



Roj: **STS 1468/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1468**

Id Cendoj: **28079120012018100189**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **1278/2017**

Nº de Resolución: **197/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 163/2017,**
STS 1468/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 197/2018

Fecha de sentencia: 25/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1278/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 12/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1278/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 197/2018

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Oscar Clemente**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, que le condenó por delito de prevaricación administrativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén y el recurrido Acusación Particular Ayuntamiento de Oria, representado por el Procurador Sr. Aguilar Fernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 1 de Purchena incoó Procedimiento Abreviado con el nº 40 de 2014 contra Oscar Clemente, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, que con fecha 22 de febrero de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- El acusado, Oscar Clemente, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue alcalde del Ayuntamiento de Oria (Almería) durante los años 2007 a 2011. Durante ese periodo, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, suscribió en nombre del ente local numerosos contratos de trabajo de duración determinada para los que no había previsión presupuestaria, sin seguir procedimiento alguno, sin justificar las causas por las que recurría a la contratación laboral temporal ni las que determinaban la elección de esas personas en particular, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados. Las personas así contratadas fueron: 1. Paula Yolanda (monitora de absentismo escolar, contrato de 18-10-2010). 2. Laura Salome (monitora de deportes, contrato de 13-7-2007). 3. Julia Laura (limpiadora - mantenedora de colegio, contrato de 20-7-2007). 4. Yolanda Paula (monitora de absentismo escolar, contrato de 6-3-2009). 5. Pedro Jacobo (albañil, contratos de 30-4-2008, 2-3-2009 y 23-12-2009). 6. Purificación Sonia (directora en escuela infantil, contrato de 9-12-2010). 7. Sonsoles Caridad (monitora de escuela de verano, contratos de 7-7-2008 y 17-7-2009). 8. Alberto Alejandro (peón de la construcción, contrato de 23-2-2009). 9. Carlota Vanesa (monitora de escuela de verano, contratos de 7-7-2008 y 6-7-2009). 10. Nuria Genoveva (psicóloga en escuela infantil, contrato de 11-1-2011). 11. Sabino Avelino (socorrista en piscina municipal, contratos de 30-6-2009 y 26-6-2010). 12. Alejandro Urbano (peón de jardinería, contrato de 18-7-2007). 13. Luciano Victor (albañil, contratos de 3-12-2009 y 2-12-2010). 14. Cecilio Nicolas (socorrista en piscina municipal, contrato de 7-7-2008). 15. Martina Lina (monitora cultural en escuela de verano, contratos de 13-7-2007, 7-7-2008 y 2-7-2009). 16. Genoveva Carlota (monitora en escuela de verano, contrato de 6-7-2010). 17. Virginia Constanza (monitora cultural en escuela de verano, contratos de 7-7-2008 y 17-7-2009). 18. Sandra Berta (monitora cultural en escuela de verano, contrato de 7-7-2008 y 6-7-2009). 19. Roberto Obdulio (peón de la construcción, contrato de 10-3-2009). 20. Indalecio Urbano (monitor en escuela de verano, contratos de 6-7-2009 y 5-7-2010). 21. Enma Josefina (monitora cultural en escuela de verano, contrato de 7-7-2008). 22. Ezequias Placido (albañil, contratos de 9-6-2008 y 8-9-2008). 23. Evelio Isaac (albañil, contratos de 11-12-2008 y 30-4-2008). 24. Francisco Ezequias (peón de la construcción, contrato de 10-3-2009). 25. Gabriel Lucio (monitor de escuela de verano, contratos de 7-7-2008 y 6-7-2009). 26. Victor Urbano (auxiliar administrativo, contrato de 9-1-2009). 27. Isaac Victorino (monitor deportivo, contrato de 7-3-2008). 28. Braulio Urbano (peón de la construcción, contrato de 23-2-2009). 29. Joaquin Fabio (conductor de maquinaria, contrato de 21-9-2009). 30. Ruben Joaquin (conserje en Colegio Público San Gregorio, contrato de 17-3-2008). 31. Eladio Juan (promotor sociocultural, contrato de 3-7-2007). 32. Alejo Oscar (auxiliar administrativo, contrato de 18-1-2010). 33. Pura Camino (administrativo, contrato de 7-10-2008). 34. Antonio Nazario (auxiliar administrativo, contrato de 7-3-2008). 35. Inmaculada Aurora (maestra en escuela infantil, contrato de 17-2-2011), Pese a la naturaleza temporal de los contratos referidos, a 24 de octubre de 2012 seguían en activo los trabajadores Joaquin Fabio, Ruben Joaquin, Eladio Juan, Alejo Oscar, Pura Camino, Antonio Nazario y Inmaculada Aurora. SEGUNDO.- Durante el mismo periodo (2007-2011) el acusado, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, en nombre del ente local contrató a diversas personas como monitores para actividades deportivas y culturales sin seguir procedimiento alguno, sin justificar las causas por las que recurría a la contratación temporal ni las que determinaban la elección de esas personas en particular, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de otros posibles interesados. Tales contratos no fueron documentados por escrito ni



generaron alta en la Seguridad Social. Los trabajadores cobraban del Ayuntamiento en metálico o por cheque, firmando un recibo para dejar constancia. Las personas así contratadas fueron: 1. Maximiliano Norberto , contratado para actividades culturales durante el año 2007 y para la digitalización del Libro de Apeos en 2008, por lo que percibió un total de 2.800 euros. 2. Maximo Horacio , contratado como monitor del programa "Deporte en la Escuela" en 2007, por lo que percibió un total de 750 euros. 3. Saturnino Bruno , contratado como monitor del programa "Deporte en la escuela" en 2008 y 2009, por lo que percibió un total de 1.650 euros. 4. Severiano Pascual , contratado como monitor del programa "Deporte en la Escuela" en 2008 y 2011, por lo que percibió un total de 2.400 euros. 5. Covadonga Zaira , contratada como monitora del programa "Deporte en la Escuela" en 2009, 2010 y 2011, así como en calidad de monitora del programa de rutas fotográficas en 2009, actividades por las que percibió un total de 8.575 euros. 6. Yolanda Paula , contratada como monitora del programa deporte en la escuela en 2007, por lo que percibió 750 euros. 7. Esteban Arturo , contratado como monitor del programa "Deporte en la Escuela" en 2010 y 2011, por lo que percibió un total de 2.400 euros. 8. Ruben Joaquin , contratado como monitor del programa "Deporte en la Escuela" en 2007 y 2008, por lo que percibió un total de 3.800 euros. 9. Eduardo Basilio , contratado como monitor del programa "Deporte en la Escuela" en 2009, por lo que percibió 750 euros. TERCERO.- El acusado, en su condición de alcalde y durante el periodo indicado, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, adjudicó de forma directa, sin seguir procedimiento ni expediente administrativo alguno, la 2ª y la 3ª fase de las obras denominadas "Guardería Infantil" a la mercantil Construcciones Mariano Simón, S.L. por importes de 191.000 y 209.000 €, respectivamente, que fueron satisfechos con cargo a la partida numero 432-622-00 del presupuesto del Ayuntamiento, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados. CUARTO.- El acusado, en su condición de alcalde, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, sin seguir procedimiento administrativo, compró por contratación directa a la entidad HM De Haro Mañas, S.L. una retro-cargadora mixta por importe de 78.200 € y una barredora *dumper* por importe de 52.293,64 €, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados. Tales sumas fueron abonadas respectivamente con cargo a las partidas presupuestarias 513-623.00 del presupuesto del ejercicio de 2008 denominada "Retroexcavadora mixta" y la partida 513-623.00. del presupuesto del ejercicio de 2009 denominada "Implementos retroexcavadora mixta" del Presupuesto General del Ayuntamiento de Oria. QUINTO.- El acusado, en su condición de alcalde, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, durante el periodo de su mandato adjudicó de forma directa, sin procedimiento ni expediente administrativo alguno, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados, la redacción de los siguientes proyectos técnicos de arquitectura a la mercantil A&G Taller de Arquitectura, S.L.: 1. Proyecto de ejecución del pabellón de deportes por importe de 54.027,13 €, que fueron abonados durante los años 2008 y 2009. 2. Proyecto básico y de ejecución de "El Pósito" por importe de 25.461,54 €, que fueron abonados en el año 2011. 3. Proyecto básico y de ejecución de espacio cultural por importe de 47.915,84 €, que fueron abonados en el año 2011. SEXTO.- El acusado, en su condición de alcalde, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, adjudicó en septiembre de 2008 a la entidad Proyme Ingenieros Consultoría, S.L. la elaboración de un catálogo de construcciones en suelo no urbanizable por importe de 158.166 € sin someterse a procedimiento alguno, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados. En el expediente administrativo consta la presentación formal en el Registro General del Ayuntamiento de 3 ofertas de otras tantas empresas del sector con registros simultáneos número 1.720, 1.721 y 1.722 el mismo día 16 de septiembre de 2008 por la mercantil Proyme Ingenieros Consultoría, S.L. No constan en el mismo la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, los criterios de selección y fiscalización previa de intervención ni el testimonio de las invitaciones cursadas. SÉPTIMO.- Como consecuencia de algunos de los hechos antes descritos y de otras actuaciones realizadas por el Ayuntamiento a instancia del acusado, el ente local contrajo durante el periodo de su mandato una deuda con 25 proveedores y contratistas que a 24 de octubre de 2012 ascendía a 388.740,62 €, pese a la inexistencia de consignación presupuestaria y de expedientes administrativos de contratación y aprobación del gasto. Entre esos acreedores se encontraba la mercantil Suministros Caballero, S.C.A., cuyo representante legal era cuñado del acusado. Cuatro días antes de abandonar el cargo de alcalde, tras las elecciones municipales de mayo de 2011, el acusado, con la finalidad de hacer efectiva su voluntad particular y con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, pues para ello era necesaria la aprobación del Pleno, mediante Resolución de Alcaldía de fecha 10-06-2011 reconoció en nombre del Ayuntamiento una deuda con la expresada mercantil de 77.611,88 euros. OCTAVO.- No consta acreditado que el acusado hiciera suyos para sí o para tercero los materiales por los que facturó la mercantil Suministros Caballero, S.C.A. NOVENO.- Merced a las gestiones del acusado, el Servicio Andaluz de Empleo concedió mediante Resolución de 13-10-2010 al Ayuntamiento de Oria una subvención para la ejecución de un proyecto de Taller de Empleo por importe de 261.686,88 €. La ayuda, que quedó reducida con posterioridad a 232.351,46 euros, fue íntegramente destinada al fin asignado".



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

"Que CONDENAMOS al acusado, Oscar Clemente , como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIEZ AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique participación en el gobierno municipal, con la incapacidad para obtener otros análogos en el ámbito insular, autonómico o estatal durante el tiempo de la condena. Asimismo, lo condenamos al pago de un tercio de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en esa proporción. Que ABSOLVEMOS al acusado, Oscar Clemente , de los delitos de fraude de subvenciones y malversación de caudales públicos, declarando de oficio las dos terceras partes de las costas procesales".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Oscar Clemente** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Oscar Clemente** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4 de la L.O.P.J ., entre otros motivos por la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los procesos públicos consagrada en el art. 9.3 C.E . en relación con el art. 11.1 L.O.P.J ., en relación a la nulidad de actuaciones que a juicio de esta parte se produjo como consecuencia del dictado del auto de procedimiento abreviado.

Segundo (tercero del recurso de casación).- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4 de la L.O.P.J ., por la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los procesos públicos consagrada en el art. 9.3 C.E . en relación con el art. 11.1 L.O.P.J ., en relación a la nulidad de actuaciones que a juicio de esta parte se produjo como consecuencia del dictado del auto de apertura de juicio oral respecto de hechos y tipos penales no descritos en el auto de procedimiento abreviado.

Tercero (cuarto del recurso de casación).- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O.P.J ., por la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, reconocido por los arts. 24.2 y 117 de la Constitución , en relación con el art. 11.1 L.O.P.J .

Cuarto (quinto del recurso de casación).- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O.P.J ., ambos en relación con lo dispuesto en el art. 24.2 de la C.E ., por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, entre otros motivos, al no existir prueba de cargo -ni directa ni indirecta- válida, lícita y suficiente que permita desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y ser la valoración de la prueba que efectúa el Tribunal de instancia, ilógica, arbitraria y contraria a las reglas de la experiencia y del criterio normativo.

Quinto (sexto del recurso de casación).- Quebrantamiento de forma, de conformidad con lo establecido en los arts. 850 y 851 L.E.Cr ., en relación al art. 850.1 L.E.Cr ., especialmente al haberse denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente, en relación a la prueba documental cuya presentación se anticipó en el escrito de defensa y que se propuso y presentó al Tribunal en el momento procesal autorizado por el art. 784 L.E.Cr ., al inicio de las sesiones del juicio.

Sexto (séptimo del recurso de casación).- Por quebrantamiento de forma, en relación con el art. 851.3 L.E.Cr ., y especialmente al no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, puesto que en la sentencia objeto de este recurso, no se efectúan los razonamientos lógicos a fin de relatar no solo las pruebas de cargo (validez y alcance para desvirtuar el principio de presunción de inocencia), sino las de descargo, que merecen a nuestro juicio el mismo tratamiento que las anteriormente mencionadas, determinando a todas luces una falta de congruencia del fallo

Séptimo (octavo del recurso de casación).- Infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º L.E.Cr ., por incorrecta aplicación del art. 404 C.P .

Octavo (noveno del recurso de casación).- Por infracción de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 849.2º L.E.Cr ., al existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos.



QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de todos sus motivos, dándose asimismo por instruida la representación del recurrido Acusación Particular Ayuntamiento de Oria, impugnando el recurso de casación, y quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para celebración de vista el día 12 de abril de 2018, con la presencia del Letrado recurrente D. José Santiago Torres Prieto en defensa del acusado Oscar Clemente que mantuvo su recurso; del Letrado recurrido D. José Manuel Urquiza Morales en defensa del Ayuntamiento de Oria, que se ratificó en su informe y con la también presencia del Ministerio Fiscal que se ratificó igualmente en su informe y solicitó la desestimación del recurso, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 22 de Febrero de 2017, que condenó al recurrente por un delito continuado de prevaricación administrativa.

Contra dicha resolución judicial se interpone recurso de casación con los siguientes motivos casacionales:

1.- Vulneración de Precepto Constitucional, al amparo de lo dispuesto en los art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otros motivos por la vulneración del derecho fundamental a derecho a un proceso con todas las garantías y derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los procesos públicos consagrada en el art. 9.3 CE en relación con el art. 11.1 LOPJ.

2. Vulneración de Precepto Constitucional, al amparo de lo dispuesto en los art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y derecho a la tutela judicial efectiva.

3.- Al amparo de lo dispuesto en los art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, reconocido por los arts. 24.2 y 117 de la Constitución.

4.- Al amparo de lo dispuesto en los art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, ambos en relación con lo dispuesto en el art. 24.2º de la Constitución por vulneración del derecho fundamental a presunción de inocencia.

5.- Por quebrantamiento de forma, de conformidad con lo establecido en el art. 850.1 de la LECrim, haberse denegado diligencias de prueba.

6.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la LECrim, y especialmente al no resolver la Sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

7.- Por infracción de la ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º de la LECrim., por incorrecta aplicación del art. 404 CP.

8.- Por infracción de ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim., al existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos.

SEGUNDO.- Con respecto al primer motivo de casación hay que señalar que se plantea el motivo por vulneración de Precepto Constitucional, al amparo de lo dispuesto en los art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, en concreto, se sostiene que de lo actuado en el procedimiento resulta que se ha sufrido indefensión por falta de notificación de cuantos actos procesales se han producido en la causa desde el 20 de enero de 2014 hasta la fecha de notificación del auto de transformación en Procedimiento Abreviado (folio 608), y por haberle privado de los traslados de los escritos de las contrapartes.

Se efectúa un relato referenciado a la falta de traslado o notificaciones de diversas actuaciones, pero hay que estar con lo expuesto por la Fiscalía en su escrito impugnatorio, en cuanto al hecho de que el Juzgado, al considerar terminada la instrucción y acogiendo la solicitud del Ministerio Fiscal, incoara el Procedimiento Abreviado no supuso indefensión alguna, máxime cuando el investigado pudo haber solicitado diligencias al notificársele el auto de acomodación en paridad con las partes acusadoras, según se viene entendiendo de forma generalizada en todos los órganos judiciales, y también al recurrir el propio auto de transformación, por cuanto es esencialmente subsanable esta cuestión alegada y no determinante de indefensión al no quedar quebrado el derecho de defensa.



Se alega la especial gravedad que ha comportado la falta de notificación de la providencia dictada en fecha 21 de enero de 2014 (folio 598), notificación no producida hasta la fecha, y la omisión del traslado del informe del Ministerio Fiscal obrante a los folios 599 a 601. Se alega que durante la declaración que prestó en fecha 20 de enero de 2014 se realizó aportación de una cuantiosa aportación de copias de documentos públicos en los que apoyó los descargos ofrecidos en tal declaración, pero ante ello hay que precisar que el material de la instrucción no impide que la parte pueda hacer valer su valoración de esa documental en el informe en el plenario, o que sea tras el auto de acomodación a la fase de procedimiento abreviado, debidamente notificado, cuando la parte puede recurrirlo por las razones fundadas que estime oportunas, existiendo la capacidad de revisión de la Audiencia Provincial respecto al auto de transformación que bien puede subsanar estas deficiencias mediante la revocación del auto de acomodación si aprecia que concurren en este caso, por lo que no es constitutivo de indefensión en la forma en la que se ha tramitado, al ser subsanable.

Apunta el recurrente que por no haber recibido el traslado de un informe del Ministerio Fiscal, obrante a los folios 599 a 601, antes del dictado del auto de transformación en Procedimiento Abreviado ha visto precluida la posibilidad de proponer diligencias de instrucción y de solicitar el sobreseimiento de la causa"; sin embargo, ello no es cierto, ya que la parte puede hacerlo al ser notificado del auto de transformación, e instar ante la Audiencia en su recurso nuevas diligencias, o, incluso, el archivo del procedimiento.

Por ello, no resulta procedente la petición formulada de nulidad de las actuaciones alegando indefensión. Y, así, sostiene la Fiscalía con acierto que bien pudo la parte haber solicitado diligencias al notificársele el auto de acomodación en paridad con las partes acusadoras, según se viene entendiendo de forma generalizada en todos los órganos judiciales, tal y como antes hemos expuesto.

Con respeto al alegato de la indefensión hay que recordar que no basta con que el recurrente sostenga los defectos alegados, por cuanto la fase previa al auto de transformación en procedimiento abreviado, que, además, es recurrible para postular práctica de diligencias, o denunciar cualquier defecto, se circunscribe a la práctica de diligencias instructoras que den lugar al auto de transformación, pero ello lo es sin perjuicio de que las partes puedan estimar necesarias más diligencias y postularlo así, o bien que en sus respectivos escritos de acusación y defensa propongan la prueba pertinente a practicar en el juicio oral.

Pero, por ello, no cualquier vicio denunciado puede dar lugar a una nulidad de actuaciones. Y así recuerda esta Sala (en **sentencia, entre otras, 821/2016 de 2 Nov. 2016, Rec. 733/2016**) que "respecto de la indefensión material la doctrina constitucional (SSTC 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo , entre otras muchas) recuerda que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

Es decir, que « **para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional**, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, **no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado** » (STC 185/2003, de 27 de octubre ; y STC 164/2005 de 20 de junio)."

Recuerda, de igual modo, esta Sala del **Tribunal Supremo en Auto 1100/2017 de 6 Jul. 2017, Rec. 612/2017** que "el incumplimiento de un requisito procesal provoca la no producción del efecto que la ley prevé para el supuesto concreto dependiendo de la naturaleza del acto de que se trate y de su trascendencia. En este sentido ha de distinguirse entre la nulidad absoluta, contemplada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando la omisión del requisito procesal suponga una violación de un derecho fundamental; la nulidad, contemplada en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; la anulabilidad, cuando la omisión del requisito no esencial se establezca como garantía del derecho de una de las partes del proceso; y la mera irregularidad, que no produce efectos sobre el acto procesal y son susceptibles, en su caso, de corrección disciplinaria al responsable (STS 501/2001 de 14 de marzo)".

De igual modo, esta Sala del Tribunal Supremo en **Auto 2247/2006 de 2 Nov. 2006, Rec. 884/2006** recuerda que la Constitución prohíbe categóricamente la indefensión del justiciable, que se produce -según el Tribunal Constitucional- si se le priva de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos. Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, es



decir, que la vulneración de las normas lleve consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC nº 155/88 y nº 290/93 , entre otras).

En la sentencia de esta Sala del **Tribunal Supremo 252/2008 de 22 May. 2008, Rec. 1166/2007** ya se expuso que "no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83 , 48/84 , 48/86 , 149/87 , 35/89 , 163/90 , 8/91 , 33/92 , 63/93 , 270/94 , 15/95).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88 , 181/94 y 316/94 .

En definitiva, **no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo** que establece el art. 24 CE .

Así la STS 31.5.94 , recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90 , 106/93 , 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa SSTC 153/88 , 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada. El carácter material y no meramente potencial o abstracto de la indefensión subyace además bajo los conceptos de pertinencia y necesidad de la prueba para sustentar la facultad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio por causa de la imposibilidad de practicar pruebas solicitadas en tiempo y forma"

Incide, también, esta Sala en que "cuando el Juez adopta la decisión de continuar el proceso -art. 779.1.4º- también rechaza -implícitamente- las otras resoluciones del art. 779.1 y, de modo especial, el archivo o sobreseimiento. Por ello existe la posibilidad, mediante la interposición de los recursos, de oponerse ante el propio Juez instructor a la continuación del proceso y de alegar en él lo pertinente en orden a la procedencia del sobreseimiento o, en su caso, acerca de la necesidad de completar la instrucción (SSTC 15.11.90 y 31.1.91)".

Por ello en esta línea, el investigado pudo haber solicitado diligencias al notificársele el auto de acomodación en paridad con las partes acusadoras, según se viene entendiendo de forma generalizada en todos los órganos judiciales. Es por ello, por lo que en este alegato del motivo primero del recurso ninguna indefensión se le causó con la omisión de tal notificación y traslados que alegó.

Con respecto al **segundo punto de este motivo primero se alega que en el auto de transformación en procedimiento abreviado existe falta de concreción de hechos y de calificación jurídica.**

Sin embargo, debemos recordar que esta Sala (entre otras, **sentencia del Tribunal Supremo 156/2007 de 25 Ene. 2007, Rec. 357/2006**), recuerda que "el auto de transformación a procedimiento abreviado, es el equivalente procesal del auto de procesamiento en el sumario ordinario -en tal sentido SS de esta Sala de 21 de mayo de 1993 y 1437/98 de 18 de diciembre -, teniendo la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal en la medida que, como se indica en la STC 186/1990 de 15 de noviembre : ".... realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos ...".



En definitiva, al igual que en el auto de procesamiento, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria y delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Se trata, en definitiva, de un filtro procesal que evita acusaciones sorprendidas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados por los hechos recogidos en dicho auto se podrán dirigir la acusación, limitando de esta manera los efectos perniciosos que tiene la "pena de banquillo" que conlleva, por sí sola, la apertura de juicio oral contra toda persona.

Por lo que se refiere al Procedimiento Abreviado, resulta patente esta doble finalidad, delimitándose del objeto del proceso y los sujetos del mismo que tiene el auto de transformación. El (entonces vigente) art. 790.2º prevé la posibilidad de diligencias complementarias a solicitud del Ministerio Fiscal cuando resulten indispensables para formular acusación, lo que incluye el supuesto de que se estime la imputación a otras personas no designadas en el auto de transformación, o la inclusión de otros hechos de los allí contenidos. Lo mismo se prevé para las otras acusaciones, si bien la petición del Ministerio Fiscal es vinculante para el Instructor, no así la de las otras acusaciones, trato diferente que no conculcaría el principio de igualdad de armas porque encontraría su justificación en los principios de igualdad e imparcialidad del Ministerio Fiscal y en la prevención de evitar dilaciones indebidas por peticiones abusivas de las partes privadas.

Es evidente, por ello, que el contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor, a la que no queda vinculada la acusación sin merma de los derechos de los acusados, porque como recuerda la STC 134/1986 "no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia".

Con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, la acusación, tanto la pública como las particulares, son libres de efectuar la traducción jurídico-penal que estiman más adecuada». Véanse las sentencias de esta Sala de 20.3.2000 , 23.10.2000 , 26.6.2002 y 21.1.2003 . En esta última podemos leer: «en modo alguno prevé la Ley que el instructor califique los hechos, es decir, subsuma los mismos bajo un precepto penal y dicha calificación sea vinculante para las propias acusaciones. Sólo la declaración de sobreseimiento, total o parcial, una vez alcance firmeza, vinculará a aquéllas para el juicio oral».

De modo que constituye doctrina consolidada de esta Sala Segunda (STS 26-7-88 y STC 16/1987 de 12-2), que solo puede producirse una delimitación negativa cuando el Instructor, en el auto de apertura del juicio oral, excluya expresamente un determinado hecho o un determinado delito (STS 1553/1999 , de 22- 2).

Se apoya, pues, el motivo que estudiamos, entre otras, en la doctrina resultante de la STC 186/90 de 15 de noviembre , según la cual es necesario que antes de la apertura del juicio oral se haya informado al posible imputado de la existencia de un procedimiento penal que puede dirigirse contra él y de los hechos y delitos por los que puede ser acusado, necesidad que deviene del principio de igualdad y contradicción de las partes y que se ha de plasmar en el auto de incoación del procedimiento abreviado que se notifica al imputado, el cual puede proponer las diligencias de prueba que considere convenientes.

En suma, como ha declarado el Tribunal Constitucional, los Autos de apertura del juicio oral, «por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas "Sentencias instructoras de reenvío", en las que se determina la imputación ... y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar» (SSTC 170 y 320/1993 o 310/2000).

La calificación o juicio anticipado es esencialmente provisional y no supone vinculación alguna respecto de los hechos que van a constituir el objeto del juicio ulterior, y ello es así por cuanto los casos de denegación de dicha apertura se relacionan directamente con el artículo 637.2 LECrim (cuando el hecho no sea constitutivo de delito) o cuando no existan indicios de criminalidad contra el acusado (debiendo acordarse el sobreseimiento que corresponda «ex» artículos 637 y 641, ambos LECrim), en cuyo caso la resolución es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por las acusaciones, la que fijará su posición al respecto. Pero en modo alguno prevé la Ley que el Instructor califique los hechos, es decir, subsuma los mismos bajo un precepto penal y dicha calificación sea vinculante para las propias acusaciones. Sólo la declaración de sobreseimiento, total o parcial, una vez que alcance firmeza, vinculará a aquéllas para el juicio oral.

En definitiva, lo que vincula posteriormente en el juicio oral, son los hechos por los que se ordena continuar el procedimiento, y que pueden ser asumidos como tales por las acusaciones, y la persona del imputado. Las calificaciones jurídicas, sin embargo, no vinculan al órgano sentenciador, que no parte de tal resolución judicial, sino de los escritos de acusación y defensa, en donde se delimita el objeto del proceso penal. Ni siquiera tiene



que existir un ajuste exacto entre aquellos hechos y los hechos sometidos a consideración del Tribunal por las acusaciones, pero lo que no puede suceder, como aquí ocurre, es que los hechos por los que se acusan sean, no solamente totalmente distintos, sino que hayan sido expresamente excluidos en resolución judicial precedente, por parte del Tribunal de instancia, incurriendo en manifiesta contradicción.

También hemos precisado en la **sentencia de esta Sala 594/2013 de 4 Jul. 2013, Rec. 242/2013** que "como bien se sabe, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 186/1990, de 3 de diciembre, ese derecho fundamental del imputado está integrado por el conocimiento suficiente de la imputación y de las actuaciones a que la misma hubiera dado lugar, practicadas con su presencia y estando técnicamente asistido. [...] A esto hay que añadir que según resulta, entre tantas, de la sentencia del propio Tribunal Constitucional 347/2006, de 11 de diciembre, si es cierto que "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio", también lo es que "a estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas". Criterio reiterado también en múltiples sentencias de esta Sala (por todas la nº 480/2011, de 13 de mayo), que abundan en el sentido de que el juzgador debe moverse en el marco-límite de las pretensiones acusatorias, en las que se fijan los términos del debate, esto es, el objeto del enjuiciamiento. Por eso, según se lee en STS 1532/2000, de 9 de octubre, la falta de inclusión expresa de un delito en el auto de transformación no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que el hecho correspondiente hubiera formado parte de la imputación formulada en su momento, de modo que el afectado por ella hubiese podido alegar al respecto y solicitar la práctica de las diligencias que pudieran interesarle.

(...) En consecuencia, esta Sala ha aceptado la posibilidad de un enjuiciamiento ajustado a los parámetros constitucionales definitorios del proceso justo sin indefensión, en casos en los que el auto de apertura del juicio oral no contiene una mención expresa de los hechos que delimitan el objeto del proceso. Para ello resultará indispensable que el conocimiento por el encausado del alcance objetivo y subjetivo de la imputación quede fuera de cualquier duda. Y esto es lo que se evidencia en el caso que nos ocupa, en el que la defensa pudo evacuar su escrito de oposición y proponer prueba, sin alegación alguna referida a una hipotética indefensión generada por el desconocimiento de aquello que realmente se le atribuía. Este silencio, claro es, no excluye la posibilidad de una alegación ulterior, debidamente fundada y apoyada en razones que no pudieran haberse hecho valer con anterioridad, en el turno de intervenciones previsto en el art. 786.2 de la LECrim".

Por ello, el auto previsto en el art. 779.1.4º de la LECrim, cumple una triple función:

- a) da por finalizada las diligencias previas;
- b) efectúa una valoración del resultado de la instrucción apreciando la existencia de indicios bastantes de la existencia de un delito de los previstos en el art. 757 de la misma Ley, por lo que ordena la acomodación de los trámites a los propios del procedimiento abreviado, y
- c) acuerda dar traslado a las partes acusadoras para que opten entre alguna de las posibilidades previstas en el art. 780.1, es decir, solicitar el sobreseimiento, la apertura del juicio oral (formulando simultáneamente en ese caso escrito de acusación) o la práctica de diligencias complementarias.

No se exige en puridad que en el auto de transformación se realice una detallada relación de hechos, sino que debe incluir los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de imputación, pero no requiere que sea exhaustivo, y, como se especifica por la Fiscalía, no se concreta por el recurrente que consecuencias tuvo para él esa inconcreción fáctica y jurídica que denuncia y, por otro lado, del delito recogido en el art. 308.2, incardinado en el Título XIV "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", resultó absuelto.

Pese a la crítica del contenido del auto se debe precisar que se cita a la persona contra la que se ha dirigido la investigación y se realiza una descripción sucinta, pero suficiente, de lo que ha constituido la investigación añadiendo que se dicta el auto de transformación por "presuntos delitos contra la administración pública", pero, como sostiene la fiscalía, pudiendo perfilarse después por las acusaciones, frente de quienes ha de defenderse realmente el investigado, el encaje jurídico específico que estimen corresponder a los hechos en cuestión. Existe, por ello, determinación del hecho inicial por el que se inicia la investigación y se practican diligencias. Ello, sin perjuicio de que, luego, en el escrito de acusación la misma centre los hechos objeto de debate que serán los que darán lugar al escrito de defensa para conocer éste de qué hechos concretos debe defenderse, la persona investigada y el delito incluido entre los delitos contra la administración pública sin perjuicio de su concreción en el escrito de acusación.

Todo ello debe llevar consigo la desestimación de este motivo por no existir indefensión alguna determinante de actuaciones que hayan dado lugar a que el ahora recurrente no hubiera podido llevar actos de defensa, y de los que ha podido llevar a cabo ante el auto de transformación en procedimiento abreviado, no exponiendo si este fue, o no, recurrido ante la Audiencia Provincial, y/o interesando más tarde la práctica de diligencias



complementarias, o proponiendo la prueba en su escrito de defensa, una vez conocido con detalle el escrito de la acusación donde ya se fijaron con detalle los hechos de la acusación y el tipo penal que dio lugar al auto de apertura de juicio oral.

TERCERO.- Con respecto al segundo motivo de casación hay que señalar que se alega al amparo de lo dispuesto en los art. 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y derecho a la tutela judicial efectiva, apelando a la nulidad de actuaciones que a su juicio se produjo como consecuencia del dictado del auto de apertura de juicio oral respecto de hechos y tipos penales no descritos en el auto de procedimiento abreviado. Pero como con acierto sostiene la fiscalía lo que se denuncia a través de este motivo es que "la acusación constituida en la causa por el Ayuntamiento de Oria presentó un escrito de acusación en el que se excedía de la delimitación objetiva y de tipos penales contenida en el auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado". Concretamente tal exceso iría referido al delito de fraude de subvenciones del artículo 308.2 CP y al delito continuado de malversación de fondos públicos de los artículos 432.1 y 435.1 CP .

Por ello, ya se ha hecho mención en el fundamento jurídico precedente a que en este caso no puede sostenerse la existencia de indefensión alguna, por cuanto de ese escrito de acusación no ha existido basamento alguno en sentencia condenatoria, ya que el recurrente es condenado por un delito de prevaricación administrativa, **pero es absuelto por los delitos de fraude de subvenciones y malversación de caudales públicos**, por lo que aunque el recurrente sostenga que el auto de apertura de juicio oral supuso la vulneración de normas de procedimiento, por admitir acusaciones no sólo infundadas sino también improcedentes, lo cierto es que ello no puede verse desconectado de la indefensión que debe apreciarse en este caso en el resultado que ello ha provocado, el cual es inexistente, ya que en modo alguno ha sido condenado por delitos que el recurrente cuestiona que fueron introducidos en el auto de apertura de juicio oral de forma improcedente.

Por ello, el motivo debe ser desestimado, por cuanto no hay indefensión alguna causada al recurrente o perjuicio material producido.

CUARTO.- Con respecto al tercer motivo de casación hay que señalar que se interpone al amparo de lo dispuesto en los art. 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, reconocido por los arts. 24.2 y 117 de la Constitución .

En los hechos probados de la sentencia se hace constar que

Hecho probado nº 1.

"El acusado, Oscar Clemente , mayor de edad y sin antecedentes penales, fue alcalde del Ayuntamiento de Oria (Almería) durante los años 2007 a 2011. Durante ese periodo, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, suscribió en nombre del ente local numerosos contratos de trabajo de duración determinada para los que no había previsión presupuestaria, sin seguir procedimiento alguno, sin justificar las causas por las que recurría a la contratación laboral temporal ni las que determinaban la elección de esas personas en particular, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados" efectuándose una relación de las personas que en estas condiciones fueron contratadas.

Hecho probado nº 2.

También se añade en los hechos probados que "Durante el mismo período (2007-2011) el acusado, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, en nombre del ente local contrató a diversas personas como monitores para actividades deportivas y culturales sin seguir procedimiento alguno, sin justificar las causas por las que recurría a la contratación temporal ni las que determinaban la elección de esas personas en particular, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de otros posibles interesados. Tales contratos no fueron documentados por escrito ni generaron alta en la Seguridad Social. Los trabajadores cobraban del Ayuntamiento en metálico o por cheque, firmando un recibo para dejar constancia", relacionándose el listado de estas personas contratadas.

Hecho probado nº 3.

Además, se recoge como hecho probado que el acusado, en su condición de alcalde y durante el período indicado, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, adjudicó de forma directa, sin seguir procedimiento ni expediente administrativo alguno, la 2ª y la 3ª fase de las obras denominadas "Guardería Infantil" a la mercantil Construcciones Mariano Simón, S.L. por importes de 191.000 y 209.000 €, respectivamente, que fueron satisfechos con cargo a la partida número 432-622-00 del presupuesto del



Ayuntamiento, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados.

Hecho probado nº 4.

Además, el acusado, en su condición de alcalde, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, sin seguir procedimiento administrativo, compró por contratación directa a la entidad HM De Hero Mañas, S.L. una retro-cargadora mixta por importe de 78.200 € y una barredora dumper por importe de 52.293,64 €, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados. Tales sumas fueron abonadas respectivamente con cargo a las partidas presupuestarias 513-623.00 del presupuesto del ejercicio de 2008 denominada "Retroexcavadora mixta" y la partida 513-623.00 del presupuesto del ejercicio de 2009 denominada "Implementos retroexcavadora mixta" del Presupuesto General del Ayuntamiento.

Hecho probado nº 5.

Asimismo, el acusado, en su condición de alcalde, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, durante el período de su mandato adjudicó de forma directa, sin procedimiento ni expediente administrativo alguno, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados, la redacción de los siguientes proyectos técnicos de arquitectura a la mercantil A&G Taller de Arquitectura, S.L.:

1. Proyecto de ejecución del pabellón de deportes por importe de 54.027,13 €, que fueron abonados durante los años 2008 y 2009.
2. Proyecto básico y de ejecución de "El Pósito" por importe de 25.461,54 €, que fueron abonados en el año 2011.
3. Proyecto básico y de ejecución de espacio cultural por importe de 47.915,84 €, que fueron abonados en el año 2011.

Hecho probado nº 6.

El acusado, en su condición de alcalde, con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, adjudicó en septiembre de 2008 a la entidad Proyme Ingenieros Consultoría, S.L. la elaboración de un catálogo de construcciones en suelo no urbanizable por importe de 158.166 € sin someterse a procedimiento alguno, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad, sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados. En el expediente administrativo consta la presentación formal en el Registro General del Ayuntamiento de 3 ofertas de otras tantas empresas del sector con registros simultáneos número 1,720, 1,721 y 1,722 el mismo día 16 de septiembre de 2008 por la mercantil Proyme Ingenieros Consultoría, S.L. No constan en el mismo la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, los criterios de selección y fiscalización previa de intervención ni el testimonio de las invitaciones cursadas.

Hecho probado nº 7.

Como consecuencia de algunos de los hechos antes descritos y de otras actuaciones realizadas por el Ayuntamiento a instancia del acusado, el ente local contrajo durante el período de su mandato una deuda con 25 proveedores y contratistas que a 24 de octubre de 2012 ascendía a 388.740,62 euros, pese a la inexistencia de consignación presupuestaria y de expedientes administrativos de contratación y aprobación del gasto.

Entre esos acreedores se encontraba la mercantil Suministros Caballero, S.C.A., cuyo representante legal era cuñado del acusado. Cuatro días antes de abandonar el cargo de alcalde, tras las elecciones municipales de mayo de 2011, el acusado, con la finalidad de hacer efectiva su voluntad particular y con conocimiento de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico, pues para ello era necesaria la aprobación del Pleno, mediante Resolución de Alcaldía de fecha 10-06-2011 reconoció en nombre del Ayuntamiento una deuda con la expresada mercantil de 77.611,88 euros".

Esta relación de hechos probados tuvo como consecuencia la condena por un delito continuado de prevaricación del art. 404 en relación con el 74 del Código Penal .

Y en este motivo, el recurrente sostiene que se le ha privado de la práctica de la prueba testifical de los testigos que propuso en su momento, pero que le fue denegado por auto de fecha 15 de abril de 2016 de la Sala de enjuiciamiento la prueba testifical propuesta. No obstante, con acierto señala el Ministerio Fiscal que los testigos propuestos constan relacionados en la certificación expedida por el Secretario Interventor. Se trataba de trabajadores que según tal certificación habían sido contratados por el recurrente, entonces Alcalde del



Ayuntamiento de Oria, sin que constase en tales dependencias documentación alguna que acreditase los procedimientos de contratación o selectivos pertinentes.

Por otro lado, se queja, igualmente, de que al inicio de las sesiones del Juicio Oral no se le permitiera presentar numerosa documentación que, según él, le fue imposible presentarla a lo largo de la instrucción

Sobre la proposición de prueba al inicio de las sesiones del juicio oral.

Rechazo del concepto "Factor sorpresa" en su aportación al inicio de las sesiones del juicio oral por las partes. El debate es sobre la pertinencia y necesidad.

Tiene que destacarse, en primer lugar, que **la aportación de la documental no hubiera alterado el resultado final que consta en la fundamentación jurídica en cuanto a la condena**, dado que el relato de hechos probados determina la comisión del delito por el que ha sido condenado. Y ello es así, porque la cuestión atinente a la financiación de un proyecto, o a las subvenciones que otra Administración Pública puedan tramitar no alteran el ámbito obligacional del responsable municipal de realizar el trámite administrativo de seguimiento del correspondiente procedimiento administrativo de contratación de oferta pública que permita la libre concurrencia y proposición de aspirantes a cada una de las plazas que deben ser ofertadas, por cuanto los hechos probados reflejan lo contrario, pese a que pudieran existir esos convenios con Administraciones o entidades que el recurrente trata de justificar en evitación de la condena. No obstante lo cual, ello no lo produciría, con lo que **su aportación resultaba irrelevante** al objeto de alterar la condena, dada la prueba existente. Por ello, a los efectos del tipo penal objeto de condena la preexistencia de proyectos o convenios de financiación no exoneran a la Administración municipal de seguir el cauce reglado de la debida tramitación del procedimiento administrativo conforme a la normativa propia. Y en este caso su rechazo como documental propuesta al inicio de la sesión no produce la alegada indefensión.

Ahora bien, esta Sala debe fijar claro que sobre la proposición de prueba documental al inicio del juicio oral no existe la denominada *proposición de prueba sorpresiva por las partes*, concepto que, desde una construcción procesal es inadmisibile, dado que admitida procesalmente la posibilidad de proponer prueba documental al inicio del juicio oral, no puede aludirse al "factor sorpresa" en su aportación al inicio de las sesiones del juicio oral para rechazar la prueba que se propone, dado que es un derecho de la parte llevarlo a cabo, y por ser al inicio de las sesiones cuando, también, las partes pueden llevarlo a cabo, tanto documental, como pericial o testifical. Otra cuestión distinta es la relevancia de esa aportación, o no, al objeto de alterar el proceso de convicción que pueda haber llevado el Tribunal tras el examen de la prueba practicada. Pero la viabilidad procesal de su aportación y su admisibilidad dependerá de otros factores en torno a los conceptos de "necesidad", o pertinencia", pero no acerca de un "carácter sorpresivo" de su aportación, dado que ello no puede predicarse de una vía de proposición de prueba al inicio de las sesiones del juicio oral. La parte está en su derecho de aportar la prueba en los momentos procesales que la norma le habilita, no pudiendo acudirse a la "sorpresa" de su aportación al no ser éste un argumento jurídico de rechazo de una proposición de prueba en tiempo y forma. Cuestión distinta será la pertinencia o su relación con el objeto del proceso. Por ello, no puede apelarse a la "extemporaneidad" en la proposición de una prueba pericial, testifical o documental al inicio del juicio oral

En estos casos lo que podrá plantearse por las partes, y resolver el Tribunal en el trámite de cuestiones previas, es la posibilidad de suspender el juicio si la documentación es abundante y las partes que la deben examinar no están en condiciones de hacerlo, o bien hacer un receso para esta finalidad, hasta que las partes puedan examinar los documentos, o bien proponer una suspensión definitiva de la sesión señalada, por causarles indefensión tener que examinar de forma urgente documentos que no han conocido hasta ese momento, y que pueden tener una relevancia para contrarrestar la prueba que han propuesto en su debido momento con los escritos de acusación o defensa.

Debe realizarse, pues, esta precisión técnica y procedimental para fijar criterio en cuanto al rechazo de las "proposiciones sorpresivas de prueba al inicio del juicio", dado que es un término que no debe admitirse para sustituir al clásico de la "pertinencia" y "necesidad" de la prueba.

Por otro lado, sobre la admisibilidad de la prueba propuesta, la sentencia de esta Sala 160/2016, de 1 de Marzo relaciona este motivo con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el art. 24.2 CE.

Se recogen así una serie de presupuestos básicos para la admisión de este motivo dentro del art. 850,1 LECRIM. Y así, la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba, que inspira la jurisprudencia de esta Sala acerca de esta materia, se halla recogida, entre otros numerosos precedentes, en la STC 121/2009, 18 de mayo.



Recuerda el Tribunal Constitucional que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal en cuya vulneración, para que tenga relevancia constitucional según nuestra doctrina, han de concurrir varias circunstancias.

1.- **El recurrente ha de haber respetado las reglas procesales de tiempo, lugar y forma de su proposición**, pues en caso contrario no podrá considerarse menoscabado este derecho "cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, STC 133/2003, 30 de junio, FJ 3 a)" (STC 86/2008, de 21 de julio, FJ 3.a; en el mismo sentido también SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 190/1997, de 10 de noviembre, FJ 2; 52/1998, de 3 de marzo, FJ 2.a; 131/2003, de 30 de junio, FJ 3.b, y 121/2004, de 12 de julio, FJ 2.b).

(Dentro de estas opciones estaría la relativa a la aportación de prueba al inicio de las sesiones del plenario, al no constituir prueba aportada "sorpresivamente" como antes hemos señalado, sino siendo una de las opciones que admite la normativa procesal penal)

La prueba denegada habrá de ser pedida en tiempo y forma en el escrito de calificación correspondiente (conclusiones provisionales, acusación o defensa) y reiterar su petición al momento de iniciar el juicio oral en el momento de las cuestiones previas, nunca después, ya que es preclusivo.

2.- **La denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial**, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas)" de tal manera que "la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa ... (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3)": STC 190/2006, de 19 de junio, FJ 5; y en el mismo sentido, entre otras, SSTC 165/2004, de 4 de octubre, FJ 3.b; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2.

3.- Ha de acreditarse **que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte**, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución".

Sobre esta situación de indefensión del recurrente que debe alegarse y concretarse en el recurso de casación, y en el motivo que se alega por esta vía del art. 850.1 LECRIM es carga de la argumentación del recurrente por cuanto se traduce en la doble exigencia siguiente:

a.- El demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas.

b.- El hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, **quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso**, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa.

La jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene a atribuir, pues, al recurrente esta carga de alegaciones y determinaciones para valorar en qué medida esta denegación o inadmisión de prueba le pudo afectar en su derecho constitucional, ya que **de no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada**, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2)" (STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2, todas ellas en relación con la prueba penal).

4.- **La pertinencia de la prueba propuesta**. Relacionada con el objeto del proceso y útil, con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos, exigiéndose para que proceda la suspensión que sea necesaria, oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias, habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio para valorar y decidir la improcedencia o procedencia de la prueba cuya admisión se cuestiona.

5.- **Denegación de la prueba ya en el trámite de admisión en la fase de preparación o durante el juicio cuando se pide al mismo tiempo la suspensión del plenario por no poderse practicar la prueba.**

6.- **Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa.**



7.- Que se formule protesta por la parte proponente contra a denegación.

En cuanto a la formulación de la **protesta** debemos distinguir dos procedimientos:

a.- Procedimiento ordinario.

El art. 659 LECRIM recoge que: *Contra la parte del auto admitiendo las pruebas o mandando practicar la que se hallare en el caso del párrafo tercero del artículo 657, no procederá recurso alguno.*

Contra la en que fuere rechazada o denegada la práctica de las diligencias de prueba podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta.

Respecto del plazo para formular la protesta debe hacerse en 5 días contados desde la fecha de la notificación del auto denegatorio (STS 129/2011, de 10 de Marzo).

b.- Procedimiento abreviado.

En este caso el art. 785.1 LECRIM señala que: *Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan.*

Con respecto a la petición al inicio de las sesiones del juicio oral el art. 786.2 LECRIM añade que..... *El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.*

Se ha recordado que este requisito de la protesta formal es imprescindible para la queja impugnativa posterior, ya que está exigida legalmente. Significa que debe plantearse ante el juez que acordó tal medida denegatoria que se replantee la decisión a la vista de la proporcionalidad de la decisión y poner de manifiesto que la parte no se aquieta a la denegación de la prueba.

Características del derecho a utilizar los medios de prueba.

1.- Como ya se ha expuesto, el derecho a utilizar los medios de prueba es una manifestación del derecho de defensa, por lo que **solo adquiere relevancia cuando produce real y efectiva indefensión** .

2.- Este derecho a utilizar los medios de prueba no es un derecho absoluto, sino que **atribuye sólo el derecho a la práctica de las que sean pertinentes** , entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*.

Capital es en el tema de la proposición y admisión de prueba que el recurrente no tiene derecho absoluto a que se le admitan cualesquiera medios de prueba que proponga, ya que la pertinencia sobre su admisión o la suspensión del juicio por su no práctica han de ser objeto de una ponderada valoración por el Tribunal que valore los intereses en conflicto, que son:

1.- El derecho de defensa.

2.- La pertinencia de la prueba propuesta.

3.- La necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

En esta línea, el derecho al empleo de los medios de prueba no es incondicional o absoluto, ni desapodera al juez de analizar y examinar la pertinencia de las pruebas (SSTC 30/1986 , 158/1989 y 33/1992).

3.- El derecho a utilizar los medios de prueba, al no ser absoluto, debe ser ejercido cumpliendo una serie de presupuestos procesales.

4.- El derecho a utilizar los medios de prueba no obliga a admitir toda la prueba propuesta.

Pues bien, como se ha expuesto, para que pueda prosperar este motivo debe tratarse de prueba pertinente y en este caso la probanza que señala la Sala es concluyente respecto a los extremos probados, porque, como sostiene la fiscalía, la denegación de la prueba testifical propuesta por el recurrente en su escrito de calificación deviene innecesaria a la vista de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, tal y como se refleja en el fundamento jurídico siguiente en la prueba que se practicó con respecto a cada uno de los hechos probados, como luego se verá en esta resolución.

También, como se sostiene por la fiscalía con acierto, no sólo constan las certificaciones del Secretario-Interventor que antes se han expuesto y citadas en la sentencia que el recurrente cuestiona, sino que obran en la causa los contratos firmados por todas aquellas personas que fueron "seleccionadas" por el recurrente o personas a él allegadas sin proceso selectivo alguno; contratos firmados también por el recurrente como



Alcalde del Ayuntamiento de Oria. Han declarado, además, testigos ya citados que declararon cómo fueron "seleccionados", por lo que no se entiende que el rechazo de la testifical hubiera alterado el proceso de formación de la convicción del tribunal, ya que la prueba es abundante, y que está conformada por las certificaciones del secretario de que "no se siguió procedimiento alguno, así como testigos que confirman la anomalía del proceso.

Así, consta al folio nº 310 y ss de las actuaciones los siguientes certificados del secretario del Ayuntamiento, que suponen prueba evidente de que no se siguieron procedimientos concretos para las decisiones adoptadas de forma y modo unilateral:

- 1.- Al folio 311 certificación donde se hace constar que respecto a la contratación de 50 trabajadores bajo la modalidad de contrato de duración determinada no consta procedimiento alguno de contratación o procesos selectivos que se hayan seguido.
- 2.- Al folio 312 certificado donde se hace constar que estuvieron prestando servicios determinadas personas para actividades culturales y deportivas sin constancia documental de los procedimientos selectivos o de formalización de contratos seguidos para los servicios que se citan.
3. Al folio 313 certificación acerca de la no constancia documental del procedimiento seguido de selección o adjudicación en relación a la fase 2ª y 3ª de la obra "Guardería infantil", que fue ejecutada por la mercantil "construcciones Mariano Simón S.L."
- 4.- Al folio 314 certificación del secretario acerca de en relación a la adquisición de una retro cargadora y una barredora a la mercantil "HM de haro mañas" no constó expediente de contratación para tal adquisición ni procedimiento de adjudicación, siendo bienes contratados directamente por el ex alcalde D. Oscar Clemente .
- 5.- Al folio 315 certificación sobre prestaciones de servicios por la mercantil "A&G Taller de arquitectura SL sobre diversos importes sin que conste procedimiento de selección seguido para su contratación.
6. Al folio 316 consta certificado referente a que la junta de gobierno adjudicó a la mercantil "Proyme ingenieros consultoría S.L. la prestación del servicio de catalogación de construcciones en suelo no urbanizable sin que conste la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.
- 7.- Al folio 318 certificación donde se refleja que no existe constancia de consignación presupuestaria para la deuda con proveedores y contratistas por importe de 388.740,62 euros ni de documentos de autorización del gasto.

Pero, sobre todo, debe entenderse como clave que en estos supuestos de queja en el recurso de casación de denegación de prueba es preciso, pues, como indica el Ministerio Fiscal, que la denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige "demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, **y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia**" (SSTS 1023/2012, 12 de diciembre ; 104/2002, 29 de enero ; 181/2007, 13 de abril y 421/2007, 24 de mayo).

En efecto, en la sentencia de esta Sala 300/2015 de 19 May. 2015, Rec. 2387/2014 se recoge que "En principio, la previa declaración de pertinencia y consiguiente admisión de las pruebas interesadas en el escrito de conclusiones provisionales de cualquiera de las partes, no obliga al Tribunal, de forma ineludible, a su práctica en el plenario. La pertinencia inicial de una determinada prueba no es obstáculo para que, a la vista del desarrollo de las sesiones del plenario, su práctica deje de ser útil. No todo lo pertinente confirma su necesidad cuando ya se ha desarrollado en el plenario -como sucedió en el caso presente- buena parte de la propuesta probatoria de ambas partes.

En palabras de esta Sala, expresadas en numerosos precedentes, ni siquiera el hecho de su previa y anticipada declaración de pertinencia, tiene entidad para debilitar la procedencia del rechazo ulterior. A diferencia de la pertinencia, que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal, la necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia (cfr. SSTS 46/2012, 1 de febrero ; 746/2010, 27 de julio y 804/2008, 2 de diciembre). Hemos dicho también que este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige "...demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final



del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia" (SSTS 1023/2012, 12 de diciembre ; 104/2002, 29 de enero ; 181/2007 13 de abril y 421/2007, 24 de mayo)."

Además, el planteamiento de la testifical y documental que relata el recurrente nos lleva a la comparación de las testificales que refiere en su recurso con las practicadas, al hacer constar en su recurso que "la razón de ciencia de los 25 testigos que quiso proponer radicaba en aportar su conocimiento sobre el procedimiento de selección y sobre la participación de nuestro patrocinado en la misma" y lo mismo ocurre con la documental que se le deniega al inicio del juicio en cuanto plantea que "servía para desvanecer la inferencia en que se basaban las acusaciones a partir de las certificaciones obrantes a los folios 311 y siguientes de las actuaciones. Esa documental pública consistía en certificaciones y copias compulsadas de diversas Delegaciones de la Junta de Andalucía en Almería y de la Diputación Provincial de Almería, entidades con las que el Ayuntamiento de Oria había firmado diversos convenios de colaboración interadministrativa de la que se derivaba la contratación de personal y la ejecución de obras a que se referían los hechos sostenidos en los escritos de acusación y a la postre, en los hechos declarados como probados".

En cualquier caso, teniendo por realizadas estas referencias nos encontraríamos con el proceso deductivo del tribunal ante la prueba practicada alrededor de la testifical y la documental y las alegaciones exculpatorias del recurrente y su prueba testifical y documental, lo que entraría de lleno en cuanto al proceso valorativo de prueba mediante lo que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal a quo. Pero aun cuando resulte una obviedad recordarlo, nuestra posición como órgano casacional no nos autoriza a optar entre la valoración probatoria que sugiere la parte recurrente que se hubiera producido ante la comparación de pruebas, y la que ha proclamado la Audiencia Provincial. Nuestro ámbito cognitivo no nos faculta, (como ya se recogió en la sentencia de esta Sala 300/2015 de 19 May. 2015, Rec. 2387/2014 a desplazar la conclusión probatoria alcanzada por la Audiencia, ante el mayor atractivo de los argumentos que pudiera encerrar, en su caso, el discurso impugnativo del recurrente. Tampoco podemos neutralizar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 326/2012, 26 de abril , 80/2012, 10 de febrero 790/2009, 8 de julio ,, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril .

La cuestión clave, pues, se desglosa en la detallada argumentación de la sentencia en cuanto a la prueba referida a cada uno de los 7 hechos probados, tanto por testifical como documental, lo que evidencia la prueba propuesta frente a las alegaciones del recurrente en cuanto a la prueba que cita y refiere en su recurso antes expuesta.

Y con respecto a la no admisión de la documental al inicio del juicio en la sentencia ya se hace constar en esta que "la defensa del acusado se queja de que no se le facilitó documentación por parte del Ayuntamiento, que ejerce la acusación particular. No en vano, interesó la admisión de abundante documental al inicio del juicio oral alegando que la había conseguido recientemente por otras vías, lo cual tuvo respuesta negativa por las razones que constan en el acta. Pero lo cierto es que no hay prueba alguna en autos de que solicitara formalmente un documento y se le denegara expresa o tácitamente. Es más, resulta incompatible con su afirmación el hecho de que a día de hoy siga siendo concejal, pues es razonable concluir que tiene fácil acceso a los archivos del ente local, como evidencia el dato de que aportase actas de sesiones de 11-10-12 y 16-7-14 (f, 694 y 699), fechas en las que ya no era alcalde. Por todo ello no cabe sino concluir que no hay documento alguno justificativo de su proceder".

El recurrente sostiene que:

- 1.- No pudo aportar tal documental con anterioridad.
- 2.- En un caso sí hubo proceso de selección.

Con acierto sostiene la Fiscalía que el primer argumento es totalmente desechable. El recurrente prestó declaración el 5 de abril de 2013, habiéndose personado en la causa con fecha 26/3/2013 (folio 70). Ello significa que ya desde entonces conocía con suficiencia los hechos que se le imputaban y ya desde entonces pudo y debió articular esa defensa plasmada documentalmente que tanta importancia le otorga tres años después.

El segundo argumento esgrimido también se rechaza porque consta al folio 428 vto. que en la sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno Local de 29/4/2009 y respecto a la "Escuela de Verano Diversol 2009" se establecieron las bases generales para la selección y contratación de un coordinador y tres plazas de monitores.

Ahora bien, no consta en los archivos del Ayuntamiento, según certificación del Secretario Interventor, que tal proceso selectivo se llevara a término.



Por otro lado, argumenta que uno de los documentos que quiso presentar acreditaría que sí hubo proceso de selección para esas plazas ya referenciadas. Tal documento se trataría de una "copia del acta del Tribunal de selección dónde se hacía constar la evaluación de las solicitudes de empleo recibidas conforme a las Bases establecidas, y refiriéndose a la contratación de doña Carlota Vanesa , don Indalecio Urbano , doña Sandra Berta , don Gabriel Lucio , doña Virginia Constanza , doña Enma Josefina , don Paulino Hipolito y doña Leticia Zaida ".

Pues bien, tal documento se trataría de una copia, no del original o de un testimonio, con lo que su fiabilidad deviene nula. En segundo lugar, y teniendo en cuenta que conocía con suficiencia las acusaciones que pesaban contra él, nada le impidió, siendo como era Concejal del Ayuntamiento, conseguir un documento fiable sobre tal particular, teniendo en cuenta que ya el Sr. Secretario allá por el 24 de octubre de 2012 (folio 311) certificó que de tal proceso selectivo ni de ningún otro había rastro en el Ayuntamiento de Oria.

Este alegato del Ministerio Fiscal debe estimarse acertado en la impugnación del motivo casacional, ya que, en efecto, consta abundante prueba que acredita la realidad del hecho probado, y sin que los testigos o documentos que bien pudo aportar desde un momento hubieran alterado el proceso de formación de la convicción del tribunal, por cuanto es preciso que esa prueba que propone tuviera la virtualidad necesaria para alterar el hecho probado y el proceso de convicción a que llega el Tribunal con la abundante prueba testifical y documental existente en torno a la carencia del proceso de selección previo y la arbitrariedad detectada que consta, sobre todo, en las certificaciones del secretario, prueba clave y decisiva en este tema.

En cada uno de los hechos probados consta debidamente reflejado en la sentencia la referencia probatoria a la que alude el tribunal, sobre todo las certificaciones del secretario interventor, que no pueden conllevar sospecha alguna de irregularidad, o ánimo o motivo espurio contra el recurrente, acerca de la carencia de proceso alguno selectivo, junto con los expedientes correspondientes, como a continuación se refleja con detalle. Ello resulta relevante para no aceptar la queja del recurrente en cuanto a la denegación de la prueba testifical y documental en cuanto no altera el proceso deductivo a que llega el tribunal por la contundente prueba practicada, con independencia de la fijación de criterio antes expuesta en torno a la viabilidad técnico procesal de la aportación de prueba al inicio de las sesiones del juicio oral.

QUINTO.- Con respecto al cuarto motivo de recurso se alega la vulneración del Precepto Constitucional, al amparo de lo dispuesto en los art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ambos en relación con lo dispuesto en el art. 24.2º de la Constitución por vulneración del derecho fundamental a presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

Hay que recordar que continuando con el proceso que llevó al tribunal a su convicción en relación con la alegada ausencia de la admisión de la testifical y documental que propuso el recurrente se efectúa en la sentencia un detallado relato de cada hecho probado y la prueba en la que se basa. Y así en la argumentación probatoria del Tribunal ante quien se ha practicado la prueba se recoge que:

Prueba del hecho probado nº 1 .

1.- **La contratación de las 35 personas reseñadas en el hecho Primero en las circunstancias expuestas en el mismo queda acreditada por la certificación de 24 de octubre de 2012 emitida por el Secretario Interventor accidental del Ayuntamiento de Oria (folio 311), puesta en relación con la declaración testifical del mismo y el Expediente A del Anexo documental II (folios 1 a 78).** La certificación, después de enumerar las personas contratadas, aclara que ***no hay "constancia documental sobre los procedimientos de contratación o procesos selectivos que se hayan seguido, respecto de las anteriores contrataciones"*** . El Expediente A incluye testimonio de todos y cada uno de los contratos, firmados por el acusado y los respectivos trabajadores.

2.- **El Secretario Interventor accidental, D. Carlos Doroteo , vino a ratificar el contenido el contenido de sus afirmaciones, respondiendo de forma coherente a las numerosas preguntas planteadas por las partes.**

3.- Cabe añadir que uno de los trabajadores contratados, **Isaac Victorino , declaró como testigo en el plenario, relatando que lo contrataron para una plaza de monitor después de que expresara su voluntad de trasladarse desde Córdoba, donde vivía, a Oria, donde se hallaban sus padres, así como que no hubo proceso alguno de oposición o concurso oposición .** Se da la circunstancia, además, de que, pese a que suscribió un contrato de duración determinada en 2008, estuvo trabajando 8 años para el Ayuntamiento, según admitió.

4.- **El acusado no dio una explicación convincente sobre las razones por las que contrató a las personas reseñadas.** Indicó que los contratos obedecen a la ejecución de diversos planes, como el de la citada "Escuela de Verano Diversol", el de "Absentismo Escolar" o el de "Taller de Empleo". Pero no justificó el recurso a la contratación laboral, la ausencia de procedimiento, la falta de publicidad sobre las plazas a cubrir y la



concreta elección de cada uno de los 35 trabajadores reseñados, en algunos casos varias veces. **La abundante documentación aportada por su defensa letrada** (f. 370 a 597 y 624 a 879, que a menudo son reiteración de los anteriores) acredita la existencia de los referidos planes pero **en modo alguno desvirtúa la anterior apreciación** .

5.- En relación con la "Escuela de Verano Diversol", consta que en la sesión de la Junta de Gobierno Local de 29-4-09 se establecieron unas bases generales para la elección y contratación de monitores (f. 405 y siguientes, en particular del 428 vuelto al 434). Sin embargo, el dato es irrelevante toda vez que **se certifica por el Secretario la ausencia de expedientes de contratación en los archivos del Ayuntamiento (folio 311 vuelto) y el acusado no ha justificado las razones por las que eligió a los correspondientes trabajadores, lo que evidencia que la selección se llevó a cabo, en realidad, al margen de todo procedimiento, al igual que los años anteriores**.

6.- En lo que atañe al plan de "Absentismo Escolar", el acusado dijo que los trabajadores eran seleccionados por una comisión de docentes del Colegio San Gregorio. Pero su afirmación no es creíble .

Primero, porque de ser cierto eso, habría algún rastro documental y **se certificó por el Secretario la ausencia de expedientes de contratación** .

Segundo, porque **la testigo Yolanda Paula , contratada en el marco de este programa, dejó bien claro que no se siguió procedimiento selectivo alguno** . Preguntada sobre el modo en que la seleccionaron, indicó que la llamaron desde la dirección del colegio y le preguntaron si podía ir para una entrevista, a ver si daba el perfil. Ella fue, hizo la prueba ("hablé con ellos", dijo) y, como daba el perfil, la remitieron al Ayuntamiento, donde hizo "el papeleo" (que incluye, sin duda, el contrato firmado por el acusado), siendo así como empezó a trabajar. Lo cual confirma, de entrada, que **no se siguió el proceso normal, en el que la plaza se publicita y los interesados la solicitan, sino que, por el contrario, fue la mencionada comisión la que tomó la iniciativa de llamar a la aspirante** . Además, si, junto a este dato, se tiene en cuenta que la dirección del centro escolar estaba integrada por la esposa del acusado, una hermana de la testigo y otra persona, según declaró la testigo Covadonga Zaira y reconoció el propio acusado, así como que fue el acusado el que firmó el contrato de trabajo, no cabe sino concluir que la contratación obedeció simplemente a la voluntad del acusado.

7.- **En cuanto al programa "Taller de Empleo"** , la Resolución por la que se concede la ayuda, obrante a los folios 286 y siguientes del Expediente documental G del Anexo II, **nada dice sobre el proceso de selección** ni, desde luego, sobre el compromiso del Ayuntamiento -al que aludió el acusado- de contratar un porcentaje de participantes en el mismo. Lo que contenía es que el ente local asumía la obligación de asesorados durante los 6 meses posteriores a la finalización para la búsqueda de empleo por cuenta ajena o el establecimiento por cuenta propia, que es algo bien distinto.

8.- **Sobre Julia Laura , el acusado tan sólo dijo que ya había sido contratada antes de 2007, pero no explicó por qué razón la contrató en nombre del Ayuntamiento como limpiadora de un colegio público dependiente de otra Administración, en concreto la Junta de Andalucía**.

9.- **Tampoco dio explicación coherente el acusado de la contratación en la forma expuesta de los diversos auxiliares administrativos reseñados en la factura**. Así, sobre Victor Urbano indicó que presentó el curriculum en el Ayuntamiento como informático, que la Policía Local había planteado la posibilidad de contratar a uno y que la Diputación Provincial estaba implantando nuevas tecnologías (programa Sicalwin), por lo que " **se le contrató** " , refiriéndose a un proceso de selección en el que él no estaba y que, según la certificación del Secretario, no existe .

10.- **Respecto de Alejo Oscar dijo que alguien tenía que hacerse cargo de la ventanilla para el desarrollo de un plan sobre viviendas protegidas "y se eligió a éste"** .

11.- **Sobre Pura Camino , manifestó que cuando dimitió Maximiliano Norberto "se buscó" a ésta, que era licenciada en arte, para el puesto de archivera, sin que hubiera más solicitantes, lo cual es natural, al no haber constancia de que se tramitase expediente alguno ni, por tanto, de que se diera publicidad a la contratación**.

12.- **En cuanto a la directora, la psicóloga y la maestra de la escuela infantil, se limitó a decir el acusado que colocaron carteles informativos anunciando la necesidad de cubrir las plazas y el perfil requerido, así como que la contratación se enmarcaba en un convenio con la Delegación Provincial de Educación. La explicación no justifica la contratación, pues desde luego no es razonable que se publiciten plazas por medio de carteles informativos** . Pero es que, además, resulta incompatible con **la aseveración del Secretario de que no hay en el Ayuntamiento expediente alguno sobre dichas contrataciones** .

13.- **Sobre los socorristas, Sabino Avelino y Cecilio Nicolas , el acusado sólo manifestó que era difícil encontrarlos en Oria, así como que se puso un bando** . En el caso del segundo, añadió que no era de Oria sino de Huesear, "con lo que tuvo que haber publicidad". Al margen de que el silogismo es inaceptable, porque



el hecho de que el contratado fuera de otro pueblo no implica necesariamente que hubiera publicidad, cabe remitirse a las consideraciones del párrafo anterior.

14.- En otros casos, como los de Braulio Urbano o Genaro Aquilino, se refirió el acusado a un programa denominado "Urbanismo comercial", pero una vez más **sin certificar el proceso de selección**. Respecto de este último, además, es reveladora de que actuó para imponer su propia voluntad la explicación de que, aunque se le contrató para dicho plan, siguió trabajando en el Ayuntamiento porque según informes de servicios sociales tenía problemas de drogadicción y era aconsejable darle trabajo.

15.- Sobre Isaac Victorino señaló que se trataba de la ejecución de un plan de Diputación, pero **el propio trabajador dejó bien claro al deponer como testigo que no siguió proceso alguno de selección, lo que se corresponde con la certificación del Secretario y evidencia que fue contratado por la mera voluntad del acusado**.

16.- En relación con Joaquin Fabio, declaró el acusado que necesitaban un maquinista para la retroexcavadora que compraron y "algún técnico" le dijo que era idóneo, por lo que **"se le contrató", sin que se ofreciera nadie más para ese puesto**, hasta el punto de que costó mucho trabajo encontrarlo porque no habla nadie con ese perfil y sólo cobraba 1.000 euros. **La certificación del Secretario desmiente esta explicación, pues no hay expediente alguno sobre la oferta y selección para este puesto**.

17.- En cuanto a Ruben Joaquin, manifestó el acusado que en 2004-2005 había sido trabajador de una empresa contratada por la Junta de Andalucía dentro de un programa de control de acceso a los colegios y cuando la Junta abandonó ese programa pasó a formar parte de los monitores escolares a petición del centro educativo. Según el acusado, los padres le pidieron que se pusiera a alguien para el control de puertas y **"se pensó en él" porque tenía experiencia como conserje, "era una petición del municipio", por lo que "se le contrató". De nuevo, no hay expediente alguno, lo que evidencia que lo seleccionó el acusado**, por más que se escudase reiteradamente en la forma impersonal al dar explicaciones. Además, lo hizo asumiendo competencias propias de la Junta de Andalucía.

Prueba del hecho probado nº 2.

Relata el Tribunal que se recoge que la contratación de las 9 personas referidas en el hecho segundo resulta acreditada por la **certificación obrante al folio 312**, puesta en relación con su declaración testifical y con el Expediente documental B del Anexo II (folios 79 a 146), **La certificación reseña las personas contratadas, el concepto, la fecha y los importes satisfechos, añadiendo que no hay constancia documental sobre los procedimientos selectivos o de formalización de contratos llevados a cabo para los servicios anteriormente prestados**, ni sobre procedimientos de alta en la seguridad social. El expediente documental, por su parte, incluye los documentos de pago y "recibís", en los que se recogen conceptos como "gratificación por actividades culturales", "gratificación monitor plan deportes" o "gratificación por trabajos realizados en colegio.

Además, **algunas de las personas así contratadas confirmaron en el plenario los datos anteriores**. Así, Severiano Pascual declaró que, siendo Sargento de la Guardia Civil, fue contratado por el acusado como monitor del programa "Deporte en la Escuela", sin que se sometiera a procedimiento selectivo alguno. Según el testigo, en una conversación con el acusado le dijo que era entrenador y éste le preguntó si quería entrenar a los críos, lo cual aceptó, llegando ambos a un acuerdo, tras lo cual empezó su cometido. El pago se hacía en metálico, firmando un recibo como prueba. No se documentó por escrito el contrato de trabajo ni se dio de alta en la Seguridad Social, omisiones que, por otra parte, son comprensibles, habida cuenta de la ocupación del empleado. Algo similar indicó Yolanda Paula, quien, además de ser contratada para el programa de "Absentismo Escolar", lo fue para el de "Deporte en la Escuela" en condiciones similares a las de Hurtado. La testigo indicó que fue seleccionada de la misma forma que para el programa de absentismo, por lo que basta con remitirse a la valoración más arriba efectuada. Su hermana, Covadonga Zaira, también fue contratada para el programa "Deporte en la Escuela". Preguntada sobre el modo en que se publicitó la plaza, indicó que todos eran maestros y sabían de su existencia; sobre el sistema de elección, manifestó que el equipo directivo del centro escolar la propuso por su experiencia, si bien no se hizo prueba alguna; no firmó ningún contrato por este concepto; cobraba por cheque y firmaba un recibo en prueba,

El acusado dio explicaciones similares a las más arriba analizadas, por lo que nos remitimos a lo razonado sobre la falta de justificación de su modo de proceder. A modo de ejemplo, en relación con Maximiliano Norberto, dijo que se le contrató antes de 2007 en el contexto de un acuerdo con Diputación para digitalizar archivos de la Fundación Medina Sidonia. Sobre el proceso selectivo dijo que no lo recordaba, pero que las bases se establecieron en un convenio, pues no podía ser cualquier persona, y se pondrían de acuerdo todos los municipios interesados.



En suma, es evidente que los reseñados fueron contratados por el acusado y en las circunstancias expuestas, es decir, al margen de todo procedimiento y con la única finalidad de hacer valer su voluntad.

Prueba del hecho probado nº 3.

La adjudicación de forma directa, sin seguir procedimiento ni expediente administrativo alguno, de la 2 y la 3 fase de la guardería infantil a la mercantil Construcciones Mariano Simón, S.L. en las circunstancias expuestas en el hecho Tercero queda acreditada por la **certificación expedida por el Secretario Interventor accidental obrante al folio 313, en la que expresamente indica que no tiene constancia documental sobre el procedimiento de selección o adjudicación seguido**, puesta en relación con su declaración testifical y con el Expediente C) del Anexo documental II (folio 147).

El acusado alegó en su descargo que la adjudicación de lo que figura como 1 fase -en la que sí consta que se siguió el trámite legal- cubría en realidad la totalidad del proyecto, pues lo que se fraccionó no fue la licitación sino el pago de la subvención. Pero su explicación carece de verosimilitud. A los folios 490 a 492 obran los contratos administrativos por los que se adjudica la 2ª y la 3ª fase, y resulta revelador que en el primero se haga constar que "por resolución de Alcaldía (...) se aprobó el expediente ordinario de contratación por procedimiento abierto en la forma de concurso de la obra (...)", mientras que en la cláusula equivalente del segundo se indique sencillamente que "por resolución de Alcaldía (...) se aprobó el expediente de contratación de la obra (...)". Es decir, en el segundo contrato se omite notoriamente la referencia al procedimiento de contratación, lo que concuerda con lo certificado por el Secretario. En consecuencia, no cabe sino concluir que no se siguió procedimiento alguno. Lo mismo cabe afirmar respecto de la 3ª fase, en relación con la cual ni siquiera ha aparecido el contrato.

Prueba del hecho probado nº 4.

La compra por contratación directa a la entidad HM De Haro Mañas, S.L. de una retro-cargadora mixta por importe de 78,200 € y una barredora dumper por importe de 52,293,64 €, prescindiendo de todo procedimiento administrativo y haciendo prevalecer el acusado su propia voluntad sobre los Intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados resulta acreditada por la **certificación expedida por el Secretario Interventor accidental obrante al folio 314, puesta en relación con su declaración testifical y con el Expediente ID) del Anexo documental II (folios 148 a 154)**.

El acusado presentó documentación justificativa de las subvenciones solicitadas y recibidas (f. 493 y siguientes), que nada aportan al caso enjuiciado, pues lo que se cuestionaba era el proceso de selección y adjudicación del proveedor. Los presupuestos obrantes a los folios 518 y siguientes tampoco justifican la razón por la que prescindió del procedimiento administrativo que preceptivamente debió seguir, dejando en evidencia que la adjudicación se produjo por su mera voluntad.

Prueba del hecho probado nº 5.

La adjudicación de forma directa, sin procedimiento ni expediente administrativo alguno, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados, de la redacción de distintos proyectos técnicos de arquitectura a la mercantil A & G Taller de Arquitectura SI por importes de 54.027,13 €, 25.461,54 € y 47.915,84 € **queda acreditada merced a la certificación expedida por el Secretario Interventor accidental obrante al folio 315, que expresa que no hay constancia documental del procedimiento de selección seguido para su contratación, puesta en relación con su declaración testifical y con el Expediente E) del Anexo documental U (folios 155 a 176)**.

El acusado, al igual que en otras ocasiones, centró su declaración en las subvenciones solicitadas y obtenidas, aportando su defensa documentación al respecto (f. 551 y siguientes), así como un fax de los adjudicatarios y una memoria (documentación obrante en el Rollo de Sala). Pero ni el acusado ni la documentación referida explican la razón por la que asignó la elaboración de los proyectos a la mercantil indicada, sin seguir procedimiento administrativo alguno, lo que obliga a pensar una vez que resolvió a su antojo.

Prueba del hecho probado nº 6.

La adjudicación en septiembre de 2008 a la entidad Proyme Ingenieros Consultoría, S.L. de la elaboración de un catálogo de construcciones en suelo no urbanizable por importe de 158.166 € sin someterse a procedimiento alguno, haciendo prevalecer de este modo su propia voluntad sobre los intereses generales del ente local y los particulares de posibles interesados, resulta acreditada por la **certificación expedida por el Secretario Interventor accidental obrante al folio 316, puesta en relación con su declaración testifical y con el Expediente P) del Anexo documental U (folios 177 a 204)**.

La alegación de la defensa de que se siguió el procedimiento negociado sin publicidad carece de todo respaldo. Ciertamente, en la sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada a las 21.00 horas del 18 de septiembre de 2008,



el acusado hizo constar que "se invitaría a tres empresas con un perfil profesional apto para la realización de las tareas, para que a través de un proceso negociado se cierre la contratación con la empresa más idónea" (f. 587). Pero todo indica que fue para dar apariencia de legalidad. Primero, porque el Secretario certifica (f. 316) que no consta en el expediente la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, los criterios de selección, la fiscalización previa de intervención ni el testimonio de las invitaciones cursadas. Segundo, porque en realidad las ofertas obraban desde el día 16 en el Ayuntamiento, siendo esto lo que, sin duda, permitió que la adjudicación se aprobase horas después del Pleno, en la sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno Local celebrada a las 9.00 del día siguiente, 19 de septiembre de 2008, en la que el acusado expuso que había solicitado tres presupuestos a tres empresas diferentes para la elaboración del catálogo. Y tercero, porque afilara la certificación que "Si consta en el expediente la presentación formal en el Registro General del Ayuntamiento de 3 ofertas de otras tantas empresas del sector"; pero acto seguido precisa que la presentación generó "registros simultáneos número 1.720, 1.721 y 1.722 el mismo día 16 de septiembre de 2008" y que fue hecha "por la mercantil" Proyme Ingenieros Consultoría, S.L.". Es decir, que las ofertas supuestamente generadas por unas invitaciones de las que no se tiene noticia fueron presentadas días antes de que se plantease al Pleno la cuestión y por la mercantil que a la postre resultaría ser la adjudicataria y en unidad de acto. En estas circunstancias, es obvio que en realidad no se siguió procedimiento alguno y que la presentación de las ofertas obedeció a la idea de revestir la adjudicación de una apariencia de legalidad.

Prueba del hecho probado nº 7.

El hecho séptimo resulta acreditado por la **certificación expedida por el Secretario Interventor accidental obrante al folio 318, puesta en relación con su declaración testifical y con el Expediente H) del Anexo documental II (folios 301 a 472), así como con los documentos obrantes a los folios 8 a 45** . El Secretario da fe de que no hay constancia de consignación presupuestaria para la deuda en cuestión, de la existencia de documentos de autorización de gasto, de procedimientos de selección de los contratistas ni del reconocimiento de la deuda por el Pleno de la corporación. La relación familiar del acusado y el representante legal de la mercantil Suministros Caballero, S.C.A. no fue cuestionada por aquél y la Resolución de la Alcaldía por la que se reconoce el crédito obra al folio 45.

Nos encontramos, pues, con una cuestión atinente al proceso valorativo del Tribunal y los límites que, al efecto, tiene esta Sala de casación. Así, este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la **STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012** en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE .

Por ello, el examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada **doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción** .

a.- Dos principios básicos.

A) Derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas .

Como venimos afirmando, el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC 189/98 de 28.9 "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (SSTC 145/2003 de 6.6 , 300/2005 de 2.1 , 70/2007 de 16.4).



En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007 de 24.9 , ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyente, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

En definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10 , 672/2007 de 19.7 , **cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio**, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001 de 12.7).

Así pues, el Tribunal de casación debe comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 209/2004 de 4.3).

Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS 1030/2006 de 25.10).

En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para la adecuada valoración", en comprobar " que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada "; y en " supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante".

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC 123/2006 de 24.4 , que recuerda que el derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE "se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de



que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

Consecuentemente, debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86 , 107/89 , 384/93 , 206/94 , 24/97 , 81/98 , 189/98 , 1/99 , 235/2002 , 300/2005 , 66/2006).

B) **El principio "in dubio pro reo"** , presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpativa; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida como signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS 45/97, de 16.1).

b.- Diferencia entre presunción de inocencia y principio in dubio pro reo.

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria.

La **presunción de inocencia** ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo.

Ello no ocurre con la **regla in dubio pro reo** , condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional sólo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda" (STS 70/98 de 26.1 , 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad se trataba de un principio interpretativo y que por lo tanto no tenía acceso a la casación. Sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada, hoy en día la jurisprudencia reconoce que **el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación** . Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (STS 999/2007, de 12-7 ; 677/2006, de 22-6 ; 836/2004, de 5-7 ; 479/2003 ; 1125/2001; de 12-7).

Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea así la cuestión, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un sólo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiese condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

La STS 666/2010 de 14-7 , explica cómo el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál deber ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5 ; 1667/2002, de 16-10 ; 1060/2003, de 25-6).



En ese sentido la STS 999/2007, de 26-11 , con cita de la STS 939/98, de 13-7 , recordaba que el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes, con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr ., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos es preciso examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo.

c.- *¿Cuándo cabe invocar el principio in dubio pro reo?*

1.- E ***l principio in dubio pro reo si puede ser invocado para fundamentar la casación*** cuando resulte vulnerado en su aspecto normativo, es decir, ***en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda.***

2.- Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que duda, ni puede pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en caso de duda (STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12).

Por otro lado, como ya dijimos en la STS 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 "el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

¿Y qué es lo que debe comprobar el Tribunal Supremo en estos casos?

1.- Que el tribunal ***ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia*** , lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

2.- Se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la ***constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal*** , con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar ***debe analizar el "juicio sobre la prueba"*** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, ***se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"*** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, ***debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"*** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

¿Dónde está el límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba?

Como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el Tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el Tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada** , todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva, sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1 ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

¿Y qué es lo que puede comprobar y controlar el Tribunal Supremo?

1.- **Aspecto negativo:** No le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes.

2.- **Aspecto positivo:** Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoré autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables.

¿Cuándo existirá "justificación de la duda"?

Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga **evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva** .

¿Qué dos cuestiones son claves en la apreciación del Tribunal de Instancia?

1.- Es necesario que concurra **prueba de cargo lícita y válida** .

2.- Es preciso también que **el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza** .



- a.- Sin lo primero (prueba de cargo y válida) es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia.
- b.- Si falta lo segundo (convencimiento y certeza), porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo".
- c.- Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que **entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.**

Alcance del control casacional respecto a la presunción de inocencia :

Se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC 68/9, 117/2000, SSTS 1171/2001 , 220/2004 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009).

Por ello, en el acto del Juicio Oral se practicó prueba de cargo suficiente para acreditar los hechos declarados probados y la participación del condenado ahora recurrente, por cuanto se ha relatado de forma detallada cada hecho probado y el subsiguiente relato probatorio que lo apoya, pese a que el recurrente sostenga que no se ha producido prueba directa alguna sobre el modo en que se produjeron las contrataciones consideradas delictivas, pero constan certificaciones del secretario acerca de la ausencia de procedimiento de selección alguno, y testifical abundante que así lo corrobora.

Insiste el recurrente en que existían convenios y documentos por los que sí entiende que "hubo procedimiento" y que lo único que hizo fue ser firmante de los contratos como Alcalde que lo fue del municipio de Oria, por lo que intenta rebatir en su recurso cada uno de los hechos probados antes numerados e identificados en cuanto a la probanza que refiere el tribunal por la inferencia obtenida por el conjunto del material probatorio.

Sin embargo, el resultado valorativo del tribunal es concluyente, por cuanto concluye de forma individual, completando el anterior análisis realizado que:

1.- En los **hechos Primero a Sexto** las arbitrariedades son palmarias. Al **prescindir de todo procedimiento, el acusado eludió el preceptivo sometimiento a los principios de publicidad, libre acceso, mérito y capacidad que informan la normativa sobre contratación tanto de personal laboral como de bienes y servicios** (art. 1033 de la Constitución Española ; art. 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público , aún vigente en las fechas consideradas; art. 1 y concordantes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), siendo esto lo que determina que estemos ante hechos delictivos y no en presencia de meras irregularidades administrativas, pues **por la vía indicada consiguió que prevaleciera su voluntad sobre los intereses del Ayuntamiento y de. potenciales interesados en los contratos que adjudicó.**

2.- **Lo mismo cabe decir respecto del hecho Séptimo** . El reconocimiento unilateral por parte del acusado de una deuda del Ayuntamiento a favor de la mercantil Suministros Caballero, S.C.A. constituye una grosera vulneración de las más elementales normas que rigen la materia, pues el reconocimiento extrajudicial de créditos es competencia del Pleno (art. 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos).

Además, el hecho ha de ponerse en relación con otros datos acreditados sumamente reveladores, a saber:

- 1) no había consignación presupuestaria para la deuda en cuestión,
- 2) no se había tramitado expediente alguno para la autorización del gasto 'ni para la selección del contratista,
- 3) el legal representante de la mercantil beneficiada era cuñado del acusado y
- 4) el reconocimiento lo efectuó el acusado cuatro días antes de abandonar el cargo de alcalde, una vez celebradas las elecciones municipales de mayo de 2011. El análisis conjunto de estos datos permite concluir sin dificultad que el acusado actuó deliberadamente al margen del Derecho, aprovechando el cargo que aún detentaba para hacer valer su voluntad particular.

Por ello, el Tribunal concluye que las resoluciones ocasionaron un resultado materialmente injusto. Por un lado, fueron contratadas personas y adjudicados contratos sin tomar en consideración otras posibles alternativas, en perjuicio no sólo del interés público sino también del particular del ente local y de los potenciales



interesados. El interés público se vio afectado porque se eludió el sometimiento a principios esenciales como los de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y libre acceso, que vertebran la normativa en la materia, según se ha expuesto. El Ayuntamiento se vio privado de la facultad de optar por otros trabajadores, o que pudieran haber acreditado una mejor condición. Finalmente, los eventuales interesados en esos contratos quedaron directamente descartados, sin tener siquiera opción de demostrar sus méritos.

Por otro lado, en el hecho Séptimo el resultado materialmente injusto se concreta en la obligación asumida por el Ayuntamiento -como consecuencia del unilateral e ilícito proceder del acusado- de hacer frente al pago de una deuda que carecía de previsión presupuestaria y autorización, sustrayéndose al Pleno la legítima facultad de cuestionarla.

Se concluye así por el Tribunal que las resoluciones fueron dictadas con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular del alcalde acusado y con el conocimiento de actuar en contra del Derecho, como consta en el factum.

Existe, pues, prueba bastante para condenar, pese a que el recurrente pone en duda y cuestiona el material probatorio que se ha descrito, suponiendo una distinta valoración de la prueba practicada, lo que lleva a la desestimación del motivo.

SEXTO.- Con respecto al motivo de casación número quinto en relación a quebrantamiento de Forma, de conformidad con lo establecido en el art. 850.1 de la LECrim, haberse denegado diligencias de prueba ha sido resuelto en sentido negativo en la fundamentación jurídica precedente en cuanto al análisis de la "pertinencia de la prueba propuesta" y a ello nos remitimos, desestimando el motivo también.

SÉPTIMO.- Con respecto al motivo de casación número sexto en relación a quebrantamiento de Forma, al amparo del art. 851.3 de la LECrim, y especialmente al no resolver la Sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

El motivo se desestima.

Se discrepa de la importancia o trascendencia que el Tribunal ha otorgado a la prueba testifical del Secretario Interventor del Ayuntamiento de Oria, en relación al testigo Carlos Doroteo respecto a la falta de intervención del acusado en la contratación de personal, ni en la contratación de bienes y servicios por cuenta del Ayuntamiento, asumiendo "solo" la literalidad de las certificaciones que libró y obran a los folios 311 y ss, o la omisión de práctica por el Secretario/Interventor/Tesorero de la más mínima reserva o advertencia de legalidad o formulación de reparo a la realización de pagos contra las cuentas del Ayuntamiento de Oria, apelando a que ello supone vicio de congruencia de la sentencia que debe conducir a su casación.

Sin embargo, hay que recordar que sobre la denominada incongruencia omisiva es preciso llevar a cabo diversas puntualizaciones en torno a fijar con claridad los elementos definidores que permiten acudir a esta vía impugnativa del art. 851.3 LECRIM ya que en ocasiones se plantea este medio impugnativo acudiendo a lo que se denominan "alegaciones efectuadas en el juicio" en lugar de las "pretensiones" de las partes, siendo estas últimas las que dan lugar al verdadero vicio, no las alegaciones. Así, se ha dicho que la sentencia penal debe dar respuesta a las pretensiones de las partes, pero no a las alegaciones, ya que estas no dan lugar a la incongruencia omisiva.

Son así las pretensiones jurídicas las que dan lugar a este medio ya que en ese caso el Tribunal dictaría una sentencia incongruente con lo que piden las partes si no da respuesta a las pretensiones que han sostenido.

Los requisitos son los siguientes:

- 1.- Esta alegación de incongruencia debe referirse a las pretensiones de las partes.
- 2.- No puede tratarse de una mera alegación o argumentación jurídica expuesta por el recurrente, ya que se ha expuesto con reiteración que el Tribunal no debe dar respuesta a todas y cada una de las "alegaciones" o argumentos en que se basan las pretensiones de las partes, sino que debe contestar a estas últimas. Por ello, lo que supone el quebrantamiento de forma no es que se acoja un argumento en apoyo de una pretensión, sino que se deje de resolver la misma.
- 3.- La circunstancia de que la pretensión es jurídica exige que la referencia que debe constar en el motivo casacional deba ser referida a una omisión del Tribunal relativa a una cuestión de derecho planteada por la parte, quedando, por ello, excluidas las cuestiones fácticas. Lo que no quiere decir que pueda esto utilizarse por otra vía, por ejemplo, el previsto en el art. 849.2 LECRIM, o por la vía del alegato de la presunción de inocencia, ya que el denominado *derecho procesal de incongruencia omisiva* no se refiere a las meras cuestiones de hecho. En este estado de cosas, la jurisprudencia ya ha dejado sentado que este motivo no se basa en que las partes pretendan que consten en la sentencia los datos de hecho que pretendan, sino la *respuesta a sus*



pretensiones jurídicas, que no es lo mismo que las alegaciones fácticas (STS 44/2016, de 3 de Febrero). También la STS 113/2016, de 19 de Febrero refiere que esta *incongruencia omisiva* del art. 851.3 LECRIM se refiere a pretensiones formalmente articuladas, no a argumentos sobre valoración probatoria.

4.- Es también obligatorio que la parte se ciña en su alegato casacional a que la pretensión que refiere no resuelta ha de haber sido propuesta oportunamente. Y ello, debe llevarlo a efecto en el trámite perentorio de las conclusiones definitivas en el juicio oral, momento hasta el cual se permite que fije la parte su *pretensión* cuya omisión es la que podría dar lugar al vicio de incongruencia omisiva.

Se ha planteado si en el trámite de juicio oral puede la parte formular su pretensión y plantear que existe este defecto si no se resuelve, pero el informe de juicio oral no es el lugar procesal para el planteamiento de la pretensión (STS 842/2003, de 11 de Junio y STS 114/2016, de 22 de Febrero).

Así, la STS 842/2003, de 11 de Junio señala que: "La llamada «incongruencia omisiva» o «Fallo corto» constituye un «vicio in iudicando» que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte –integrado en el de tutela judicial efectiva– a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 Jun., 8/1998, de 22 Ene. y 108/1990, de 7 Jun., entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 Nov. 1990, 19 Oct. 1992 y 3 Oct. 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este «vicio in iudicando», las siguientes:

- 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho;
- 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno;
- 3) que se trate efectivamente de pretensiones y no de meros argumentos o alegaciones que apoyen una pretensión;
- 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 Feb ., 263/96, de 25 Mar . o 893/97, de 20 Jun .)".

Esta sentencia concreta el momento procesal de las conclusiones definitivas para la exposición de sus pretensiones, y así lo explicita señalando que:

"Las cuestiones planteadas al Tribunal se cierran definitivamente en el trámite de conclusiones definitivas, sin que pueda introducirse verbalmente ninguna otra durante el informe oral.

Y ello por tres razones fundamentales, una de índole legal, otra constitucional y otra material.

1.- **Desde el punto de vista legal** el art. 737 de la L.E.Cr establece expresamente que los informes de los defensores de las partes se acomodaran a las conclusiones que definitivamente hayan formulado, por lo que cualquier pretensión nueva debe tenerse por procesalmente inexistente, según expresión consolidada jurisprudencialmente.

2.- **Desde el punto de vista constitucional** el informe oral no es el momento oportuno para introducir modificaciones o nuevas pretensiones de las partes, pues se originaría indefensión a las acusaciones, la representación del Ministerio Público o de la víctima, por ejemplo, que estarían privadas de rebatir las propuestas de las defensas. De admitirse esta pretensión se impediría el debate sobre la misma, con la consiguiente vulneración del principio fundamental del juicio que es el de contradicción y audiencia de partes.

3.- **Desde el punto de vista material** ha de tomarse en consideración que el acta del juicio no recoge lo expresado oralmente en el informe, pues ordinariamente se limita a expresar, como es legalmente procedente, que las partes expusieron los argumentos pertinentes en apoyo de sus conclusiones definitivas, por lo que la alegación de incongruencia omisiva sobre la base de una nueva pretensión incorporada verbalmente en el informe carecería de soporte documental."

También la STS 413/2015, de 30 de Junio señala que: "**No puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones**, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).



"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS 23.3.96 , 18.12.96 , 29.9.99 , 14.2.2000 , 27.11.2000 , 22.3.2001 , 27.6.2003 , 12.5.2004 , 22.2.2006 , 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas , extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que **la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos** en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC 15.4.96).

b) que dicha **vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita** constitucionalmente admitida (SSTC 169/94 , 91/95 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 263/93 ; TS 96 y 1.7.97).

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000 , 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7 , 1240/2009 de 23.12 , 64/2014 de 11.2 , 627/2014 de 7.10).

Pues bien, a la hora de resolver sobre la alegación de la incongruencia omisiva la jurisprudencia plantea tres escenarios:

a. La desestimación implícita.

b. La subsanación de la omisión en casación

c. El complemento de sentencias.

a.- La **desestimación implícita** conlleva que la pretensión ha sido resuelta de manera implícita si la argumentación del Tribunal para llegar a su convicción sea de tal naturaleza que la haga incompatible con la pretensión de la parte con lo que de alguna manera se está resolviendo sobre "su pretensión", aunque también se admite una decisión implícita cuando exista un pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias e incompatibles con la omitida y que, por ello, la excluyan. Por ello esta vía tiene como objetivo la teoría de la *conservación de los actos* a fin de evitar dilaciones en el procedimiento.

Por ello, puede afirmarse que existen dos formas de dar respuesta a las pretensiones de las partes:



- 1.- La explícita. Esta es la acorde con los arts. 742 y 142 LECRIM .
2. La implícita. Es incompatible con la pretensión deducida por la parte.

Esta Sala se ha pronunciado sobre esta desestimación implícita en la STS 168/2016, de 2 de Marzo .

b.- **La subsanación de la omisión en la casación** que la podemos encontrar en la STS 865//2015, de 14 de Enero de 2016 que señala que: "Esta Sala ha precisado que para que pueda prosperar un motivo de casación por quebrantamiento de forma basado en incongruencia omisiva, es necesario que la omisión padecida venga referida a pretensiones jurídicas mantenidas, que no puedan razonablemente entenderse implícita o tácitamente desestimadas. Y ha exigido, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En estos últimos casos, esta Sala ha dado respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. Como explicó la STS 1095/1999 de 5 de julio "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, **se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación** " .

c.- **El complemento de sentencias** .

Una vía adicional para resolver el motivo de la incongruencia omisiva es el relativo al denominado **complemento de sentencias** que está previsto en el art. 267 LOPJ que se recoge en la STS 44/2016, de 3 de Febrero que señala que: "En todo caso, el motivo no puede prosperar si previamente no se ha intentado su subsanación; y **el recurrente, aunque formulara la oportuna protesta, ulteriormente no acudió al preceptivo y previo recurso de aclaración, que constituye presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva** , pues es doctrina consolidada de este Tribunal que, "el defecto de la incongruencia pudo y debió ser remediado a partir del recurso de aclaración solicitando, antes de instar la casación, la subsanación de la incongruencia. En el sentido indicado una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desde la perspectiva del quebrantamiento de forma, es doctrina ya consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º LECr introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. **Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con esta previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido. Ese remedio está al servicio de la agilidad procesa** " (STS 286/2015 de 19 de mayo ; y en el mismo sentido SSTS 766/2015, de 3 de diciembre 102/2015 de 24 de febrero y 834/2014 de 10 de diciembre)".

También trata de esta cuestión la STS 134/2016, de 24 de Febrero que señala que: "El criterio de esta Sala, expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, 20 de mayo y 444/2015, 26 de marzo , recuerdan que **el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso** (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de a LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues **el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo** . Con ello, **se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas** . En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo "... es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim , introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas".



Por ello, al no cumplirse los requisitos antes citados se desestima el motivo al amparo del art. 851.3 LECRIM, además de estar, asimismo, en contra del proceso valorativo del Tribunal.

OCTAVO.- Con respecto al motivo de casación séptimo por infracción de la ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º de la LECrim, por incorrecta aplicación del art. 404 CP.

Señala el recurrente que no se ha acreditado efectivamente que el acusado tuviera el dominio exclusivo de los hechos relativos a la contratación de personal, de obras y de servicios profesionales, y la falta de acreditación de perjuicio en la contratación de personas, bienes o servicios. Añade que no se ha acreditado que nadie se haya visto postergado por las contrataciones referidas en la sentencia. Además, añade que falta el elemento subjetivo del injusto y que no consta que se hubiera formulado ni la más mínima reserva o protesta de legalidad administrativa, ni consta el más mínimo reparo a las obligaciones contraídas por el Ayuntamiento de Oria como consecuencia de las contrataciones enjuiciadas.

El motivo se desestima.

En la sentencia se explicita cada uno de los hechos probados y el mecanismo de oposición expuesto por el acusado en cada caso, pretendiendo justificar las actuaciones que se habían realizado, pero oponiendo sin más "la ausencia de responsabilidad en la contratación" algo difícilmente predicable en quien tenía la autoridad en la toma de decisiones de las actuaciones que se llevaron a cabo, y así **en la sentencia se realiza el proceso valorativo y en cuanto a la conducta del acusado que conlleva el dominio del hecho que opone el recurrente que no concurre** expone:

Hecho 1º.-

El acusado no dio una explicación convincente sobre las razones por las que contrató a las personas reseñadas. Indicó que los contratos obedecen a la ejecución de diversos planes, como el de la citada "Escuela de Verano Diversol", el de "Absentismo Escolar" o el de "Taller de Empleo". Pero no justificó el recurso a la contratación laboral, la ausencia de procedimiento, la falta de publicidad sobre las plazas a cubrir y la concreta elección de cada uno de los 35 trabajadores reseñados, en algunos casos varias veces.

En relación con la "Escuela de Verano Diversol" el acusado no ha justificado las razones por las que eligió a los correspondientes trabajadores.

En lo que atañe al plan de "Absentismo Escolar" la testigo Yolanda Paula, contratada en el marco de este programa, dejó bien claro que no se siguió procedimiento selectivo alguno. Preguntada sobre el modo en que la seleccionaron, indicó que la llamaron desde la dirección del colegio y le preguntaron si podía ir para una entrevista, a ver si daba el perfil. Ella fue, hizo la prueba ("hablé con ellos", dijo) y, como daba el perfil, **la remitieron al Ayuntamiento, donde hizo "el papeleo" (que incluye, sin duda, el contrato firmado por el acusado), siendo así como empezó a trabajar.**

Además, si, junto a este dato, se tiene en cuenta que la dirección del centro escolar estaba integrada por la esposa del acusado, una hermana de la testigo y otra persona, según declaró la testigo Covadonga Zaira y reconoció el propio acusado, así como que fue el acusado el que firmó el contrato de trabajo, no cabe sino concluir que la contratación obedeció simplemente a la voluntad del acusado.

Sobre Julia Laura, el acusado tan sólo dijo que ya había sido contratada antes de 2007, pero no explicó **por qué razón la contrató en nombre del Ayuntamiento como limpiadora de un colegio público. dependiente de otra Administración**

Respecto de Alejo Oscar dijo que alguien tenía que hacerse cargo de la ventanilla para el desarrollo de un plan sobre viviendas protegidas **"y se eligió a éste"**. Sobre Pura Camino, manifestó que cuando dimitió Maximiliano Norberto **"se buscó" a ésta**, que era licenciada en arte, para el puesto de archivera, sin que hubiera más solicitantes, lo cual es natural, al no haber constancia de que se tramitase expediente alguno ni, por tanto, de que se diera publicidad a la contratación.

En cuanto a la directora, la psicóloga y la maestra de la escuela infantil, se limitó a decir el acusado que **colocaron carteles informativos anunciando la necesidad de cubrir las plazas y el perfil requerido**, así como que la contratación se enmarcaba en un convenio con la Delegación Provincial de Educación.

Sobre los socorristas, Sabino Avelino y Cecilio Nicolas, **el acusado sólo manifestó que era difícil encontrarlos en Oria, así como que se puso un bando.**

En otros casos, como los de Braulio Urbano o Genaro Aquilino, se refirió el acusado a un programa denominado "Urbanismo comercial". Respecto de este último, además, **es reveladora de que actuó para imponer su propia voluntad la explicación de que, aunque se le contrató para dicho plan, siguió trabajando en el**



Ayuntamiento, porque según informes de servicios sociales tenía, problemas de drogadicción y "era aconsejable darle trabajo" .

Sobre Isaac Victorino señaló que se trataba de la ejecución de un plan de Diputación, pero el propio trabajador dejó bien claro al deponer como testigo que no siguió proceso alguno de selección, lo que se corresponde con la certificación del Secretario y **evidencia que fue contratado por la mera voluntad del acusado** .

En relación con Joaquin Fabio , declaró el acusado que **necesitaban un maquinista para la retroexcavadora que compraron y "algún técnico" le dijo que era idóneo, por lo que "se le contrató"** , sin que se ofreciera nadie más para ese puesto.

En cuanto a Ruben Joaquin , **manifestó el acusado** que en 2004-2005 había sido trabajador de una empresa contratada por la Junta de Andalucía dentro de un programa de control de acceso a los colegios y cuando la Junta abandonó ese programa pasó a formar parte de los monitores escolares a petición del centro educativo. **Según el acusado, los padres le pidieron que se pusiera a alguien para el control de puertas y "se pensó en él" porque tenía experiencia como conserje, "era una petición del municipio", por lo que "se le contrató"** .

Hecho 2º.-

En la declaración de Severiano Pascual declaró que, siendo Sargento de la Guardia Civil, **fue contratado por el acusado como monitor del programa "Deporte en la Escuela"** , sin que se sometiera a procedimiento selectivo alguno. Según el testigo, **en una conversación con el acusado le dijo que era entrenador y éste le preguntó si quería entrenar a los críos, lo cual aceptó, llegando ambos a un acuerdo, tras lo cual empezó su cometido** .

Concluye el Tribunal respecto del hecho 2º que los reseñados fueron contratados por el acusado y en las circunstancias expuestas, es decir, al margen de todo procedimiento y con la única finalidad de hacer valer su voluntad.

Hecho 3º.-

La adjudicación de forma directa, sin seguir procedimiento ni expediente administrativo alguno, de la 1 y la 3 fase de la guardería infantil a la mercantil Construcciones Mariano Simón, S.L. El acusado alegó en su descargo que la adjudicación de lo que figura como 1ª fase -en la que sí consta que se siguió el trámite legal- cubría en realidad la totalidad del proyecto, pues **lo que se fraccionó no fue la licitación sino el pago de la subvención** .

Resulta revelador que en el primer contrato se haga constar que "por resolución de Alcaldía (...) se aprobó el expediente ordinario de contratación por procedimiento abierto en la forma de concurso de la obra (...)", mientras que en la cláusula equivalente del segundo se indique sencillamente que "por resolución de Alcaldía (...) se aprobó el expediente de contratación de la obra (...)". Es decir, en el segundo, contrato se omite notoriamente la referencia al procedimiento de contratación, lo que concuerda con lo certificado por el Secretario.

Hecho nº 4.-

La compra por contratación directa a la entidad HM De Haro Mañas, S.L. de una retro-cargadora mixta por importe de 78,200 € y una barredora dumper.

El acusado presentó documentación justificativa de las subvenciones solicitadas y recibidas (f. 493 y siguientes) .

Hecho nº 5.-

Redacción de distintos proyectos técnicos de arquitectura a la mercantil A & G Taller de Arquitectura.

El acusado, al igual que en otras ocasiones, centró su declaración en las subvenciones solicitadas y obtenidas, **aportando su defensa documentación al respecto (f. 551 y siguientes), así como un fax de los adjudicatarios y una memoria** (documentación obrante en el Rollo de Sala). Pero ni el acusado ni la documentación referida explican la razón por la que asignó la elaboración de los proyectos a la mercantil indicada, sin seguir procedimiento administrativo alguno, lo que obliga a pensar una vez que resolvió a su antojo.

Hecho nº 6.-

La adjudicación en septiembre de 2008 a la entidad Proyme Ingenieros Consultoría, S.L. de la elaboración de un catálogo de construcciones en suelo no urbanizable.

En la sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada a las 21.00 horas del 18 de septiembre de 2008, **el acusado hizo constar que "se -invitaría a tres empresas con un perfil profesional apto para la realización de las tareas, para que a través de un proceso negociado se cierre la contratación con la empresa más idónea"** (f. 587). Pero todo indica que fue para dar apariencia de legalidad, ya que el Secretario certifica (f. 316) que no consta en el



expediente la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, los criterios de selección, la fiscalización previa de intervención ni el testimonio de las invitaciones cursadas.

Hecho nº 7.-

La relación familiar del acusado y el representante legal de la mercantil Suministros Caballero, S.C.A. no fue cuestionada por aquél y la Resolución de la Alcaldía por la que se reconoce el crédito obra al folio 45.

Por ello, consta el dominio del hecho de las operaciones que se llevaron a cabo por el acusado con una intervención, no indirecta, sino directísima, como concluye el Tribunal en su proceso valorativo perfectamente argumentado. Y la circunstancia que no hubiera habido perjuicio carece de toda razón, ya que el mero hecho de impedir una contratación abierta a los posibles interesados supone una evidente omisión de permitir que terceros, personas físicas, puedan intervenir en el proceso de selección para aspirar a puestos de trabajo, así como las personas jurídicas en los procesos de contratación para obras y servicios que se contrató con la directa intervención del acusado, como se acaba de exponer, por lo que el perjuicio está más que constatado.

Respecto a la falta de protesta o queja sobre la legalidad no es elemento que exonere o exculpe al recurrente en su responsabilidad penal por la comisión de un delito de prevaricación administrativa, ya que, es obvio que en estos casos quien no pueda intervenir pueda quejarse, o admitirse quejas internas, por lo que la abundante prueba antes reflejada que valoró acertadamente el Tribunal sirve para mantener y admitir ese elemento subjetivo del injusto requerido por el tipo, ya que aunque es complicado entrar en el elemento interno de la intencionalidad, lo cierto es que resulta evidente que es consustancial a la forma de proceder en estos casos que constan en los hechos probados con omisión absoluta del proceder administrativo en la contratación pública, obviando todo tipo de oferta pública que exige la normativa de contratación, y así, como refiere el Ministerio Fiscal:

1.- En el caso de las contrataciones de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas deben cumplir los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades recogidos en el art. 55 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y 91.2 y 103 de la Ley de Bases de Régimen Local .

2.- En el caso de las adjudicaciones de la fase de las obras denominadas "Guardería Infantil" a la mercantil "Construcciones Mariano Simón, S.L." -hecho tercero-, no hubo licitación alguna de tales obras, por lo que se infringió el art. 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas .

3.- En lo que atañe al hecho cuarto, la adjudicación de dos contratos de suministros a "HM de Haro Mañas, S.L." para la adquisición de una retro-cargadora mixta por importe de 78.200 euros y de una barrenadora dumper por importe de 52.293,64 euros, se hizo igualmente sin seguir procedimiento administrativo alguno mediante concurso o sin que se haya justificado mediante informe técnico la imposibilidad de realizar la correspondiente licitación.

4.- En el hecho probado quinto se recoge la adjudicación a "AG Taller de Arquitectura, S.L." de tres proyectos de ejecución por importe de 54.027,13, 25.461,54 y 47.915,84 euros. Ello infringe la normativa de contratación, pues al ser las cantidades superiores a 18.000 euros tendría que haberse seguido al menos un procedimiento negociado sin publicidad o haber realizado una convocatoria mediante procedimiento abierto para su licitación.

5.- Respecto a la adjudicación en fecha 18 de septiembre de 2008 a la empresa "Proyme Ingenieros Consultoría, S.L." de la elaboración de un catálogo de construcciones en suelo no urbanizable por importe de 158.166 euros -hecho sexto- no se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares ni de prescripciones técnicas, lo que infringió el art. 95 de la Ley de Contratos del Sector Público . Por otro lado, con relación a la invitación que el Ayuntamiento debía de realizar al menos a tres empresas, no se ha acreditado que se cursara invitación alguna. Sólo consta tres entradas, de tres presupuestos presentados por la propia empresa adjudicataria, uno de ellos de tal empresa (la presentación se efectuó dos días antes de la adjudicación).

6.- En el hecho séptimo se recoge el reconocimiento de deuda a la mercantil del cuñado del recurrente, "Suministros Caballero, SCA", cuatro días antes de cesar como Alcalde, incumpliendo claramente sus competencias, dado que el reconocimiento de deudas corresponde al Pleno de la Corporación, según la TRRL.

Por ello, queda acreditado tanto **"el dominio del hecho" del recurrente** en las operaciones en las que intervino como Alcalde y responsable, no solo de la firma, sino que, como consta probado por el Tribunal, de la "ideación" de las diversas mecánicas de actuación para eludir absolutamente el control de la oferta en la contratación de personas, por un lado, y de bienes y servicios, por otro, y el elemento subjetivo en su actuación obtiene su acreditación mediante inferencias a partir de otros elementos que han quedado acreditados por prueba directa, provocándose, además, un perjuicio claro en quienes hubieran podido estar interesados en concurrir



a ese puesto de trabajo, o en la contratación del bien o servicio que se adjudica omitiendo cualquier tipo de procedimiento ad hoc para ello, como es el *iter procedimental* en las Administraciones Públicas.

Así, sobre la prevaricación administrativa se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en varias sentencias, y así puede citarse:

a.- Sentencia Tribunal 238/2017 de 5 Abr. 2017, Rec. 1391/2016, donde se recuerda que el acto administrativo sea una resolución que, más allá de la mera ilegalidad, incurra en arbitrariedad, porque aquella ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa». Y en este caso el abundante relato de hechos probados y las propias certificaciones que aluden a la inexistencia de procedimiento de contratación y selección lo acreditan, por mucho que el recurrente pretenda cuestionar las mismas.

b.- Sentencia Tribunal Supremo 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 .

"Como hemos dicho en SSTs 238/2013 de 22 de marzo y 426/2016 de 19 de mayo , el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. Por ello -como expresa la STS 941/2009 de 29 de septiembre - el artículo 404 del CP , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Se trata de una figura penal que constituye un **delito especial propio** , en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP), sin perjuicio de la cláusula de comunicabilidad hacia los no funcionarios prevista en el art. 65.3 del Código penal , cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien **porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento** , bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente, o suponga una desviación de poder - esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público (SSTs. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010).

Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia, tal como la STS. 627/2006 de 8.6, en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II , por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002 , exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, **omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo** (ver STS 647/2002), con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. STS. 284/2009 de 13.3 .

Además, es necesario que el autor **actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución**. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor **actúe a sabiendas de la injusticia , su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución** . De conformidad con lo expresado en la citada STS núm.



766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, **teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo** (STS. 443/2008 de 1.7).

En definitiva, será necesario:

1. En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
2. En segundo lugar, que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal;
3. En tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
4. En cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y
5. En quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho".

Estos requisitos concurren en el presente caso, dado que se ha probado la intervención directa del recurrente en las operaciones, como señala la Audiencia Provincial en la explicación antes expuesta, y, por ello, es evidentemente contraria a derecho la forma de proceder, en tanto en cuanto omite todo procedimiento administrativo para la selección y contratación. Se omitieron, por ello, y a sabiendas, los trámites administrativos, como consta en la certificación expedida en cada caso por el secretario interventor, el acto es básicamente injusto como resultado de un proceso de selección absolutamente arbitrario y es una forma de actuar basada en la propia voluntad y capacidad de decisión de quien tomaba las decisiones al respecto.

c.- Sentencia del Tribunal Supremo 872/2016 de 18 Nov. 2016, Rec. 407/2016 .

a) Que la contradicción con el derecho o ilegalidad en el delito de prevaricación se manifiesta normalmente en la falta absoluta de competencia, en la **omisión de trámites esenciales del procedimiento** o en el propio contenido sustancial de la resolución, que sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.

b) Esa contradicción material entre la decisión y la legalidad se manifiesta cuando se vulnera la norma de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho tan clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 de la C.E , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

d.- Sentencia Tribunal Supremo 795/2016 de 25 Oct. 2016, Rec. 86/2016 .

Como hemos dicho en SSTS 238/2013 de 22.3 y 426/2016 de 19.5 , con cita auto TS. 49/2010 de 4.2 , el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

Por ello -como expresa la STS 941/2009 de 29.9 - el artículo 404 del CP , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), bien entendido que no se trata de sustituir a la



jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda **su contradicción con el derecho**, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder - esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva **una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto**, aunque el fin perseguido sea de interés público, (SSTS. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010), que señala que "La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico..." o como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), señalando al efecto que la misma concurre "cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso".

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

De manera que **es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito**. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación.

En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la STS. 755/2007 de 25.9 al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.



Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS 627/2006 de 8.6 , en la que se dice que: ... La jurisprudencia de la Sala Segunda, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002 , exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 , con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP STS. 284/2009 de 13.3 .

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS 443/2008 de 1.7).

Por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004)".

En este caso debemos destacar que se está en el supuesto descrito en los hechos probados y valorado con acierto y detalle por la Audiencia Provincial en cuanto a un delito del art. 404 CP , más que una mera irregularidad administrativa en un proceso de contratación de personal y de bienes y servicios, actuaciones realizadas por el condenado con el total y absoluto dominio del hecho, tal y como antes se ha explicado, y actuando a sabiendas de su irregular proceder, superando la mera irregularidad administrativa y entrando en la comisión del tipo penal por el que ha sido condenado.

NOVENO.- Con respecto al motivo octavo del recurso el recurrente se limita a designar una serie de documentos de los que él deduce el error del Juzgador.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004 , donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;



- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, 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 modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Pero debe especificarse en el motivo en qué medida se produce ese error en la apreciación de la prueba, cuestión que, de todos modos, ya fue resuelta en fundamentos jurídicos precedentes en cuanto a la valoración de la prueba, en este caso la documental.

Por todo ello, el recurso de casación interpuesto se desestima.

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

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN , interpuesto por la representación del acusado **D. Oscar Clemente** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, de fecha 22 de febrero de 2017 , en causa seguida contra el mismo, por delito de prevaricación administrativa. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro

Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet