



Roj: **STS 565/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:565**

Id Cendoj: **28079120012017100127**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2017**

Nº de Recurso: **1432/2016**

Nº de Resolución: **111/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

Sentencia N°: 111/2017

RECURSO CASACION N° : 1432/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria **Procedencia:** Audiencia Provincial de Castellón. **Fecha Sentencia**
: 22/02/2017

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : AMV

***Delito de prevaricación.**

N°: 1432/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Vista: 07/02/2017

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 111/2017

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Ana María Ferrer García

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de dos mil diecisiete. En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** y la representación de **Isidro**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, Sección Segunda, que le condenó por delito de prevaricación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la vista y votación bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente Isidro representado por la Procuradora Sr. Julia Corujo; y como recurridos Abel representado por el Procurador Sr. Calleja García; Epifanio representado por el Procurador Sr. Pozas Osset; Lorenzo representado por la Procuradora Sra. Blanco Fernández; Camino y Carlos Miguel ambos representados por la Procuradora Sra. Blanco Fernández.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Castellón, instruyó Procedimiento Penal Abreviado 156/2014 contra **Isidro y otros**, por delito de prevaricación, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, que con fecha 15 de abril de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS: "PRIMERO** .- Probado y así expresamente se declara que Isidro, mayor de edad, nacido en Vall d'Alba, Castellón, el NUM000 de 1957, hijo de Carlos Miguel y de Virginia, con DNI nº NUM001, y sin antecedentes penales, fue Vicepresidente Primero de la *Diputación Provincial de Castellón, con competencias delegadas en materia de coordinación de abastecimiento de aguas, ciclo integral del agua, contratación de obras, expropiaciones, grandes proyectos, obras y servicios, y otros servicios, si bien la Junta de Gobierno de la Diputación, en la que estaban representados todos los Partidos Políticos, tenía las competencias como órgano de contratación, respecto de los contratos de obra, suministro, servicios, gestión de servicios públicos y contratos administrativos especiales, así como los contratos privados, en los expedientes de contratación cuyo importe no superara los 6 millones de euros, y tuviera una duración superior a cuatro años, así como la aprobación de los proyectos de edificación e instalaciones que se encuentren en dicha circunstancia.*

Isidro, tiene dos hijos, Camino -mayor de edad, nacida en Castellón de la Plana el NUM002 de 1987, hija de Isidro y de Marisa, con DNI nº NUM003 - y sin antecedentes penales, y Carlos Miguel -mayor de edad, nacido en La Vall d'Alba, Castellón, el NUM004 de 1994, hijo de Isidro y de Marisa, con DNI nº NUM005 -, y sin antecedentes penales.

Epifanio -mayor de edad, nacido el NUM006 de 1947, hijo de Felicísimo y de María Consuelo, con D.N.I. número NUM007, y sin antecedentes penales-, fue Alcalde de la localidad de Borriol al menos desde el año 1999 a febrero de 2014, y además tenía en la Diputación Provincial de Castellón, también delegadas, como Diputado Provincial, las facultades de dirección, impulsión e inspección del Ciclo Integral del Agua y Planes Provinciales.

Abel, -mayor de edad, nacido en Castellón de la Plana el NUM008 de 1966, hijo de Donato y Claudia, con D.N.I. número NUM009, y sin antecedentes penales-, mantenía relaciones de amistad con Isidro, y con los hijos de éste Camino y Carlos Miguel, y también mantenía relaciones societarias, por la participación que la familia Camino Isidro Carlos Miguel tenía en las empresas GESTINTUR SL y PRODEVER SL.

De igual forma, la familia Camino Isidro Carlos Miguel, tenía participaciones en la empresa denominada FRANVALTUR S.L., constituida en el año 2009, siendo que la sociedad tenía como objeto social, la construcción de edificaciones y terrenos, la urbanización y parcelación de terrenos, los servicios relativos a la propiedad inmobiliaria y propiedad industrial, así como el alojamiento turístico extrahotelero y turismo rural, y en la que Camino fue su primera administradora única. Dicha sociedad se constituyó con un capital social de 6.000 euros, pero en la misma, se han ido efectuando diversas aportaciones para aumentar su capital social por parte de los socios Camino, Carlos Miguel y Isidro, hasta llegar en mayo de 2013 a la cantidad de 595.950 euros.

La finca perteneciente al polígono NUM010, parcela NUM011 fue comprada por Camino el 26 de mayo de 2008, y en fecha 26 de diciembre de 2011 se realiza un aumento de capital en la empresa Franvaltur S.L., a la que se aporta por Camino la finca citada, pasando por lo tanto a ser propiedad de la mercantil.

En fecha 29 de mayo de 2013 cesó como administradora única de la sociedad Camino y fue nombrado como administrador único de la misma Carlos Miguel. En fecha 24 de octubre de 2013 Carlos Miguel otorgó poderes notariales de apoderamiento de la sociedad a Lorenzo, -mayor de edad, nacido en Burriana, Castellón, el NUM012 de 1973, hijo de Gerardo y Irene, con D.N.I. número NUM013, y sin antecedentes penales-, con el que no tenía ningún tipo de relación, pero que tenía relaciones de amistad y de dependencia laboral con Abel.

Y el mismo día, el 24 de octubre de 2013, Lorenzo, y en la misma notaría otorgó a su vez poderes de representación en la sociedad Franvaltur S.L. a favor de Abel.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la necesidad del municipio de Borriol de contar con una depuradora en condiciones, se acordó la por parte de la Generalidad Valenciana, la construcción de una Estación Depuradora de Aguas Residuales en la localidad de Borriol, que primerofue competencia de la Genaralidad, y finalmente de la Diputación de Castellón, siendo que en ambos casos al Ayuntamiento de Borriol le correspondía obtener la titularidad de los terrenos sobre los que se iba a asentar la Edar.

Mientras que el proyecto y construcción de la Edar de Borriol fue competencia de la Generalidad Valenciana, a través de la empresa pública EPSAR, se realizaron, lo que puede ser considerado como tres proyectos. El primero es del año 2004, y fue realizado por la empresa Comaypa S.A., y que iba construido sobre fincas sitas en los Polígonos NUM014 y NUM015 y que no tuvo viavilidad como consecuencia de quejas vecinales. Otro segundo, realizado en Abril de 2006, también realizado por la empresa Comaypa S.A. iba ya situado sobre las parcelas del Polígono NUM016 . Y finalmente, otro proyecto, el tercero, de diciembre de 2008, encargado en este caso por la Epsar de la Generalidad Valenciana a la UTE, Comsa Medio Ambiente y Binaria, que se realizaba sobre parcelas del Polígono NUM016 y NUM010 .

TERCERO .- Tanto Isidro como Epifanio , entre los años 2007 y 2014 intervinieron en el ámbito de sus respectivas competencias adoptando resoluciones, traslados y/o acuerdos ejecutivos, de muy diferentes tipos, en los procedimientos administrativos seguidos en la Diputación Provincial y en el Ayuntamiento de Borriol, sin que intervinieran en los trámites ordinarios de los expedientes administrativos relativos a la Edar de Borriol, sin constancia de irregularidades relevantes, ni decisiva, en la suerte de los intereses del Ayuntamiento, ni de los propietarios de los terrenos afectados.

No ha quedado tampoco acreditado, que Isidro y Epifanio se concertaran con la finalidad de posibilitar que por parte del primero, se obtuviera un beneficio patrimonial ilícito a través de personas interpuestas o de sociedades, en la venta de los terrenos donde se proyectaba construir la Estación Depuradora de Aguas Residuales del Ayuntamiento de Borriol. Ambos eran conocedores de los distintos proyectos que se han realizado para la construcción de dicha EDAR en sus distintas fases que con relación al mismo se han venido sucediendo, siendo conocedor también Epifanio , como Alcalde de la localidad del Borriol, de los terrenos en los que se había venido programando la instalación de la Edar, y sin que ello añadiera o aportara elemento alguno de ilegalidad o desvío del procedimiento ordinario, ni de su resultado, y no habiéndose acreditado que finalmente conociera la vinculación de la parcela NUM011 del polígono NUM010 con la familia Camino Isidro Carlos Miguel . Dicho concierto tampoco se ha acreditado respecto al resto de acusados.

CUARTO .- En fecha 17 de octubre de 2007 Epifanio , como Alcalde del Ayuntamiento de Borriol, y en el ejercicio de sus competencias, remitió un escrito a los Servicios Técnicos de la Diputación Provincial en el que se solicitaba de éstos informaran si se consideraba adecuada la ampliación de la superficie a ocupar según plano que adjuntaba, sin que tuviera conocimiento que alguna de las fincas afectadas por la Edar tuviera relación con el Vicepresidente de la Diputación Isidro o con su familia. Y en fecha 5 de noviembre de 2007, D. Evelio , como Jefe del Área Técnica de la Diputación de Castellón, en el ejercicio de sus competencias, justificó como conveniente la ampliación propuesta en eventuales razones de oportunidad, para realización de acopios de productos de excavación, depositar materiales para las obras, asegurar un correcto funcionamiento de los camiones y por si pudieran necesitarse ambas parcelas NUM011 y NUM017 del polígono NUM010 para ser ocupadas, en previsión de futuras ampliaciones, rematar adecuadamente ambiental y paisajísticamente una infraestructura que puede suscitar rechazo en la población.

En el mes de abril de 2008 se formalizaron los convenios de cesión de terrenos entre el Ayuntamiento de Borriol y los propietarios de las parcelas afectadas por la EDAR. Uno de dichos convenios se firmó el 4 de abril de 2008 entre el Ayuntamiento de Borriol y los propietarios de las parcelas NUM018 , NUM019 y NUM020 del polígono NUM016 , y la parcela NUM011 del polígono NUM010 , Abel , junto con su hermano y su cuñada, Belarmino y Loreto , y en el que estaba incluida la parcela del catastro NUM011 del polígono NUM010 , que se decía que se destinaba a futuras ampliaciones, y que no estaba incluida en el Plan Especial. También, y en similares términos se firmó el 16 de abril de 2008 el convenio de cesión de terrenos entre el Ayuntamiento de Borriol, y los propietarios de las parcelas NUM011 del polígono NUM016 y NUM017 del polígono NUM010 , Jesús , Jon , José y Julián .

El 22 de abril de 2008 Epifanio , como Alcalde de Borriol, dirigió escritos a la Consellería de Infraestructuras y Transportes y a la Diputación de Castellón

-a la atención de su Vicepresidente Primero Isidro -, en el que les adjuntaba los anteriores convenios de cesión de terrenos de la EDAR proyectada por la EPSAR de la Generalitat Valenciana y en la que estaba incluida la parcela NUM011 del polígono NUM010 .

Si bien la parcela catastral NUM011 del polígono NUM010 aún no existía como parcela independiente e inscrita en el Registro de la Propiedad, en fecha 23 de mayo de 2008 se tramitó expediente nº NUM021 en el

Ayuntamiento de Borriol por el que se aprueba la segregación de la parcela NUM011 del polígono NUM010 . Dicho expediente fue tramitado por el Ayuntamiento en el mismo día de su presentación por Abel .

Seis días después de la segregación de la finca de la parcela NUM011 del polígono NUM010 , Abel , en su nombre propio y en nombre de su hermano y cuñada, la vendió a Camino , hija de Isidro , por un precio declarado de 3.000 euros, siendo que a su vez, la inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad el 12 de julio de 2008.

El 28 de mayo de 2008 se aprobó por el Ayuntamiento de Borriol, por mayoría absoluta y con una abstención, ratificar los convenios urbanísticos de cesión de terrenos sobre las parcelas NUM011 , NUM020 , y NUM019 del Polígono NUM016 para la ubicación de la estación depuradora.

En diciembre de 2008 se redactó un tercer proyecto encargado por la Epsar de la Generalidad a la UTE COMSA, Medio Ambiente y BINARIA. En el Anejo número 21 del proyecto, Expropiaciones, aparece la parcela NUM011 del polígono NUM010 , con una superficie de 2.045, 03 m2, como superficie a expropiar, y así se hacía constar también en el plano de expropiaciones de la Edar obrante el folio número 24 del Tomo III. Dicho proyecto constaba de tres partes, el proyecto básico, el de licitación, y el de construcción, siendo que el último fue realizado por D. Luis Francisco . En el Anejo número 23 del proyecto se relacionaban las Expropiaciones a realizar, y aparece la parcela NUM011 del polígono NUM010 - número de orden 3-, con una superficie a expropiar de 2.705, 53 m2 - folio número 21 del Tomo III-. En el plano que obra al folio número 24 del Tomo III, referente a las "Expropiaciones de la Edar", también se incluye dicha 11/42.

En fecha 27 de noviembre de 2009 se aprobó por la Consellería de Medi Ambient, Aigua, Urbanisme i Habitatge, el Plan Especial de reserva de suelo para la Estación Depuradora de Borriol por el Director General de Urbanismo, si bien la parcela NUM011 del polígono NUM010 , no estaba incluida en ese Plan Especial.

En fecha del 26 de abril de 2010 se aprobó por el Pleno del Ayuntamiento de Borriol, y por unanimidad, dar su conformidad a la construcción de la Estación depuradora y poner a disposición de la la Generalidad los terrenos necesarios, y que eran los correspondientes al polígono NUM016 , parcelas NUM019 , NUM020 , NUM011 , NUM022 .

Sin embargo, la Consellería renunció a llevarlo a efecto el proyecto, y en fecha 28 de abril de 2011 se publicó a en DOCV la renuncia de la EPSAR a la celebración del contrato para la ejecución de las obras de la Edar de Borriol.

Como consecuencia de esta renuncia de la Generalidad Valenciana a la ejecución de las obras de la Edar de Borriol, en fecha 9 de marzo de 2012, y a fin de recuperar las parcelas de su propiedad, Abel -que dijo actuar por sí, y por Belarmino y Loreto -, presentó escrito ante el Ayuntamiento de Borriol para la resolución de los convenios de cesión realizados con el Ayuntamiento en fecha 4 de abril de 2008.

En fecha 11 de mayo de 2012, el Alcalde del Ayuntamiento de Borriol, y para restablecer la propiedad de los terrenos afectados, dirigió una comunicación a la Subdirección General de Infraestructuras Hidráulicas de la Generalitat Valenciana, dándole un plazo para alegaciones en relación a la petición de los propietarios de devolución de las parcelas NUM019 , NUM020 , NUM011 y NUM022 del polígono NUM016 que en su momento se habían cedido a la EPSAR para la construcción de la EDAR de Borriol, sin que se hiciera referencia a la parcela NUM011 del polígono NUM010 .

Como consecuencia del escrito presentado en fecha 9 de marzo de 2012 por Abel , en fecha 22 de marzo de 2013 se le requirió por el Ayuntamiento de Borriol a través de su Alcalde para que aportara los poderes de representación de todos los titulares. Y en fecha 9 de abril de 2013, se presentó nuevo escrito por Abel , volviendo a decir que actuaba por sí, y por Belarmino y Loreto , y aportaba poderes de estos últimos.

Y siguiendo con el trámite ordinario, en fecha 30 de abril de 2013 se aprobó por el Pleno del Ayuntamiento la resolución del convenio de expropiación que afectaba a las parcelas catastrales NUM018 parcial, NUM019 y NUM020 del polígono NUM016 de rústica, y también de la parcela NUM011 del polígono NUM010 .

No ha quedado acreditado a la vista de la actividad probatoria desarrollada en el acto del juicio, que Epifanio conociera la vinculación de la parcela NUM011 del polígono NUM010 con Isidro y Camino , y que la omisión de referencia en anteriores comunicaciones que se habían hecho, fuera con intención de ocultarla, como tampoco que las actuaciones tendentes a incluir dicha finca en el proyecto fueran innecesarias, ni contrarias a derecho, ni destinadas a beneficiar a los propietarios, que fueron tratado con igualdad respecto a otros afectados.

QUINTO .- A partir de la renuncia en fecha 28 de abril de 2011, por la Generalidad Valenciana de la construcción y ejecución de la Edar de Borriol, y dada la necesidad de la instalación de una depuradora en la localidad de Borriol, y en el ejercicio de sus competencias, se asumió por la Diputación de Castellón dicha obra y ejecución, si bien más reducida. La tramitación de dicho procedimiento administrativo pasaba ahora a estar bajo las competencias que tenía delegadas, el acusado, Isidro , como Vicepresidente Primero de la Diputación de Castellón.

Este último proyecto se realizó por la empresa COMAYPA en marzo de 2013. En dicho proyecto, y en el apartado de disponibilidad de los terrenos, y en el anejo número seis obrante al folio 28 del Tomo III, se hacía referencia al Plan Especial de suelo dotacional del Ayuntamiento de Borriol, en el que hasta ese momento afectaba a una superficie de 17.207,60 m², si bien se previa por la empresa autora de este proyecto, una superficie menor de ocupación de solo de 7.563, m², no disponiendo de tratamiento terciario.

El autor del proyecto de fecha marzo de 2013 fue D. Rubén . En el mismo se hizo primero una relación de suelo disponible, sin incluir la finca NUM023 . Tal proyecto adjuntaba la certificación del Pleno del Ayuntamiento de Borriol de fecha 26 de abril de 2010 sobre compatibilidad y cesión de disponibilidad de terrenos de la Edar, en el que tampoco se hacía referencia a dicha parcela NUM023 . Sin embargo, en el plano que se adjuntaba al folio número 37 del Tomo III, de ocupación del plan especial suelo no urbanizable dotacional Edar Borriol y colector general, se describían las parcelas de las que se tenía la disponibilidad de los terrenos, que eran las NUM024 , NUM025 , NUM026 , NUM027 , pero se concretaba, que las parcelas a ocupar para la nueva Edar, serían las NUM024 , NUM025 , NUM026 , NUM027 , y la NUM023 , de la que se decía, que no estaba incluida en el plan Especial. Dicho plano venía a coincidir también con el plano obrante al folio 975 del disco en PDF de la Edar de Borriol Comaypa, donde aparecía dicha parcela NUM023 , como superficie a ocupar, incluso estando fuera del Plan Especial. La parcela NUM023 entró a formar parte del proyecto de Vialca -el último de los tres ya dichos y hechos para la Generalidad-, siendo también recogida en éste último. En este nuevo proyecto no se iba a construir físicamente la depuradora sobre la parcela NUM023 , sino sólo era para una posible ampliación en un futuro de un tratamiento terciario, por lo que la finca se consideraba como conveniente para una ampliación.

De acuerdo con la tramitación ordinaria del procedimiento, en fecha 7 de marzo de 2013 se realizó por el Jefe del Área Técnica de la Diputación de Castellón, un informe en el que se determinaban los terrenos necesarios para la implantación y construcción de la depuradora de Borriol. En dicho informe se analizaba la situación económica, se analizaban los distintos proyectos realizados y se acordaba la determinación de las parcelas a ocupar por parte del Ayuntamiento, acordando que las obras en proyecto no iban a ocuparse las parcelas NUM011 y NUM022 del polígono NUM016 , pero si las parcelas NUM019 y NUM020 del mismo, siendo también necesario disponer de la parcela NUM011 del polígono NUM010 para conseguir que todo el terreno hasta el barranco sea de titularidad pública y así poder rematar adecuada, ambiental y paisajísticamente, esta infraestructura.

Continuando con la tramitación, en fecha 8 de marzo de 2013 se remitió oficio al Ayuntamiento de Borriol, del Vicepresidente Primero de la Diputación de Castellón, Isidro en el que se adjunta el informe de fecha 7 de marzo de 2013, del Jefe del Área Técnica Evelio con referencia a los terrenos necesarios para la implantación de la Nueva Estación depuradora, siendo conocedor Isidro que la parcela NUM011 del polígono NUM010 , estaba incluida finalmente en la expropiación de los terrenos en los que se iba a instalar la Edar de Borriol.

Dadas las sucesivas modificaciones habidas sobre las fincas a ocupar o expropiar, en fecha 24 de abril de 2013 se realizó exposición por el Alcalde de Borriol, Epifanio dirigida a la diputación de Castellón a fin de que se aclararan los terrenos necesarios para llevar a cabo la construcción de la infraestructura de la Edar de Borriol.

Los que fue contestado en fecha 13 de mayo de 2013 a través del informe del Jefe del Área Técnica de la Diputación de Castellón en el que se indicaban los terrenos que se reputaban necesarios para la realización de las obras de la nueva estación depuradora de aguas residuales en Borriol y que eran: totalidad de la parcela NUM020 del polígono NUM016 , con una superficie de 1.835,00 metros cuadrados, parte sur de la parcela NUM019 del polígono NUM016 con una superficie de 5.728,00 cuadrados, y totalidad de la parcela NUM011 del cuadrados del polígono NUM010 , con una superficie de 2.706,00 metros cuadrados.

Siguiendo con los trámites administrativos y para establecer la contraprestación en forma de justiprecio, en fecha 16 de mayo de 2013 se realizó informe sobre el precio de los terrenos a ocupar por la Edar, por el arquitecto del Ayuntamiento de Borriol D. Bartolomé . En dicho informe se establece un valor de los terrenos de suelo adscrito en relación con el aprovechamiento de 17, 95 euros, que con un 5% de afección, es de 18, 85 euros el metro cuadrado.

Dando continuidad a la tramitación administrativa, en fecha 11 de junio de 2013 se aprobó por la Comisión Extraordinaria de Infraestructuras, presidida por el Vicepresidente de la Diputación Isidro , entre otros asuntos, la aprobación inicial del proyecto técnico de la obra de Borriol, y en la misma fecha, se aprobó en Sesión Ordinaria, por la Junta de Gobierno de la Diputación de Castellón, entre otros asuntos, el proyecto técnico de las obras de la Nueva Estación Depuradora y Colectores de Borriol, acordando someterlo a información pública.

En fecha 16 de julio de 2013 se adoptó el acuerdo por la Junta de Gobierno de la Diputación de Castellón para la aprobación del expediente de contratación de las obras de la nueva depuradora y colectores de Borriol.

El 18 de julio de 2013 se ejecutó el anterior acuerdo, realizando el anuncio de la licitación de la obra y su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia.

En consecuencia con el avance del procedimiento, en fecha 22 de julio de 2013 se inició la fase de adquisición onerosa de bienes por el Ayuntamiento de Borriol, firmado por el Alcalde Epifanio, de la totalidad de la parcela NUM020 del Polígono NUM016, parte sur de la parcela NUM019 del Polígono NUM016 y totalidad de la parcela NUM011 del Polígono NUM010, con un total de 10.269 m², y en el seno de la tramitación ordinaria, el 29 de julio de 2013 se realizó informe de fiscalización limitada previa por el Interventor del Ayuntamiento de Borriol, de propuesta de gasto de 193,570, 65 euros para la expropiación de la totalidad de los terrenos.

En fecha 11 de septiembre de 2013 se remite oficio por D. Iván, como Jefe de Sección de Planificación de la Diputación Provincial de Castellón dirigido al Alcalde de Borriol a fin que remitieran certificación, a la mayor brevedad posible sobre la disponibilidad de los terrenos de la parcela NUM020 del polígono NUM016, parte sur de la parcela NUM019 del polígono NUM016 y totalidad de la parcela del polígono NUM010. Como consecuencia de tal urgencia, se celebró Sesión de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Borriol de fecha 20 de septiembre de 2013, con carácter de urgencia, en la que se puso en conocimiento que se certificaba la comunicación a la Diputación de la plena disponibilidad de los terrenos, totalidad de la parcela NUM020, polígono NUM016, parte sur de la parcela NUM019 del polígono NUM016 y parcela NUM011 del polígono NUM010. Y en el pleno del Ayuntamiento de Borriol de fecha 1 de octubre de 2013 se aprobó por mayoría de 7 votos a favor y 6 en contra, el proyecto de expropiación para la adquisición de suelo de la depuradora de Borriol.

En fecha 10 de octubre de 2013, y ocultando Isidro su relación con la finca NUM023, se realizó la propuesta de acuerdo a la Junta de Gobierno por parte del Vicepresidente de la Diputación para la adjudicación de las obras, y en fecha de 15 de octubre de 2013 se aprobó por unanimidad de la Junta de Gobierno de la Diputación de Castellón la adjudicación de las obras de la Depuradora de Borriol a la UTE Depuradora de Borriol.

Como consecuencia de la mera tramitación del procedimiento, en fecha 16 de octubre de 2013 se acordó por el Alcalde de Borriol Epifanio sacar a información pública la expropiación de terrenos.

En fecha 25 de octubre de 2013 se realiza convenio de adjudicación de las obras a la UTE Depuradora de Borriol actuando como representante de la Diputación del Vicepresidente Isidro.

En fecha 29 de octubre de 2013 se realizó Sesión Plenaria del Ayuntamiento de Borriol en el que se aprobó el proyecto de expropiación forzosa, haciéndose constar que los terrenos necesarios para la Edar, eran la totalidad de la parcela NUM020 del Polígono NUM016 : 1.835.00 metros cuadrados, parte de la parcela NUM019 del Polígono NUM016 : 5.728.00 metros cuadrados, y totalidad de la parcela NUM011 del Polígono NUM016 : 2.706,00 metros cuadrados, lo que hacía un total de 10.269,00 metros cuadrados. Pese a no ser exacto, también se indicaba que la totalidad de estos terrenos estaban incluidos en el ámbito del Plan Especial de la Reserva de Suelo para la Estación Depuradora de Borriol, que fué aprobado definitivamente por resolución del Director General de Urbanismo el 27 de noviembre de 2009. En dicha Sesión se trató el tema de la valoración de las fincas a expropiar, y se aprobó el acuerdo por mayoría, votando a favor siete concejales.

Continuando con la tramitación ordinaria, en fecha 5 de noviembre de 2013 se realizó convenio expropiatorio para la determinación del justiprecio, en el que comparecieron el Alcalde de Borriol, Epifanio y Abel, en su propio nombre y en representación de Belarmino y Loreto aportando poderes de ellos, y como apoderado de Franvaltur S.L., por las parcelas catastrales NUM018 parcial, NUM019 y NUM020 del polígono NUM016 de rústica y parcela NUM011 del polígono NUM010, con un precio total de 193,570, 65 euros. Junto con la documentación anterior se aportó poder especial notarial de fecha 24 de octubre de 2013 en el que se otorga poder Lorenzo, en nombre y representación de Franvaltur S.L. a favor de Abel como apoderado.

Pese al entramado destinado a ocultar la titularidad real de la finca NUM011 del polígono NUM010 para que no se descubriera que estaba vinculada al Vicepresidente de la Diputación o a su familia, no ha quedado acreditado que hubiera un concierto entre los acusados al efecto de elevar ficticiamente el precio de adquisición de los terrenos que se había fijado por el Ayuntamiento en 17, 95 euros / 18, 85 euros el metro cuadrado, ni ha quedado acreditado, que dicha cantidad sea desproporcionada, o exagerada para los intereses municipales o las arcas públicas. Tampoco se ha acreditado que los funcionarios públicos municipales del Ayuntamiento de Borriol o de la Diputación fueran concernidos o manipulados por alguno de los acusados para que sus resoluciones fueran favorables a los intereses de estos últimos.

En fecha 29 de noviembre de 2013 se presentó recurso potestativo de revisión por el Concejal del Ayuntamiento de Borriol D. Efrain, contra el acuerdo del Pleno de fecha 29 de octubre de 2013. Como consecuencia del recurso presentado, en fecha 16 de diciembre de 2013 se realizó un informe jurídico por el Secretario del Ayuntamiento de Borriol D. Florian, no exponiendo irregularidad alguna, y en fecha 13 de diciembre se realizó informe por el Arquitecto Municipal, quien a su vez ratificó su informe de valoración de fecha 16 de mayo de 2013.

En fecha 3 de diciembre de 2013 se solicitó por la funcionaria del Ayuntamiento de Borriol las certificaciones registrales de las fincas a las que afecta la Edar, y entre ellas estaba la finca registral NUM028 de Borriol, titularidad de Franvaltur S.L.

En fecha 23 de diciembre de 2013 se realizó ampliación del convenio expropiatorio de determinación del justiprecio para ampliación del plazo de pago, entre el Alcalde de Borriol y Abel que actuaba en nombre propio y de D. Belarmino y Loreto y de la también mercantil Franvaltur S.L.

Y por resolución de fecha 28 de diciembre de 2013 del Alcalde Epifanio se aprobó definitivamente el proyecto de expropiación, acordando seguir los trámites correspondientes, y concretándose en un anexo los terrenos a se iban a expropiar.

Aparecidas en los medios de comunicación informaciones sobre las relaciones de Isidro con la mercantil Franvaltur S.L., y en relación con la finca, propiedad de esta mercantil que estaba incluida en el proyecto de la Edar de Borriol, en fecha 9 de enero de 2014 se acordó por el Pleno del Ayuntamiento de Borriol, suspender la aprobación del proyecto de expropiación y dejar sobre la mesa el dictamen correspondiente a la Edar de Borriol.

A fin de llevar a efecto el proyecto de la Edar, en fecha 15 de enero de 2014 se realizó escrito por el Alcalde de Borriol dirigido a la Diputación de Castellón, proponiendo que podría ser ejecutada la Estación Depuradora afectando a una superficie menor, con alguna modificación técnica.

Como consecuencia de la anterior comunicación, en fecha 23 de enero de 2014 se realizó informe referente a los terrenos estrictamente necesarios para la estación de Borriol por el Jefe de Área de la Diputación de Castellón, D. Evelio, en la que indicaba que los terrenos mínimos necesarios para la realización de las obras de "Nueva estación depuradora de aguas residuales en Borriol" serían: Totalidad de la parcela NUM020 del polígono NUM016, con una superficie de 1.835,00 metros cuadrados, y parte sur de la parcela NUM019 del polígono NUM016, con una superficie de 5.728,00 metros cuadrados.

En fecha 28 de enero de 2014 se realizó nueva propuesta de la Alcaldía sobre aprobación del convenio expropiatorio para la determinación del justiprecio y adquisición de parcelas afectadas por la Edar, en la que se dejaba fuera la parcela NUM011 del polígono NUM010, y en la misma fecha, se resolvió el Convenio entre el Alcalde de Borriol y Abel, que actuaba en su propio nombre y en representación de Belarmino y Loreto, y como apoderado de Franvaltur S.L., por el que se dejaba fuera de dicho convenio a la parcela NUM011 del polígono NUM010.

En fecha 31 de enero de 2014 se aprobó el nuevo proyecto de expropiación forzosa para la adquisición de los terrenos de la Edar, sin la parcela NUM011 del polígono NUM010, firmado por el Alcalde Epifanio.

Y finalmente, en fecha 5 de febrero de 2014 se realizó propuesta por la Alcaldía de Borriol, firmada por el Alcalde Epifanio para aprobación del convenio y continuar con los trámites del expediente.

En fecha 18 de febrero de 2014 se realizó oficio por el Secretario del Ayuntamiento de Borriol en el que, ordenado por la Alcaldía y por motivos sobrevenidos, se desconvocaba el pleno de carácter extraordinario que se había fijado para el día 19 de febrero de 2014. Como consecuencia de todo lo anterior, actualmente, la Edar de Borriol no se ha realizado".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS:** Que desestimando las cuestiones previas planteadas en la forma que se ha indicado en el Fundamento Primero de esta resolución, debemos condenar y condenamos a Isidro, como autor penalmente responsable de un delito de negociación prohibida a funcionarios del artículo 439 del cp. ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISIÓN DE OCHO MESES, CON MULTA DE CATORCE MESES, CON UNA CUOTA DIARIA DE TREINTA EUROS, -con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago-, e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EMPLEO O CARGO PÚBLICO POR EL TIEMPO DE DOS AÑOS, y con imposición de una catorceava parte de las costas procesales causadas.

Y debemos absolver y absolvemos, con toda clase de pronunciamientos favorables a Camino, Carlos Miguel, Epifanio, Abel y Lorenzo, por los delitos que les eran imputados, con toda clase de pronunciamientos favorables y con declaración de oficio del resto de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o Quebrantamiento de Forma, en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y la representación de Isidro, 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

ÚNICO.- Por infracción de Precepto Constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRim . por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la C.E ., en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con lo dispuesto en el artículo 9.3º del mismo texto legal que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

La representación de Isidro :

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional. Se plantea el presente motivo amparado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . SEGUNDO.- Se plantea el presente motivo amparo en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

TERCERO.- Se formula por infracción de Ley, al amparo del artículo

849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

CUARTO.- Se formula por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de hecho en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Se formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de hecho en la apreciación de la prueba.

SEXTO.- Se formula al amparo del artículo 849.1º de la LECRim . por aplicación indebida del artículo 439 del Código Penal .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Por Providencia de esta Sala de fecha 26 de enero se señala el presente recurso para vista para el día 7 de febrero del presente año celebrándose ésta y prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La sentencia objeto de la presente censura casacional condena al recurrente Isidro , Vicepresidente primero de la Diputación provincial de Castellón, como autor de un delito de negociación prohibida a los funcionarios públicos, y es absolutoria respecto de los otros acusados de los delitos continuado de prevaricación, tráfico de influencias, y de fraude a la administración.

Contra la sentencia opone un motivo el Ministerio fiscal, que denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, y el condenado por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, con varios motivos entre los que destaca la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Analizamos, en primer término, el recurso opuesto por la acusación pública y, a continuación, el del condenado.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO.- La acusación pública denuncia un único motivo en el que alza su queja contra lo que considera vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste como parte del enjuiciamiento porque la sentencia, afirma, lesiona su derecho fundamental que le asiste como parte procesal "de la exigencia de que el razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común. Y en lo que a la prueba indirecta se refiere en que los indicios estén interrelacionados, suponiendo un error valorarlos aisladamente sin el

contexto de los restantes elementos probatorios. Este es precisamente el objeto de la discrepancia valoración efectuada en esta sentencia".

El Ministerio público, tras ese enunciado de la oposición, reproduce lo que considera debió ser valorado y lo que entiende son deducciones lógicas de los hechos imputados y su calificación jurídica, en otros términos expone la vulneración que el tribunal debió realizar.

Los hechos se inician en 2007 cuando la Generalitat Valenciana acomete un proyecto de construcción de una estación depuradora de aguas residuales para el Ayuntamiento de Borrol, proyecto que es abandonado y retomado años después por la Diputación provincial de Castellón. En el proyecto inicial se determina una parcela, la identificada con el número NUM011, como parcela a expropiar por la obra pública y en la que estaba interesada la familia del finalmente condenado, Vicepresidente de la Diputación provincial de Castellón. En las vicisitudes acaecidas, el tribunal de instancia afirma que se introdujo inicialmente la parcela en el proyecto de expropiación, a instancia de la empresa que proyectaba la estación, bien como posibilidad de ampliación o como terreno necesario para la maniobra de la construcción. En un posterior proyecto, años después, y por la necesidad de ajustar precios de la obra, se prescinde de esa necesidad de ocupación y de expropiación.

Entretanto, entre los años 2007 y 2013, los proyectos para la realización de la estación depuradora interesaba unas o varias parcelas en virtud de requerimientos técnicos de los proyectos, aunque desde el número la parcela NUM011 no aparecía como directamente afectada por la construcción, aunque sí como terreno para maniobrar o para una futura ampliación de la estación depuradora. Incluso, en un intervalo en el proceso de construcción, el propio Ayuntamiento preguntó a la Diputación sobre la afectación al proyecto de la parcela NUM011. La respuesta es negativa y,

fundamenta, la afectación de la parcela es objeto de controversia en los medios de comunicación social y la Diputación la saca del proyecto.

El Ministerio público ha sostenido, desde la acusación, que nunca fue necesaria esa ocupación de la parcela NUM011, y que los acusados, el Vicepresidente de la Diputación, sus familiares, el Alcalde del municipio y otras personas que han intervenido en el hecho se han puesto de acuerdo para defraudar a la administración favoreciendo sus intereses. La Sentencia, por el contrario, destaca, que no se ha probado esa existencia de acuerdo y de connivencia entre funcionarios y particulares para defraudar a la administración en sus intereses patrimoniales, lo que repite en varios apartados, destacando que la inicial inclusión de la parcela en el estudio que se realizó para la construcción de la estación, se realizó a instancias de la empresa UTE COMSA Medio Ambiente Binaria.

En varios apartados del relato fáctico se refiere que la inclusión se dispuso en el proyecto inicial, y que no se ha acreditado la existencia de otro tipo de influencias o de conversaciones para su inclusión. Así se narra "no se ha acreditado en el acto del juicio oral que dicho informe realizado ya en noviembre de 2007 se hubiera confeccionado bajo presión alguna de los acusados, ni se haya realizado para conveniencia de alguno de ellos o en total connivencia con ellos. No se ha acreditado ningún tipo de concierto entre el alcalde de Borriol o los acusados para la inclusión de dicha finca". En otro apartado se vuelve a añadir "no se ha acreditado en esa fecha de noviembre de 2007 la existencia de un plan preconcebido o de concierto alguno entre los acusados para incluir una porción de terreno. Un segundo momento se produce en el mes de marzo de 2013, derecha en la que la Diputación provincial entra en el proyecto y se cruzan comunicaciones entre el organismo público y el Ayuntamiento sobre los terrenos que se van a ver afectados, en principio excluyendo la parcela NUM011, y respecto a la que el alcalde comunica la necesidad de clarificar si esa parcela se incluye o no, resolviéndose la cuestión en el sentido negativo, en cuya decisión influye que en los medios de comunicación social se había denunciado la pertenencia de la parcela de una sociedad en la que el Vicepresidente de la diputación tenía intereses junto a su familia.

El hecho probado es largo y la fundamentación de la sentencia también. En el primero se narran los hitos de la construcción de la estación depuradora, y los dos momentos en los que se acomete la obra, primero por la Generalitat Valenciana y después por la Diputación provincial, y en la fundamentación de la sentencia, a partir del examen de las pruebas personales y de la documentación, se llega a la convicción, razonada, en la que se refiere que no queda acreditado las connivencias entre los responsables políticos de las instituciones afectadas y los particulares dueños de la parcela que podía estar afectada por la expropiación necesaria para la construcción.

El Ministerio fiscal en su impugnación reitera su alegación y la subsunción realizada destacando el hecho de que la parcela no llegó finalmente incluida en la expropiación al advertirse por los medios de comunicación de que la propiedad de la parcela era de una sociedad en la que participaba el Vicepresidente de la Diputación provincial y sus familiares, y que había utilizado a terceras personas para pasar desapercibidas en la negociación. Además sostiene el Ministerio público que prueba de la necesidad de la inclusión en la obra de la parcela NUM011 es que cuando el asunto trascendió a la opinión pública, se excluyó su incorporación al expediente de expropiación. Sin embargo, el tribunal ha valorado la prueba personal y documental y ha excluido la connivencia y ha declarado que la inclusión obedeció a criterios técnicos expresadas en las memorias justificativas del proyecto. El tribunal destaca en la explicación de la convicción que la finca no pertenecía a la familia, ni a ningún miembro de la misma, al tiempo del primer proyecto y que la inclusión a la obra pública

obedeció a criterios técnicos expuestos y que fue introducida, como parcela que iba a ser expropiada, por la empresa que proyecta la estación sin ninguna interferencia en ese criterio técnico.

Como dijimos en la STS 653/2014, de 7 de octubre: "Lo primero que hemos de tratar en esta Sentencia es la legitimación del Ministerio público para articular una impugnación amparada en la vulneración de un derecho fundamental. Es realmente cuestionable que el Estado, o sus instituciones, pueda ser víctima de una lesión a un derecho fundamental por un órgano del Estado. También es discutible que pueda argüirse el amparo constitucional en situación en la que se ejercita la acción penal contra un ciudadano. Ello porque no es admisible, en términos de derechos fundamentales, que la naturaleza protectora que de los mismos resulta sirva de palanca para actuar en perjuicio del derecho del ciudadano a la presunción de inocencia. Es preciso, por lo tanto, acotar el ámbito de la impugnación del Ministerio fiscal.

Esta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional afirmando, y nos apoyamos en la STC, del Pleno, 175/2001 de 26 de julio, que aunque referida a un supuesto propio de la jurisdicción contencioso administrativa, su doctrina es plenamente aplicable al supuesto de nuestra casación. En la referida Sentencia el Tribunal Constitucional declara que, como regla general, los institutos públicos no son titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Solo excepcionalmente, y en ámbitos procesales delimitados, cabe admitir la atribución a las personas públicas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y señala como tales supuestos los siguientes: a) litigios en los que la persona pública se encuentra en una situación análoga a la de los particulares; b) cuando las personas públicas sean titulares del derecho al acceso al proceso, lo que implica tanto el respeto al principio "pro actione" - acceso a la jurisdicción, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, de la irrazonabilidad y subsanación de errores patentes; y c) también en los supuestos de interdicción de indefensión de la persona pública, de acuerdo al proceso debido". Lo anterior no es sino colorario de lo que el Tribunal Constitucional dijo en su Sentencia 86/1985, de 10 de julio "El Ministerio fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales pero lo hace, y en eso reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos..."

Esta Sala ha recogido en su jurisprudencia una argumentación similar distinguiendo, desde el caso concreto objeto de la casación, los supuestos en los que la sentencia absolutoria es objeto de una pretensión revisora desde la acusación. Al efecto, la distinción que hemos seguido es la de delimitar si la pretensión insta una revisión de la sentencia propiciando una especie de inversión del derecho a la presunción de inocencia, o, por el contrario, la pretensión afecta a la tutela judicial efectiva con los tres contenidos anteriormente señalados, básicamente, arbitrariedad o irrazonabilidad de la motivación, e indefensión de la parte acusadora. Bien entendido que no existe un derecho de la acusación a la condena de una persona sino a actuar el "ius puniendi" ante los tribunales de justicia de acuerdo al proceso dispuesto en el ordenamiento informado por la Constitución (STS 717/2003, de 21 de mayo). (Véase una doctrina similar para fundamentar el alcance de la revisión en la STS 436/2014, de 7 de mayo). El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2003, en el sentido indicado ya previno que la vía de la tutela judicial alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados, lo que reitera que el ámbito de su ejercicio se contrae a la arbitrariedad de la valoración probatoria. En el caso, el Ministerio fiscal sostiene que la motivación del tribunal de instancia es irracional cuando declara no resultar acreditado la connivencia entre funcionarios públicos a los que incumbe un deber de probidad y los particulares, en este caso, titulares de la sociedad propietaria de la parcela. Sostiene en su impugnación porque lo razonable es lo que sostuvo en su acusación. Esa pretensión revisora del hecho supone que por nuestra parte realicemos una revaloración de la prueba, no para afirmar el hecho, que no podríamos al carecer de la precisa inmediación, sino que decidamos que la valoración del tribunal de instancia es irrazonable y, en su consecuencia anulemos la sentencia para que el tribunal dicte otra más observante de los criterios de racionalidad que son los sustentados por la acusación pública, sin entrar a valorar la prueba pues carecemos de los precisos presupuestos de la valoración.

El Ministerio fiscal sostiene de la existencia del presupuesto del delito de fraude a la administración desde lo que considera lógico: los acusados pretendieron la inclusión de una parcela de la que eran propietarios para que fuera expropiada, y la connivencia resulta de la innecesariedad de su inclusión en el paquete de funciones en expropiación para la construcción. Sin embargo, el tribunal de instancia llega a otra conclusión, pues la parcela no fue mantenida en la actuación de la obra en virtud de presiones, o conversaciones de la propiedad con la entidad pública encargada de la construcción, sino que fue la empresa constructora la que al diseñar la estación incluye la parcela en cuestión, por la posibilidad de ampliación y como necesaria para maniobrar, criterio que fue válido en el primer proyecto y que fue posteriormente desechado por la propia Diputación al necesitar reducir costos y también ante la coyuntura mediática acaecida en el año 2014.

El razonamiento del tribunal, por otra parte, extenso y pormenorizado, es razonable y la vía de impugnación no permite una revaloración sino la constatación de una irrazonabilidad que en el caso de esta casación no concurre.

RECURSO DE Isidro

SEGUNDO.- Este recurrente ha sido condenado por un delito de negociación prohibida a los funcionarios públicos (art. 439 Cp). Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración del principio acusatorio, de defensa y a la tutela judicial efectiva que se produce cuando el Ministerio fiscal no ha comunicado al imputado el contenido de la imputación de manera que no ha podido defenderse en el enjuiciamiento. Sostiene que la autorización por el tribunal de la instancia a la modificación de las conclusiones provisionales, debida, según una hipótesis que expresa, lo insostenible de su posición acusatoria respecto a los delitos de prevaricación y de fraude a la administración, le llevó a una nueva acusación basada en el hecho de no abstenerse en la decisión de un órgano colegiado. Entiende que no se formuló acusación por ese hecho y la condena de la sentencia vulnera las exigencias del principio acusatorio.

El motivo carece de contenido casacional y debe ser desestimado. Como dijimos en la Sentencia 844/2016, de 8 de noviembre la vigencia del principio acusatorio parte de una estricta correlación entre la acusación y la declaración judicial de condena realizada por el tribunal, de manera que éste no puede condenar por un delito que no haya sido objeto de acusación y del que, en consecuencia, no se haya podido defender el acusado. Esa conformación del proceso penal, con una parte que acusa, otra que se defiende y un tribunal que decide supone la realización de la justicia de acuerdo a las exigencias derivadas de la observancia del derecho de defensa. Así el tribunal no puede condenar por un delito del que la defensa no haya podido defenderse, no haya podido practicar prueba en su interés y realizar alegaciones en su contra. En el fondo late un aspecto de legitimidad en el ejercicio del ius puniendi. Sólo quien ostenta un interés de accionar penalmente, la acusación pública que ostenta a un interés social, o la particular, que ostenta y defiende su interés particular, pueden hacerlo. De esa pretensión de condena ha de darse traslado a la defensa para actuar su concreto interés en defensa de los derechos que le asisten. Así se conforma un proceso acorde con las exigencias del principio democrático, el debido equilibrio entre la acción y la defensa, con igualdad de armas y vigencia de los principios de contradicción efectiva, igualdad y de defensa.

La esencia del principio acusatorio consiste en asegurar la vigencia del derecho de defensa, propiciando que la defensa del imputado pueda actuar su derecho a defenderse de una previa acusación que le ha sido comunicada y que no pueda verse sorprendido por una subsunción inesperada efectuada por un tribunal que, como hemos señalado, no tiene legitimidad para efectuar un reproche sin una acusación previa. El tribunal se sitúa en el enjuiciamiento como un órgano que recibe una relación fáctica y una subsunción, comunicada a la defensa, y que en el juicio debe proceder a la reconstrucción del hecho con la celebración de la prueba que las partes proponen para su valoración.

Desde la perspectiva expuesta comprobamos que el recurrente ha vertebrado su defensa con plenitud de garantías. El Ministerio fiscal en su escrito de conclusiones provisionales ya recoge una relación fáctica en el que hace constar, como elementos de la acusación, la intervención de este recurrente en una relación de expropiaciones que afectaban a una finca en la que estaba directamente interesado a través de una sociedad de la que era accionista junto al resto de su familia próxima. En el escrito de calificación provisional se hace la imputación sobre el delito objeto de la condena, por lo que no hay vulneración alguna del principio acusatorio al habersele imputado un hecho y un delito por el que ha sido condenado, por lo que ha formalizado su defensa con plenitud de garantías.

Hemos analizado el escrito de conclusiones provisionales y la incorporación al acta del juicio oral de un escrito de conclusiones definitivas. Las narraciones de una a otra, en lo que interesa a la imputación del delito del art. 439 Cp , son mínimas. En ambos se refiere el interés patrimonial del acusado sobre la parcela y ambas, las conclusiones provisionales y las definitivas, recogen la imputación por el delito del art. 439 Cp .

Las observaciones que hace el recurso sobre la imprecisión de los actos tenidos por prevaricadores son ajenos al contenido de la impugnación referida al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios respecto a los que el acusado pudo y se defendió.

En concreto se afirma en el recurso que la acusación, antes de la modificación de las conclusiones, no actuó por el art. 439 Cp lo que ha impedido a la defensa indagar, por ejemplo, a los testigos y a miembros de la Diputación si hubiera narrado su decisión de conocer la vinculación personal del acusado con una de las fincas afectadas por la resolución, lo que le genera indefensión. Trata en el fondo de ese planteamiento un error sobre el ámbito de la tipicidad del delito del art. 439 Cp , al que luego nos referiremos al analizar la impugnación por error de derecho. El tipo penal no persigue penalmente la bondad o maldad de la decisión administrativa,

sino asegurar el deber de imparcialidad del funcionario, en definitiva, el deber de transparencia y probidad que debe regir su actuación.

TERCERO .- Denuncia en este motivo la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia que entiende se produce en la sentencia tanto por inexistencia de prueba sobre el conocimiento de que estaba negociando desde la Diputación provincial de Castellón, de la que era Vicepresidente y encargado de infraestructuras relacionadas con aprovechamientos como el que era objeto de la obra que se acometía, con los propietarios de la parcela NUM011 , inicialmente propiedad de su hija de 20 años de edad y después aportada por esta a una sociedad de la que eran accionistas el recurrente, su mujer y sus hijos.

El recurso, extenso en su exposición, realiza una cuidada motivación sobre el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia y sobre el contenido de la función revisora de este tribunal cuando conoce de impugnaciones como la que es objeto del recurso. Su exposición nos ahorra un comentario sobre el derecho invocado y el alcance de nuestra función casacional.

Además, nos remitimos al fundamento de derecho noveno de la sentencia en el que analiza, desde razones de lógica, la existencia de la precisa actividad probatoria sobre el hecho imputado. Así argumenta, lo poco creíble que resulta que el recurrente afirme que desconocía que la estación depuradora de aguas iba a afectar a una finca propiedad de una sociedad en la que participaba, una finca que había sido propiedad de su hija y aportada a la sociedad en la que el recurrente, como empresa familiar, participaba. Razones de lógica nos llevan a considerar razonable la afirmación del tribunal sobre ese conocimiento, por más que no fuera advertido, lo que es lógico al actuar a través de una sociedad de la que el acusado era accionista junto a su mujer y sus hijos. El tribunal razona sobre ese conocimiento, también sobre la adquisición por su hija de la parcela, a una edad en la que no se dispone de capital necesario para su adquisición, y su aportación a una sociedad de capital suscrito por la familia, lo que evidencia, razonablemente, es conocimiento. Incluso la sentencia refiere que con la firma del documento obrante al folio 87 del tomo III de la causa en la que se adjuntaba el informe del técnico que refería la parcela NUM011 como objeto de la actuación administrativa, ya debí conocer que se tragaba de una parcela en la que estaba patrimonialmente interesado y debió abstenerse, lo que se comprueba.

Nos remitimos al cuidado análisis de la sentencia para destacar la racionalidad sobre el hecho imputado y la acreditación de la participación del acusado en el mismo, así como al análisis de la ley 30/92, vigente al tiempo de los hechos que señala la obligación del funcionario público de abstenerse cuando su función entre en colisión con intereses que pueden comprometer el de la función pública.

El deber de probidad de quienes gestionan intereses públicos obliga a especiales actuaciones para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones señaladas normativamente. El recurrente era, o había sido, Alcalde de la localidad contigua a donde se desarrollaba la actuación de la administración pública bajo la que actuaba y ni el lugar no le era ajeno, y lógicamente conocía que la actuación administrativa actuaba sobre una parcela que patrimonialmente le concernía.

CUARTO .- Analizamos conjuntamente los motivos tercero y cuarto en los que opone sendos errores de hecho en la apreciación de la prueba. Designa, como documentos acreditativo del error, el oficio firmado por el acusado en el que remite el informe técnico en el que se refieren las parcelas afectadas por la construcción de la estación depuradora de aguas residuales del que no resulta, a forma, el conocimiento de que entre esa actuación administrativa se encontraba la parcela de la que era propietario a través de la sociedad de capital familiar. En el segundo motivo, designa el expediente administrativo seguido en la construcción de la estación, desde el proyecto inicial de la Generalitat valenciana hasta la actuación pro la Diputación provincial, del que resulta el error consistente en no poder afirmar el conocimiento de la afectación a la actuación administrativa de la parcela con interés patrimonial del acusado.

El motivo se desestima. Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que recuerda los requisitos que ha de tener un documento, a los efectos del art. 849.2 de la Ley procesal , es decir un documento con entidad para la acreditación de un error en la apreciación de la prueba. En este sentido, y como primer requisito, ha de tratarse de prueba documental, lo que excluye de su consideración otras modalidades de prueba, como confesión, testifical, incluso pericial -con las excepciones que en ésta prueba se ha señalado jurisprudencialmente y que permite su consideración de documento a los efectos del recurso de casación-. La razón de tal exclusión radica, precisamente, en que las pruebas personales, como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del tribunal que con inmediación la percibe. En segundo término, el documento ha de acreditar el error en la apreciación de la prueba. Del documento designado debe resultar, bien un dato fáctico contrario al reflejado por el Juzgador en el hecho probado, bien un hecho no incluido en la declaración fáctica.

Además, el documento designado no debe entrar en colisión probatoria con otros elementos de prueba. Si así ocurriera, corresponde al tribunal de instancia apreciar y valorar la prueba y formar su convicción en los términos resultantes en el art. 741 de la Ley procesal . Por último, el documento designado que acredita un

hecho, en los términos señalados, debe tener relevancia en la subsunción, es decir, debe tener virtualidad para modificar la calificación jurídica de los hechos y, por ende, el fallo de la sentencia.

Los documentos designados por el recurrente carecen de la precisa relevancia en la subsunción. Del documento designado, el oficio de remisión del informe técnico no resulta que conociera o no por la titularidad de la parcela. Es un oficio que refiere un dato. Por otra parte, el tribunal argumenta, con criterios de lógica, sobre ese documento para afirmar que el mismo no contradice ni el hecho de su firma, ni las conclusiones que el tribunal obtiene de esa firma y del documento. Del documento se extrae su existencia y su remisión, pero nada permite concluir sobre el conocimiento, o no, de la actuación sobre la parcela sobre la que estaba patrimonialmente interesado.

En cuanto a los restantes documentos, los mismos no acreditan otra cosa que su existencia y su correspondencia con la actuación administrativa a la que se refieren, pero no acreditan ningún error en orden al conocimiento de la actuación administrativa sobre la parcela de su titularidad.

QUINTO.- En el sexto de los motivos de la impugnación denuncia una infracción legal por error de derecho al aplicar indebidamente el art. 439 del Código penal

La vía impugnativa elegida parte del respeto al relato fáctico, discutiendo, desde ese respeto la errónea aplicación del precepto penal invocado como norma penal sustantiva erróneamente aplicada al relato fáctico.

El art. 439 del Código penal sanciona las conductas de los funcionarios públicos que infringen el deber para con la función pública utilizando esa función para obtener unos fines distintos a los que informa la actuación de la administración, incumpliendo el deber de abstención que pesa sobre el funcionario cuando se producen la colisión de deberes. A su través se trata de obtener un fruto, directo o indirecto, de un beneficio económico, o de otro tipo (STS 965/98, de 17 de julio) el delito se vertebra sobre el deber de abstención del funcionario quien ostenta un interés en la causa sustrayéndose al deber de imparcialidad que debe guiar su conducta (TS 696/2013 de 26 de septiembre).

El bien jurídico radica en la protección del deber de probidad y de imparcialidad de la función pública, así como el patrimonio público, que se ven afectados cuando el funcionario público se incumple ilícitamente su obligación, es pues de un interés propio que lesiona el deber de imparcialidad, sirviendo con objetividad intereses generales, y el particular derivado del particular interés que persigue por sus relaciones con el objeto de su actuación.

El relato fáctico es claro y preciso en la relación de la presencia de un funcionario público, Vicepresidente de la Diputación provincial de Castellón, con competencias en el área de infraestructuras y, concretamente, en la actuación pública que se relata en el hecho, y el aprovechamiento de esa condición para forzar o participar y de esta manera obtener una ventaja o beneficio respecto a un interés particular. En el caso su actuación administrativa respecto de la construcción de una estación de aguas residuales sobre un terreno en el que tenía intereses patrimoniales y que iban a ser afectados por la expropiación para la actuación pública, participando en una actuación administrativa en el que, por estar interesado personal y patrimonialmente, no debió actuar.

Ningún error cabe declarar, por lo que el motivo se desestima.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por **el Ministerio Fiscal** y la representación del acusado **Isidro** , contra la sentencia dictada el día 15 de abril de 2016 por la **Audiencia Provincial de Castellón** , en la causa seguida contra Isidro y otros, por delito de prevaricación.

Condenamos al recurrente Isidro , al pago de la mitad de las costas causadas . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.