), lo que comporta un plus de antijuricidad, que se representa porque la decisión no sea en modo alguno defendible con argumentos jurídicos razonables, de modo que pueda concluirse que deriva de la exclusiva voluntad y del capricho de quien la adopta (SSTS 629/2013, 19 de julio o 657/2013, de 15 de julio), lo que entraña que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

Y en el caso enjuiciado tanto se aprecia esa aplicación radicalmente torcida del derecho, como que la recurrente era plenamente consciente de la desviación jurídica de su decisión. No puede calificarse de otro modo que se certifique la realización de una costosa obra inexistente, o que se acepte como abonada una factura cuya causa es tan irreal como su pago, para -con conocimiento de estos extremos- dictar después un Decreto en el que se insiste en la veracidad de lo inexistente, reactivándose un expediente administrativo que había sido paralizado por la intervención municipal en atención a esta falsedad. La decisión superó el mecanismo de control y fiscalización del gasto, que la Ley Reguladora de las Haciendas Locales encomienda, en primer término a los interventores (art. 213 del RDL 2/2004), y en último término a la propia alcaldesa, y dejó sin efecto el *reparo suspensivo* que la interventora del Ayuntamiento de Melide formuló para evitar que en un expediente administrativo pudiera presentarse como concurrente, una exigencia que resultaba irreal. Es evidente que la decisión de la alcaldía, se tomó en el ejercicio de una facultad que le correspondía (art. 217.1 del RDL 2/2004), en todo caso, la potestad se ejerció: a) con pleno conocimiento de que se conculcaba el convenio que regía la concesión de la subvención, esto es, que las obras estuvieran terminadas a la fecha en que se estaba tomando la decisión y b) con la intención de que el expediente administrativo condujera al pago de una subvención pública, pese a concurrir las circunstancias previstas precisamente para su impago.

El motivo se desestima.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas a los recurrentes, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la 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 procesales de Inocencia y de Ildefonso , contra la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2016, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el Rollo Procedimiento Abreviado 18/2016, condenando a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus recursos.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano

Francisco Monterde Ferrer Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde