



Roj: **STSJ AS 1304/2014** - ECLI: **ES:TSJAS:2014:1304**

Id Cendoj: **33044310012014100001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2014**

Nº de Recurso: **2/2013**

Nº de Resolución: **2/2014**

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

Ponente: **IGNACIO VIDAU ARGÜELLES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1304/2014,**  
**STS 1718/2015**

T. S. J. ASTURIAS SALA CIV/PE

ASTURIAS

C/SAN JUAN, S/**NN**- OVIEDO

Teléfono: 985988411 Fax.: 985201041

Número de identificación único: 33044 31 2 2013 0100004

N90960

DILIGENCIAS PREVIAS 0000002 /2013

NIG. 33044 31 2 2013 0100004

SOBRE: PREVARICACIÓN **ADMINISTRATIVA**

**SENTENCIA N°2/14**

Excmo. Sr. Presidente

DON IGNACIO VIDAU ARGUELLES

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ

DOÑA MARÍA JOSÉ MARGARETO GARCÍA

En Oviedo a seis de Mayo de dos mil catorce.

Han sido vistos en esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, integrada por los Magistrados arriba reseñados, los autos de Juicio Oral dimanantes del procedimiento Abreviado nº 2/2013 seguido por un presunto **delito** de prevaricación **administrativa** contra D. Serafin , representado por el Procurador Sr. Francisco Javier Álvarez Riestra, bajo la dirección de la Abogada Doña Ana García Boto Y DON Victorino , representado por la Procuradora Doña Ana María Felgueroso Vázquez y bajo la dirección Letrada de D. Ceferino Menéndez Buelga; el Ministerio Fiscal representado por el Fiscal D. Alejandro Cabaleiro.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 11 de Febrero de dos mil trece se presentó en esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias denuncia del Ministerio Fiscal contra D. Serafin y D. Victorino , por un presunto **delito** de Prevaricación del artículo 404 del vigente Código Penal , a la vista de la condición de



Diputado del denunciado D. Serafin se solicita de la Presencia de la Junta General del Principado de Asturias la expedición de la oportuna certificación de su condición; una vez recibida, la Sala por Auto de 26 de febrero acuerda admitir a trámite la denuncia formulada por el Ministerio Fiscal contra D. Serafin y Don Victorino , nombrando instructor de la causa al Magistrado de esta Sala el Ilmo. Sr. D. José Ignacio Pérez Villamil.

SEGUNDO.- El Magistrado instructor por providencia de veintiocho de febrero acuerda el interrogatorio de los denunciados en calidad de imputados para el día doce de marzo, como así se produce, quedando grabados, igualmente se realizan las declaraciones de los testigos, quedando igualmente grabadas.

TERCERO.- Por auto de quince de Julio el Magistrado instructor acuerda que las Diligencias Previas se continúen por el Procedimiento Abreviado y dando traslado al Ministerio Fiscal para que en el plazo de diez días formule escrito de acusación o bien el sobreseimiento de la causa, presentado por el Ministerio Fiscal escrito de calificación provisional.

CUARTO.- Por Auto del Magistrado Instructor de quince de octubre ordena la apertura del juicio oral contra los acusados Serafin y Victorino por un presunto delito de prevaricación administrativa y declara órgano competente para el conocimiento y fallo de la presente causa a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

QUINTO.- Se da traslado de las actuaciones a las defensas para que presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas y así lo hacen las representaciones de los inculpados.

SEXTO.- Por auto de tres de Marzo la Sala acuerda admitir parte de la prueba solicitada tanto del Ministerio Fiscal, como de la defensa y señala para las sesiones del plenario los días 24,25 y 26 de Marzo -las sesiones se celebran el 24, 25 de marzo y 2 de Abril- quedando grabadas dichas sesiones.

HECHOS PROBADOS.- El acusado, Don Serafin , que en la actualidad tiene la condición de diputado en la Junta General del Principado de Asturias, cuando en el año 2010 ostentaba el cargo de Viceconsejero de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias, al amparo del desarrollo que quería darle a la ley 52/ 2007 de 26 de diciembre por la que se reconocen y amplían los derechos de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil española y la dictadura, de manera legítima y para dar cumplimiento al programa de acción política que representaba, decidió que a la vista de las numerosas fosas comunes existentes en el Principado de Asturias para conmemorar la memoria de las personas enterradas en ellas convenía colocar hitos que las recordasen y que sirviesen para señalar el lugar en el que se encontraban.

Para ello en fechas no determinadas, entre los meses de enero y septiembre del año 2010, convocó en la sede de la Consejería a Don Juan Pablo en su calidad de administrador de la sociedad New Construction S.L. ya que esta empresa desarrollaba dentro de su actividad comercial la elaboración de hitos mediante el tallado y grabado de piedras extraídas de su cantera. En la referida reunión el citado Sr. Juan Pablo fue preguntado acerca de la posibilidad de llevar a cabo la entrega y posterior instalación de los hitos conmemorativos y a la vez se le encargó que presentase su presupuesto para una adjudicación de un contrato menor de obras y también se le solicitó que aportase presupuestos de otras dos empresas capacitadas para cumplir el encargo. Esta solicitud se hizo para dar cobertura legal a la exigencia interna de presentar tres presupuestos el suyo propio y el de otras dos empresas y así proceder a la posterior adjudicación por el procedimiento de contratación menor de obra, sin que conste en las actuaciones ni en el expediente administrativo ni en los archivos de la Consejería ningún tipo de pliego o indicación de en qué consistía el encargo solicitado, ni se concretase en qué lugar habrían de ser colocados posteriormente los hitos conmemorativos.

El 27 de octubre de 2010 el referido Sr. Juan Pablo entregó personalmente en la sede de la Consejería tres sobres con los respectivos presupuestos, el suyo y el de las empresas Contratas Aurelio Quirós S.A y Nemesio Bedia Construcciones S.L. Los presupuestos ofertados fueron de 49.856,00 euros el de New Construction S.L. 49.989,97 euros el de Contratas Aurelio Quirós S.A. y 58.000,00 euros el de Nemesio Bedia Construcciones S.L. a estas cantidades habría que añadir el correspondiente impuesto sobre el valor añadido que en esas fechas era del 18%. No se ha podido acreditar quién recibió dichos presupuestos ya que no consta acuse de recibo alguno.

Una vez que los presupuestos se encontraron en la sede de la Consejería de Bienestar Social sin que haya podido acreditarse de que forma, aparecieron en la mesa del funcionario Don Elias , al tiempo que previamente y de manera verbal e informal el Secretario General Técnico de la Consejería, el acusado Don Victorino había informado a la Jefa de Asuntos Generales de la voluntad del Viceconsejero de llevar a efecto la colocación de hitos para conmemorar lugares en los que se habían localizado fosas comunes. Ante lo anómalo de la tramitación, al no constar junto con los presupuestos, la correspondiente propuesta de contratación por el órgano gestor, el Sr. Elias sabiendo que los presupuestos provenían directamente de la Viceconsejería se los entregó a su jefa directa Doña María Purificación .



La contratación se inició, por tanto, sin respetar las formalidades exigidas por la Instrucción 1/2009 de 28 de Abril de la Ilma. Sra. Consejera de Bienestar Social y Vivienda sobre tramitación de expedientes de contratación menor en el ámbito de la Viceconsejería de Bienestar Social y Secretaría General Técnica que fijaba en su artículo 3º que todo procedimiento de contratación "se iniciará por medio de informe propuesta de contratación firmado por el titular del servicio, centro o unidad **administrativa** con competencias para efectuar propuestas de contratación de acuerdo con las instrucciones internas de cada Dirección General", lo que en este caso habría implicado que existiese informe propuesta de Doña Sabina pues ella era la Jefa primero y coordinadora después del área de planificación y sistema de información de servicios sociales, dependiendo directamente del Viceconsejero. Dicha área, en virtud del artículo 8 del Decreto 124/2008 de 27 de noviembre por el que se aprobó la estructura orgánica de la referida Consejería era el órgano administrativo al que se le atribula la competencia para la ejecución de la normativa en materia de memoria histórica.

Consecuencia de esta irregular forma de inicio del expediente, vinculada directamente al propio Viceconsejero, no existió ningún tipo de informe propuesta al respecto incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 3º de la referida Instrucción por el que se exigían, entre otras cosas que a la propuesta se adjuntaran "...las prescripciones técnicas que han de regir la contratación o el presupuesto en el caso de los contratos de obras; documento de gestión contable RC debidamente contabilizado por el que se incorpore al sistema informático contable la reserva de crédito para financiar el contrato; solicitud de licencia de obras en los expedientes en que ésta sea preceptiva; solicitud de oferta realizada por fax o correo electrónico a al menos tres empresas con capacidad de obrar y solvencia para la ejecución de la prestación contratada, así como las ofertas que se reciban". No se cumplió ninguno de estos requisitos pese a que el Viceconsejero pretendía tramitar la contratación como un contrato menor de obras.

Recibidos los presupuestos por Doña María Purificación y una vez que ésta hubo estudiado los mismos, a la vista del tipo de prestación deseada informó al Secretario General Técnico, Don Victorino, que el tipo contractual deberla ser el de contrato de suministro a tramitar por el procedimiento negociado sin publicidad, accediendo éste a lo expuesto, por lo que al día siguiente la Sra. María Purificación comenzó a realizar su tramitación. Sin embargo, al día siguiente cuando ya la Jefa del Servicio de Asuntos Generales, Sra. María Purificación, ya había comenzado la tramitación y se encontraba preparando los pliegos generales modelo para la contratación por el procedimiento negociado, acudió a su despacho el Viceconsejero, Sr. Serafin que le manifestó que resultaba imposible tramitarlo por el procedimiento negociado porque se retrasarla y necesitaba hacerlo con carácter urgente. La Sra. María Purificación manifestó al Viceconsejero que no podía hacerse como contrato menor de obras porque era un suministro y que el contrato menor de suministro tenía un límite máximo de 18.000 euros. Ante la negativa del Viceconsejero, Doña María Purificación le reiteró la advertencia de que la ley no permitía esa clase de contratación, insistiendo el Viceconsejero en que se tenía que hacer así, ya que con un negociado no había tiempo. A la vista de estas diferencias la Sra. María Purificación acudió al despacho del Secretario General Técnico y éste le dijo que tenía que hacerse como quería el Viceconsejero y que con un negociado no daba tiempo, indicándole a su vez que hiciese tres contratos menores de suministro por áreas de servicios sociales, ante ello la Sra. María Purificación puso de manifiesto su total oposición y renunció a la tramitación, llamando al funcionario subalterno de su servicio y encargado de la contratación menor, Don Elias, al que hizo entrega de los presupuestos. A este funcionario el Sr. Victorino le indicó que hiciese tres contratos menores de suministro por áreas de servicios sociales, cosa que él hizo preparando los pliegos que posteriormente trasladó al administrativo Sr. Leoncio.

De este modo, la contratación se produjo en la forma querida por el Viceconsejero, mediante una tramitación interna que contradice tanto las normas internas de la Consejería como la normativa vigente en materia de contratación pública y que concluyó con un fraccionamiento ilegal de un contrato tramitado en menos de 15 días, esta contratación únicamente se produjo por la arbitrariedad de la decisión del cargo político y la colaboración del Secretario General Técnico haciéndolo en contra del criterio técnico expreso de la funcionaría máxima responsable en materia de contratación de la Consejería y también en contra de las normas que rigen la contratación pública. Y fue por ello por lo que se dictaron por el Viceconsejero las Resoluciones de 4, 8 y 12 de noviembre de 2010 cada una de las cuales adjudica por el procedimiento de contrato menor de suministro la fabricación y colocación de hitos a la empresa New Construction S.L.

El Viceconsejero conformó las facturas NUM000, NUM001 y NUM002 presentadas por la empresa adjudicataria y emitidas con fecha 10 de noviembre de 2010 pese a que en aquel momento no se había colocado ni uno solo de los monolitos encargados. En el año 2011 se colocaron 9 monolitos de los cuales solamente dos se colocaron dentro de las áreas de servicios sociales que señalaban las resoluciones de adjudicación. Ello fue así porque no se había determinado con carácter previo el lugar donde debían ser colocados ni se había solicitado licencia alguna para ello pese a que desde un primer momento el objeto del contrato así lo debería de haber previsto. Lo que se hizo fue nombrar el 16 de noviembre de 2010 a Don Serafin



como personal eventual para que visto el mapa de las fosas comunes fuese determinando con el previo visto bueno del Sr. Viceconsejero el lugar donde se habrían de colocar los hitos conmemorativos.

En los presupuestos del Principado de Asturias para el ejercicio 2010 constaba con cargo a la partida 16.03.313K.226.009 una retención inicial de crédito de 213.000 euros vinculados a la ejecución del desarrollo del programa "Memoria Histórica", cantidad esta que el 15 de noviembre de 2010 fue rebajada a 90.000 euros como consecuencia de las disposiciones de restricciones presupuestarias. Dichas cantidades fueron ordenadas directamente por el Viceconsejero a la Sra. Sabina ya que como jefa/coordinadora del Servicio de Planificación que era al que se habla atribuido la competencia para el desarrollo del referido programa, era quien debía solicitar primero y comunicar después las necesidades económicas, acción esta que llevó a cabo por indicación directa del Viceconsejero, ya que la misma nunca tuvo participación efectiva en el procedimiento de contratación y ejecución.

ES PONENTE EL EXCMO. SR. DON IGNACIO VIDAU ARGUELLES, PRESIDENTE DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO-. Cuestiones previas

Con carácter previo al examen de la cuestión objeto del procedimiento procede, de conformidad con lo previsto en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, motivar la desestimación de las cuestiones previas formuladas por la defensa de los acusados, desestimación que se adelantó tras su formulación en el acto del juicio oral.

Varias son las cuestiones que las referidas defensas conjuntamente plantearon.

En primer lugar se alegó la vulneración de su derecho de defensa en las Diligencias de investigación seguidas por el Ministerio Fiscal basándose para ello en dos motivos distintos. En primer lugar se alega la caducidad de la referidas Diligencias al exceder su tramitación el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal. Tal alegación carece de fundamento porque lo que el Estatuto citado prohíbe es que, pasado el plazo de seis meses, por el Fiscal que lleva las diligencias se acuerden nuevas actuaciones lo que no ocurre en el presente caso ya que el Fiscal finalizó su actuación dentro del plazo señalado y trasladó las Diligencias a su superior jerárquico para la presentación de la denuncia correspondiente ante el Tribunal competente lo que así hizo el día 8 de febrero de 2013. En segundo lugar también se dice vulnerado el derecho de defensa de los hoy acusados durante la tramitación de las Diligencias de investigación por el Fiscal por el hecho de no declarar asistidos de Abogado. A este respecto ha de tenerse en cuenta cual es el alcance y finalidad de estas diligencias de investigación del Ministerio Fiscal previstas en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y en el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas diligencias tienen carácter preprocesal y tienen como objetivo practicar aquellas actuaciones de investigación en relación con la "notitia criminis" y que en su caso conduzcan a la presentación de una denuncia o una querrela si aparecen personas "prima facie" responsables de hechos con relevancia penal o en caso contrario decretar su archivo. En el presente caso la Fiscalía del Principado de Asturias, ante el testimonio remitido por la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, se limita a investigar qué personas intervinieron en los hechos, citarles y tomarles declaración en calidad de testigos, pues se desconocía en ese momento la participación en los hechos de todos los citados, haciéndoles saber que si en cualquier momento de la declaración entienden que lo declarado les puede perjudicar pueden interrumpirla. Los posteriormente acusados en ningún momento reclamaron la asistencia letrada y por tanto, no cabe alegarlo como indefensión en el Juicio Oral. Por otro lado, las Diligencias de Investigación sirven para que el Fiscal pueda conocer la existencia de indicios de **delito** pero una vez finalizadas el Fiscal debe presentar si lo estima oportuno la correspondiente denuncia y lo actuado debe de reproducirse nuevamente en la Instrucción en donde si se debe de garantizar el derecho de defensa de lo denunciados. Desde el momento de presentación de la denuncia su admisión e inicio de la instrucción, las Diligencias de investigación carecen de valor.

También se alega por las defensas de los acusados como cuestión previa ya rechazada por la Sala en el acto del juicio oral la vulneración de la tutela judicial efectiva y de su derecho constitucional al Juez imparcial. Este derecho en su vertiente objetiva garantiza que el Tribunal no se encuentre contaminado por entrar en contacto con la prueba practicada en la instrucción y esto es precisamente lo que fundamenta la alegación de las defensas, no cabe alegar falta de imparcialidad en el Tribunal por su vinculación a las pruebas practicadas por el instructor porque no le corresponde ya que es en el momento del Juicio oral cuando con carácter pleno debe de conocer de todas las pruebas que las partes hayan propuesto y se hayan admitido y practicado. El Tribunal ha resuelto todos los recursos planteados contra las resoluciones del Instructor y por tanto no se ha vulnerado el derecho de los acusados a la tutela judicial efectiva.



Alegan también las defensas vulneración del derecho de defensa por la denegación por parte del instructor de las pruebas de careos solicitadas, denegación que fue confirmada en apelación por este Tribunal. La alegación de vulneración no puede prosperar como ya expresó esta Sala en su auto de 23 de septiembre de 2013 que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado Sr. Serafin contra el auto del Instructor de 10 de julio de 2013 que desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra otro de 26 de junio de 2013 que denegó la práctica del careo interesado por dicha defensa. En el referido auto la Sala manifestaba que "El primer motivo viene a denunciar vulneración del derecho de defensa por la denegación de la diligencia de careo entre dos testigos solicitada por la representación del apelante. Para encajar jurídicamente el motivo hace la parte una referencia a lo dispuesto en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se limita a señalar que el Juez practicará las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento. Es decir, el legislador encomienda al criterio del Juez Instructor la determinación de que diligencias de prueba considera necesarias para aquellos fines, propios de esta fase procesal. Y en el presente caso el Instructor, razonadamente, denegó la diligencia de careo solicitada por la representación del apelante, al no estimar sustanciales contradicciones en las declaraciones de los testigos señalados por la defensa en relación con el objeto esencial de la investigación realizada en la fase de instrucción. Como es sabido el derecho constitucional de defensa, en su vertiente del derecho a valerse de los medios de prueba necesarios, no es un derecho absoluto e incondicional. Tal y como, con acierto señala el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición a la presente apelación, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas. ( SSTC 80/2011 , 86/2008 y 133/2003 entre otras muchas). Desde esta perspectiva constitucional del derecho de defensa es evidente que ninguna vulneración se produce cuando la diligencia probatoria referida es rechazada por el Juez de Instrucción motivadamente teniendo la parte la posibilidad de proponerla para su práctica, en su caso, en el Plenario. Por lo demás no debe la Sala entrar, en este momento procesal, en la valoración de las eventuales contradicciones en que hubieran podido incurrir los testigos, pues ello supone valorar anticipadamente la prueba que, en su caso, se practicará en el Juicio Oral si, llegado el caso, es propuesta por la parte que le interese."

La Sala se reitera en lo manifestado en este Auto debiendo, además tenerse en cuenta que en el Plenario se practicaron todos los careos que las partes propusieron como prueba.

En lo referido a la vulneración del derecho de defensa de los acusados por no seguirse en el acto del juicio el orden en los interrogatorios por ellos pretendidos dejado para el último lugar la declaración de los acusados, como ya tuvo ocasión de manifestar la Sala en el auto 17 de marzo de 2014 resolviendo un recurso de aclaración presentado por la defensa del Sr. Serafin frente al Auto de esta Sala de 17 de marzo de 2014 , en el que planteaba esta misma cuestión, lo que la Sala hizo fue aplicar lo previsto en los artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los que remiten los artículos 787 y siguientes de dicho texto legal .

Otra cuestión previa planteada por las defensas de los acusados se refiere a su pretensión, ya deducida en la instrucción, de que los testigos Doña María Purificación y Don Elias , deberían de haber prestado declaración como imputados por entender que tienen una participación directa en los hechos enjuiciados. En esta cuestión las defensas de los acusados han insistido reiteradamente a lo largo de la instrucción en un intento de criminalizar la conducta de los funcionarios citados y también reiteradamente tanto el Juez Instructor como la Sala, en los recursos resueltos, ha desestimado esta pretensión. La imputación delictiva de una persona y su llamada a declarar en tal concepto requiere que su posible responsabilidad se desprenda de las actuaciones practicadas en la instrucción o que la imputación que se le hace resulte verosímil. En el caso presente ni el Ministerio Fiscal ni el Instructor que es a quien corresponde el juicio de la verosimilitud de la imputación han apreciado indicio alguno de participación delictiva en el **delito** de prevaricación por parte de los funcionarios referidos. La tesis de las defensas supone tanto como afirmar que fueron los funcionarios los que sin seguir indicación alguna de sus superiores decidieron la tramitación del expediente en la forma que se hizo. Esta interpretación no fue compartida ni por el Ministerio Fiscal ni por el Instructor por ilógica e interesada y que no se corresponde con el resultado de las diligencias de investigación practicada en la instrucción. A mayor abundamiento tampoco la defensa del Sr. Serafin aprecia indicios de participación delictiva de los funcionario porque en su escrito del recursos de apelación contra el auto del Instructor de 4 de Abril de 2013 que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 15 de marzo que acordó entre otras diligencias probatorias citar a los referidos funcionarios en calidad de testigos, afirma que "no existen indicios, pero sí sospechas fundadas de participación, por no haber realizado tacha por escrito", tacha referida a la tramitación del expediente de contratación. Como ya la Sala tuvo ocasión de manifestar en el auto que resuelve el referido recurso de apelación "Se está construyendo una imputación sobre meras sospechas que, en su caso, a lo mas que podrían generar serían responsabilidades administrativas. Desde la perspectiva



de la coautoría apuntada por la recurrente la imputación no resulta verosímil por contradictoria con la tesis mantenida por la defensa de negación del **delito** de prevaricación y, en cualquier caso, de la participación del imputado. Ciertamente el mantenimiento de la participación de los testigos en el **delito** investigado como cooperadores necesarios supone la aceptación de la autoría principal del imputado apelante, sobre la base de un acuerdo de voluntades entre el imputado y los funcionarios lo que reiteradamente viene negando". Procede por tanto rechazar la cuestión previa planteada.

La defensa del acusado Sr. Victorino también alega como cuestión previa la nulidad de lo actuado por haberse vulnerado su derecho de defensa, toda vez que en las Diligencias de investigación seguidas por el Ministerio Fiscal se solicitó al después imputado Sr. Victorino un informe en su condición de Secretario General Técnico de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social en la época en la que se realizó la contratación que da lugar a estas actuaciones. Entiende la defensa que el hecho de emitir ese informe desconociendo su condición de sospechoso vulnera su derecho de defensa. La alegación de vulneración debe de ser desestimada toda vez que en el momento de solicitar el informe referido la Fiscalía desconocía cualquier grado de participación en los hechos y por tanto en modo alguno podía sospechar de ninguna persona. Las Diligencias de investigación tienen como fin conocer de nudo indiciarlo los hechos ocurridos para después decidir si el Ministerio Fiscal presenta denuncia.

#### SEGUNDO-. Juicio sobre los hechos

Los hechos que se declaran probados, sintéticamente expuestos son los siguientes: en primer lugar que existió un fraccionamiento ilegal de contratos públicos contrario al ordenamiento legal vigente tal y como con precisión se describe en los hechos probados y en segundo lugar que la decisión de fraccionar los contratos referidos en los hechos robados obedeció exclusivamente a la voluntad del acusado Don Serafin que era, en el momento de los hechos, Viceconsejero de Bienestar Social y lo pudo hacer al contar con la aquiescencia y el respaldo del coacusado Don Victorino que ostentaba el cargo de Secretario General Técnico en la Consejería de Vivienda y Bienestar Social.

Estos son los hechos sobre los que el Tribunal alcanza plena convicción con base en las pruebas practicadas en el plenario y que a continuación pasamos a analizar. El fraccionamiento ilegal queda plenamente acreditado por la prueba documental obrante en los autos y así para un único suministro de 81 hitos de piedra caliza con apertura de caja para colocación de placa así como transporte y colocación en diversos lugares de Asturias, el acusado Sr. Serafin dictó tres resoluciones de fecha 4, 8 y 12 de 2010 que obran a los folios 18, 23 y 28 de las actuaciones (folios 9, 14 y 19 del expediente administrativo) adjudicando en cada uno de ellos, mediante la modalidad de contrato menor de suministro, la fabricación, entrega y colocación de 27 de dichos hitos, figuran asimismo en los folios 33, 34 y 35 de los autos las tres facturas conformadas por el acusado Sr. Serafin por la fabricación y colocación de 27 hitos en diversos lugares de Asturias y por un importe cada una de ellas de 17.712 euros más el 18% correspondiente al IVA.

Es asimismo relevante la prueba testifical de Don Juan Pablo representante de la empresa New Construction S.L., adjudicataria de los referidos contratos en la que se acredita que el citado Sr. Juan Pablo fue convocado bien directamente o por indicación del Viceconsejero a una reunión en la sede de la Consejería en la que tras constatar que su empresa estaba capacitada para el suministro e instalación de los hitos conmemorativos de la existencia de fosas comunes de la guerra civil española, se le encargó que presentase un presupuesto para la adjudicación de un contrato menor de obras y a la vez se le solicitó que a su presupuesto acompañase otros dos empresas que el considerase convenientes. El Sr. Juan Pablo así lo hizo y entregó en la Consejería el presupuesto de su empresa y otros dos de las empresas Contratas Aurelio Quirós S.A. y Nemesio Bedia Construcciones S.L. presupuestos que obran a los folios 13, 14, 15 y 16 de las actuaciones. Con esta forma de iniciar el procedimiento de contratación, se obviaron los requisitos formales aplicables en la Consejería sobre expedientes de contratación menor en el ámbito de la Viceconsejería, fijados en la Instrucción 1/2009 de la Consejera de Vivienda y Bienestar Social que fija en su apartado 3º que todo procedimiento de contratación se iniciará por medio de informe propuesta de contratación.

Que la decisión de fraccionar la contratación del suministro y colocación de los hitos conmemorativos de las fosas comunes obedeció exclusivamente a la voluntad del acusado Don Serafin que era Viceconsejero de Bienestar Social, de tramitar de forma urgente la contratación obviando los cauces legales establecidos, contando con la colaboración del Secretario General Técnico de la Consejería Don Victorino, también acusado, se acredita a medio de la prueba testifical de los testigos Doña María Purificación, Don Elias y Don Vicente. La Sala pese al reiterado intento de las defensas de los acusados de desacreditar su testimonio, otorga plena credibilidad a las declaraciones de estos testigos y frente a la tesis de la defensa de que estos testigos han variado sus declaraciones en el plenario con relación a las prestadas en la fase de instrucción constata que en lo sustancial las declaraciones son firmes y explican con precisión y claridad los hechos acaecidos. No aprecia la Sala contradicciones sustanciales en las declaraciones de los testigos y las que se puedan observar son



en aspectos accesorios como fechas exactas, lugares de celebración de reuniones o personas presentes. A mayor abundamiento, la Sala, al igual que el instructor en la fase de instrucción, sin encontrar contradicciones sustanciales como ya se ha dicho, acordó en el Acto del Juicio la práctica de los careos solicitados por las defensas con el mismo resultado de ausencia de contradicciones en lo fundamental.

Ha de tenerse en cuenta que los testigos referidos tras su intervención, como funcionarios en la contratación, no volvieron a tener relación con los hechos hasta que casi dos años después de ocurridos fueron llamados por la Fiscalía para prestar declaración, en ningún momento hicieron intento alguno de perjudicar a los hoy acusados. Fue al ser llamados por la Fiscalía cuando explicaron como se había tramitado la contratación de los hitos.

Las testificales referidas acreditan que para iniciar el procedimiento de contratación se le entregaron al Sr. Elias los tres presupuestos y éste, ante lo anómalo de la tramitación toda vez que faltaba la propuesta de contratación, se dirigió a la Sra. María Purificación que era la Jefa de Asuntos Generales y su superior jerárquico. Una vez que los presupuestos estuvieron en poder de la Sra. María Purificación, ésta tras su estudio informó al Secretario General técnico que el tipo contractual debería ser el de un contrato de suministro a poder tramitar por el procedimiento negociado sin publicidad, propuesta con la que aquel mostró conformidad por lo que la Sra. María Purificación comenzó a realizar su tramitación.

También se acredita con la declaración de la Sra. María Purificación que cuando ya se encontraba preparando los pliegos modelo para la contratación acudió a su despacho el Viceconsejero manifestándole que no se podía tramitar por el procedimiento negociado porque llevaba mucho tiempo y él lo quería hacer urgentemente. Tras esta conversación la Sra. María Purificación acudió al despacho del Sr. Victorino y este le dijo que tenía que hacerse en la forma que quería el Viceconsejero indicándole que hiciese tres contratos menores de suministro agrupándolos por áreas de servicios sociales. Ante esta indicación la Sra. María Purificación manifestó su oposición y su renuncia a tramitar la contratación. A continuación se llamó al Sr. Elias, subalterno encargado de la contratación menor, se le entregaron los presupuestos y el Sr. Victorino le indicó que hiciese tres contratos menores por áreas de servicios sociales, cosa que el citado funcionario hizo preparando los pliegos que trasladó al Sr. Vicente, auxiliar administrativo quien los confeccionó efectivamente.

Queda para la Sala plenamente acreditado que se produjo una contratación en contradicción con la normativa interna de la Consejería y en contra de la normativa sobre contratación pública y que esta únicamente se produjo por la arbitrariedad del Viceconsejero que en aras de una tramitación para él urgente por razones políticas obvió los procedimientos legales procediendo a fraccionar un contrato en tres contratos menores de suministro distintos.

#### TERCERO-. Calificación de los hechos

Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un **delito** de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal que tipifica dicho ilícito al sancionar a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

Este **delito** trata de salvaguardar el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación como son los artículos 9, 103 y 106 que reflejan como la Administración y por tanto las autoridades y funcionarios están sometidos a la ley por lo que se proscriben la arbitrariedad. Como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias 49/2010 de 4 de febrero y 363/2006 de 28 de marzo, la norma penal garantiza el respeto a la ley frente a ilegalidades severas y dolosas.

Según reiterada doctrina jurisprudencial son requisitos del tipo penal de la prevaricación los siguientes:

A) Que una autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución, entendiendo por tal como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1995 cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados, es decir cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general bien sea expresa o tácita, escrita u oral (Sentencia 364/1994 de 21 de febrero).

B) La resolución tiene que ser injusta y arbitraria, es decir, contraria a la legalidad e inmotivada, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional. La sentencia del TS de 2 de noviembre de 1999 dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino pura y simplemente producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. La jurisprudencia viene repitiendo constantemente, tanto para la prevaricación **administrativa** como para la judicial, que no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existen estos **delitos** cuando la resolución correspondiente es solo una interpretación errónea, equivocada o discutible. Se precisa una discordancia tan patente y clara



entre la resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas más esenciales del procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder, en la ausencia de razonamiento o en el propio contenido sustancial de lo resuelto. No basta, por tanto, que la resolución **administrativa** sea contraria a derecho, ya que el control de legalidad **administrativa** corresponde al orden contencioso-administrativo: la exigencia normativa de que la resolución sea injusta y además y sobre todo arbitraria así lo evidencia y ello supone un plus de antijuridicidad. Como dicen las sentencias del TS de 21 de febrero de 1994, 10 de julio de 1995, 25 de octubre de 1995 y 4 de febrero de 2010 es preciso que la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa". Debe de existir una contradicción notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico.

C) La resolución debe de ser dictada a sabiendas de su injusticia, con clara conciencia de su arbitrariedad o ilegalidad.

Cabe concluir de todo lo dicho que la prevaricación **administrativa** exige que la ilegalidad cometida sea grave, se incumpla sin fundamento jurídico razonable y siendo consciente de su incumplimiento.

En este caso concurren los requisitos a que se ha hecho mención pues en primer lugar por el acusado Sr. Serafin cuando era Viceconsejero de Bienestar Social se dictaron tres resoluciones de 4, 8 y 12 de noviembre de 2010 por las que se resuelve adjudicar en cada una de ellas un contrato de suministro e instalación en diversos lugares de 27 hitos conmemorativos de fosas comunes de la guerra civil a la empresa New Construction S.L. Cada contrato se adjudica por un importe de 20.900,16 euros, IVA incluido.

En segundo lugar es patente la arbitrariedad de la resolución ya que es absolutamente contraria tanto a la normativa interna que para la contratación en el ámbito de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social se contiene en la Instrucción 1/2009 de 28 de abril de la Sra. Consejera como de la propia legislación en materia de contratación pública pues el artículo 74 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual artículo 86 del Real Decreto Legislativo 3/2011) dispone que "no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan". Esta fue precisamente la finalidad del fraccionamiento realizado; evitar por razones de urgencia debida a su conveniencia política, el procedimiento de contratación que correspondía de acuerdo con la cuantía total del suministro.

En este punto se ha de hacer mención al hecho de que por parte de las defensas se ha tratado de introducir en el debate la discusión sobre la calificación del contrato, esto es, si el suministro y colocación de los hitos conmemorativos de las fosas comunes de la guerra civil puede hacerse mediante un contrato menor de obras o tiene que ser un contrato de suministro, pero esta cuestión no tiene nada que ver con lo ocurrido porque en este caso, lo que es evidente que no se puede hacer es fraccionar un contrato de suministro en tres contratos menores para evitar procedimientos de mas garantías y que por ello se dilatan más en el tiempo.

Por último, está plenamente acreditado que el acusado Sr. Serafin era plenamente conocedor de la arbitrariedad que suponía el fraccionamiento realizado y lo era porque fue expresamente advertido por la funcionaria responsable de la contratación la Sra. María Purificación, como también lo era el Sr. Victorino, tanto por su condición de Secretario General Técnico como por ser igualmente advertido por la referida funcionaria, es más en principio el propio Secretario General Técnico manifestó su acuerdo con la Sra. María Purificación en el sentido de que la contratación debería de hacerse mediante un procedimiento negociado sin publicidad y sin embargo, posteriormente se plegó a la conveniencia del Viceconsejero y permitió que los hitos se adjudicasen a la empresa ya citada mediante tres contratos menores de suministro. La arbitrariedad cometida cumple con los parámetros que exige la doctrina del Tribunal Supremo citada pues es "evidente, patente, flagrante y clamorosa". Es preciso también decir que para la existencia de este **delito** no es necesario que, como ocurre en el presente caso, no se produzca un efectivo daño a la cosa pública porque como tiene dicho el Tribunal Supremo en su sentencias de 22 de mayo de 2001 y 11 de julio de 2002 "el daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas deben merecerle porque como custodios de la legalidad, son lo primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota".

CUARTO.- Del referido **delito** de prevaricación **administrativa** son responsables en concepto de autores los acusados Don Serafin, como autor directo y Don Victorino, como cooperador necesario. Posibilidad esta de la cooperación necesaria admitida por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de junio de 2007 al manifestar que quien realiza un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer integra un supuesto de cooperación necesaria por cuanto la más reciente jurisprudencia viene declarando que existe cooperación





necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el **delito** no se habría cometido (teoría de la *condictio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del **delito** retirando su concurso (Teoría del dominio de hecho). En este caso queda plenamente acreditado que el citado coacusado, Don Victorino , aportó una conducta de apoyo a la pretensión del Viceconsejero sin la que el **delito** no se habría consumado.

QUINTO-. Por el **delito** de prevaricación procede imponer a los acusados la pena prevista en el artículo 404 del Código Penal en su extensión mínima de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, teniendo en cuenta la petición del Ministerio Fiscal.

SEXTO-. De conformidad con lo previsto en el artículo 123 del Código Penal procede condenar a los acusados al pago de las costas del presente procedimiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente:

#### FALLO:

Que debemos de condenar y condenamos a Don Serafin como autor responsable de un **delito** de prevaricación **administrativa** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público con el contenido definido en el artículo 42 del Código Penal lo que implica la pérdida de su condición de Diputado electo de la Junta General del Principado de Asturias, así como la imposibilidad de concurrir a ningún tipo de elección o ser nombrado para puesto representativo o ejecutivo o gestor por una autoridad pública por dicho período, si bien no implicará la pérdida de su condición de funcionario si la tuviera.

Debemos de condenar y condenamos a Don Victorino como autor (cooperador necesario) del **delito** de prevaricación **administrativa** previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público con el contenido definido en el artículo 42 del Código Penal lo que implica directamente la pérdida de su condición de Jefe de cualquier órgano o unidad **administrativa** de libre elección o con funciones administrativas si las tuviera en el momento de la condena, así como la imposibilidad de ser nombrado para ellas o para cualquier otro puesto representativo, ejecutivo o gestor por una autoridad pública, salvo aquellos puestos de RPT que se cubran por concurso, por dicho periodo, si bien, no implicará pérdida de su condición de funcionario.

Procede asimismo la condena en costas de ambos acusados.

Notificada esta sentencia a las partes contra la misma cabe interponer recurso de apelación en esta Sala para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de 10 días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.