



Roj: **STS 1649/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1649**

Id Cendoj: **28079120012022100409**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2022**

Nº de Recurso: **771/2020**

Nº de Resolución: **441/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 441/2022

Fecha de sentencia: 04/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 771/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 771/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 441/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 4 de mayo de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 771/2020, interpuesto por **Juan Enrique**, representado por la procuradora D^a. Pilar Azorín-Albiñana López, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Díaz Fernández; Adrian, representado por la procuradora D^a. Rocío Valentín Moreno, bajo la dirección letrada de D. Fernando Cazorla Marhuenda; y Segundo, representado por la procuradora D^a. Rocío Valentín Moreno, bajo la dirección letrada de D. Fernando Cazorla Marhuenda, contra la sentencia nº 15/2020, de fecha 21 de enero de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 249/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 9 de Alicante, instruyó Procedimiento Abreviado nº 1652/2017, contra Juan Enrique, Segundo, y Adrian, por delito continuado de prevaricación y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 56/2018, dictó sentencia nº 431/2019, de fecha 28 de octubre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<< Juan Enrique asumió personalmente desde su llegada a la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Alicante en junio de 2015, la Concejalía de Comercio Mercados y Consumo, sin delegación por tanto de tal ámbito.

Adrian fue designado funcionario eventual, "Asesor del Equipo de Gobierno (PSOE)", según la literalidad del Decreto de nombramiento, con efectos desde 25 de Junio de 2015.

Por su parte Segundo fue designado Jefe de Gabinete de Alcaldía, con carácter de funcionario eventual del Ayuntamiento de Alicante y con efectos de nombramiento de 1.09.2016.

Juan Enrique, abogado de profesión, decidió que Adrian llevase de facto la responsabilidad de la Concejalía de Comercio. De tal modo Adrian pasó a trabajar con carácter habitual en la Concejalía, ocupando exactamente el despacho destinado al Concejal de Comercio. Sin embargo Juan Enrique no podía legalmente delegar en Adrian competencias de la Alcaldía al no ser aquél miembro de la Comisión de Gobierno ni tener la condición de Concejal.

Durante los meses de noviembre y diciembre de 2016 y por decisión de Juan Enrique, la Concejalía de Comercio contrató, empleando la figura del contrato menor de servicios (cuyo importe, sin incluir el IVA, no puede exceder de 18.000 euros), un total de veinticinco operaciones con diferentes empresas por un importe acumulado de 189.762'86 euros produciéndose el fraccionamiento, deliberado y reiterado por los acusados, de los objetos de las prestaciones a fin de eludir la normativa vigente en materia de contratación administrativa, que exige respeto a los principios de publicidad y concurrencia en nueve de ellos.

Dichas nueve contrataciones debieron haber sido tramitadas legalmente, mediante concurso público en lugar de contrato menor, por referirse a unos mismos objetos y tratarse de unidades funcionales. Si no se siguió la tramitación correcta fue para no superar el límite legal del contrato menor de servicios, llegando a superarse en uno de ellos por un céntimo.

Tal omisión del procedimiento correspondiente en atención a la cuantía en la suscripción de los contratos, fraccionando indebidamente sus importes en las facturas y ajustándolas al límite cuantitativo del contrato menor, lo fue respecto a tres bloques, constituyendo el segundo y el tercer bloque una unidad funcional cada uno de ellos y comprendiendo el primer bloque el contrato que por su cuantía superaba el límite cuantitativo del contrato menor:

- Promoción publicitaria del comercio.
- Financiación y promoción publicitaria de la Gala de los Premios de Comercio 2016.
- Renovación de la cartelería y señales de mercados municipales y mercadillos.

Al operar de tal modo los acusados, su actuación administrativa fue arbitraria al beneficiar, siempre y únicamente, a profesionales elegidos por propia voluntad del Alcalde y de sus asesores.

Las negociaciones y acuerdos relativos a cada uno de los nueve expedientes de contratación, en cuanto se refirió a la elección y al contacto con las empresas, fueron decididos por Juan Enrique y llevados a cabo por el personal de su confianza, los acusados Adrian, asesor del equipo de gobierno del PSOE, y Segundo, Jefe de Gabinete, quien firmó en nombre del Alcalde las órdenes de pago de las facturas correspondientes mediante la firma digital de éste. Aunque Adrian y Segundo carecían de funciones ejecutivas o decisorias, actuaron en nombre y con el conocimiento previo y el consentimiento pleno de Juan Enrique, quien ostentaba la titularidad



de la Concejalía de Comercio y la dirección del proceso, despachando todos los asuntos con los anteriores y siendo el autorizado legalmente de las facultades que permitieron concertar todas las contrataciones.

Segundo y Adrian , al no ser miembros de la Comisión de Gobierno ni Concejales, no podían tener delegadas facultades atribuidas al Alcalde, entre ellas la de contratar.

Las empresas adjudicatarias de los servicios emitieron las correspondientes facturas entre los días 30.11.2016 y 31.12.2016. Las fechas de aprobación de las referidas facturas se sitúan entre los días 27.12.2016 y 23.01.2017 y, tras ellas, fueron elaborados los correspondientes documentos ADO (autorización-disposición y reconocimiento de la obligación).

El día 6.03.2017 el Jefe del Servicio de Comercio Mercados y Consumo, Vidal , remitió a los servicios de Intervención del Consistorio la relación de las 25 facturas mencionadas. A esta relación el Jefe del Servicio adjuntó tres informes en los que advertía al Interventor que podría haberse incurrido en un fraccionamiento del objeto del contrato al haberse excedido el límite que posibilitaba la adjudicación de estos servicios.

Cada informe correspondía a uno de los tres bloques en que Vidal dividió las facturas relativas a los servicios cuestionados:

A) "INFORME: Tramitación de los documentos contables correspondientes a los suministros, servicios y trabajos referentes a las facturas tramitadas con cargo a las partidas NUM000 y NUM001 que seguidamente se relacionan":

Las facturas que se integran en este grupo se refieren a los siguientes proveedores y prestaciones:

a) EXTERIOR MEDIA SPAIN, S.A. Prestaciones: "Alquiler, producción y fijación de papel en 29 vallas formato 8x3 ubicadas en la provincia de Alicante, Diciembre de 2016 con el Lema mercados y Mercadillos de Alicante capital. Alicante Capital". Factura nº NUM002 . Fecha 18.12.2016. Importe (IVA incluido), 10.852'49 euros.

b) GRÁFICAS JUÁREZ, S.L. Prestaciones: "Producción de 30.000 trípticos creatividad "Alicante Capital. Alicante Comercial. 3 modelos; 30.000 desplegados campaña "Mercadoslt; 30.000 trípticos' creatividad "Merqadillosll . 3 modelos. Para campaña "Alicante está de moda. Alicante Capital, Alicante Comercial y Mercados",

Factura nº Emit- NUM003 , Fecha 21.12.2016. Importe (IVA incluido), 10.285'00 euros.

c) ESTUDIO CREACIÓ GENTE, SL. Prestaciones: "Diseño, maquetación y artes finales de campaña; adaptaciones a campaña de prensa Información, El Mundo y la Verdad; Adaptaciones a soportes de publicidad exterior: Vallas y banderolas; Adaptaciones a mupis; Adaptaciones a diversos formatos impresos y formatos digitales (Alicante Plaza); Grabación y creación de jingle y cuña de radio; Creación estrategia de marketing y difusión de campaña de comercio: Branding Day, Campaña "Alicante está de moda. Alicante Capital. Alicante Comercial." Factura nº NUM004 . Fecha 12.12.2016. Importe (IVA incluido), 10.635'90 euros.

d) MEDIAL MEDIOS Y DISTRIBUCIÓN, S.L. Prestaciones: Plan de medios de comunicación, órdenes de reserva, envío de materiales y clipping de comprobantes de prensa y de emisión de: El Mundo Edición Alicante: 4 medias páginas color domingo; La Verdad Edición Alicante: 4 medias páginas color domingo; Cadena Dial Alicante, en programa "Atrévete" 25 cuñas de 20 segundos; 40 Principales Alicante, en programa "Anda Ya", 25 cuñas de 20 segundos. Ser Alicante, 25 cuñas de 20 segundos en rotación y 25 cuñas de 20 segundos en el programa "La Ventana".

Campaña "Alicante está de moda, Alicante Capital. Alicante Comercial", Factura nº NUM005 . Fecha 15.12.2016. Importe (IVA incluido), 10.769 euros.

e) MAKROPRINT IMPRESIÓN DIGITAL, S.L. Prestaciones: "Producción banderolas impresas a doble cara mediante sistema digital hp. 75 farolas-150 banderolas; Incluye, producción, montaje y desmontaje y mantenimiento de la campaña.

Campaña: Alicante está de moda. Alicante capital y Alicante comercial." Factura nº Emit- NUM006 . Fecha 29.12.2016. Importe (IVA incluido), 4.242'56 euros.

f) ARTE QUATRE VICTOR, S.L. Objeto: "Emisión de 317 spots de Televisión en Alicante TV de 31 segundos denominado "Spot Comercio 2015". Noviembre 2016." Factura nº Emit- NUM007 . Fecha 13.12.2016. Importe (IVA incluido), 1.815 euros.

g) EDITORIAL PRENSA ALICANTINA, SAL. Prestaciones: "Publicidad en el Diario Información en la tirada Provincial. Campaña "Alicante está de moda. Alicante Capital. Alicante Comercial". Factura nº NUM008 . Importe (IVA incluido), 21.780 euros.



- h) Salvador . Prestaciones: "Realización de 12 videos con tomas de comercios y calles para difusión del comercio de la ciudad en todos sus formatos y ubicaciones. La difusión se realiza principalmente a través de redes sociales y canal de Youtube, sin descartar su utilización en ferias y promociones turísticas de la ciudad. Descripción: Vídeos por ubicaciones: Centro ciudad; Poeta Quintana; Mercado Central; Mercados municipales de barrio; Mercadillos municipales; Playa de San Juan; Barrios 1; Barrios 2; Barrios 3; Barrios 4; Cruceros. Resumen". Factura nº NUM009 . Fecha 22.12.2016, Importe (IVA incluido), 4232'58 euros.
- i) EVENTUAL, S.L. Prestaciones: "Alquiler, montaje y desmontaje de mupis en la Provincia de Alicante. Producción de 200 papeles de mupis. Campañas "Mercados y mercadillos y Alicante Capital", Factura nº Emit- NUM010 . Fecha 16.12.2016. Importe (IVA incluido), 9.942'57 euros.
- j) ARTE QUATRE VICTOR, S.L. Prestaciones: "Emisión de 176 spots de Televisión en Alicante TV de 31 segundos, 14 de 10,26 minutos y 8 de 17,45 minutos "Spot Comercio 2015". Diciembre 2016". Factura nº Emit- NUM011 . Fecha 29.12.2016. Importe (IVA incluido), 2420 euros.
- k) PUBLICIDAD ALICANTINA, S.A. Prestaciones: "Plan de medios de comunicación, on line, en autobuses: RADIO: Cadena ser, 35 cuñas; Cadena dial, 25 cuñas; Cadena 40, 25 cuñas; Cadena cope 30 cuñas; Onda Cero, 35 cuñas. PRENSA: Información; La Verdad; El Mundo, ON LINE: Información. SOPORTES EXTERIOR: Ascensor Parking Muntayeta; Ascensor Mercado Municipal; Autobuses Urbanos; Campaña en Medios Promoción comercio navidad."Factura nº NUM012 . Fecha 31.12.2016. Importe (IVA incluido), 21.179'11 euros.
- l) UNIPREX, SAU. Prestaciones: "Radiación de 192 cuñas de 32 s. en la emisora Alicante Melodía FM, campaña de comercio". Factura nº NUM013 . Fecha 31.12.2016. Importe (IVA incluido), 1.161'50 euros.
- ll) UNIPREX, SAU. Prestaciones: "Radiación de 163 cuñas de 32 s. en la emisora Alicante CV106, 5 campaña de comercio". Factura nº NUM014 . Fecha 1.12.2016. Importe (IVA incluido), 31551'68 euros.
- m) UNIPREX, SAU. Prestaciones: "Radiación de 48 cuñas de 25 s. en la emisora Benidorm/Villajoyosa EFM, campaña de comercio". Factura nº NUM015 . Fecha 31.12.2016. Importe (IVA incluido), 522'72 euros.
- n) SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L. Prestaciones: "Publicidad no insertable en Programa "Hoy por Hoy" del día 16 de diciembre celebrado en el aeropuerto con motivo de llegada del pasajero 12 millones con entrevista a la Concejala de Turismo." Factura nº NUM016 . Fecha 31.12.2016. Importe (IVA incluido), 2.420 euros.
- ñ) SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L. Prestaciones: "Branding Day de la ciudad, Publicidad no insertable en evento Celebrado en el ADDA 29 noviembre de 2016 dedicado al mundo empresarial," Factura nº NUM017 . Fecha 30.11.2016: Importe (IVA incluido), 4235 euros.
- o) RADIO POPULAR, S.A. COPE. Prestaciones: "Inserción publicitaria 300 Packs Promoción COPE-Cadena 100- COPE diciembre 2016". Factura nº NUM018 . Fecha 21.12.2016. Importe (IVA incluido), 4.840 euros.

En la parte final de este Informe Vidal apuntaba:

"Desde la Concejalía de Comercio se programan actuaciones, actividades,...etc que resultan claves para atender flujos de visitantes al municipio por y tanto posibles compradores a las zonas comerciales de la ciudad, es lo que se entiende por la finalidad de promoción comercial.

Las actividades encaminadas a la promoción comercial pueden ser de muy diversa índole y muy amplias, englobando diversos sectores económicos tales como publicidad, prensa, radio, televisión, animación, espectáculos...etc.

Así, atendiendo a la citada finalidad, desde la Concejalía de Comercio se encargaron los suministros, servicios y trabajos detallados en las facturas anteriores.

A la vista de lo anterior, y de la agrupación realizada y ante el encargo de los trabajos de forma autónoma e independiente, se tiene dudas de si las referidas facturas pueden haber rebasado el importe mínimo de contrato menor, y/o su correspondiente fraccionamiento... presente informe a los efectos se proceda a su aprobación por los trámites que mejor procedan en derecho".

B) "INFORME: Tramitación de los documentos contables correspondientes a los suministros, servicios y trabajos referentes a las facturas tramitadas con cargo a la partida NUM019 que seguidamente se relacionan:"

Las cuatro facturas que se integran en este grupo se refieren a un mismo proveedor:

a) MAKROPRINT IMPRESIÓN DIGITAL S.L. Prestaciones: "Señalización del Mercado de Babel consistente en la Implantación de una imagen gráfica mercado municipal de Babel en: entrada principal; cartel superior imagen mercado municipal; cartel central imagen productos y escudos en el centro imagen; puertas acceso entrada



principal; entrada principal lateral derecho; lona lateral pared imagen productos con logo mercado; cartel superior pared mercado municipal; lateral trasero; cartel mercado municipal; muelle carga y descarga; entrada lateral; cartel superior imagen mercado; cartel central imagen productos y escudos en el centro imagen; puertas acceso lateral derecho; vinilos de suelo entrada principal y entrada lateral derecho; vinilos de suelo mercado municipal babel; cerramientos puestos de venta cerrados; rotulación monoposte a tres caras ubicado en parking del mercado." Factura nº Emit- NUM020 . Fecha 29.12.2016. Importe (IVA no incluido), 12.289,78 euros.

b) MAKROPRINT IMPRESIÓN DIGITAL S.L. Prestaciones: "Señalización del Mercado de Benalúa consistente en la implantación imagen gráfica mercado de Benalúa; fachadas superiores imagen logo mercado; rotulación fachada entrada mercado calle Arquitecto Guardiola; rotulación fachada trasera del mercado calle Carratalá; rotulación fachada parte delantera Avda. Aguilera; vinilos de suelo entradas mercado; puertas acceso mercado calles Pérez Medina y Pérez Guardiola; puerta acceso mercado Avda. Aguilera; carteles para puestos cerrados." Factura nº Emit- NUM021 . Fecha 29.12.2016. Importe (IVA incluido), 9.912,55 euros.

c) MAKROPRINT IMPRESIÓN DIGITAL S.L. Prestaciones: "Lona frontil impresa mediante sistema digital hp frontal de 20,58 x 1,95 mts. lateral de 11,64 x 1,95 mts lateral de 1.95 mts. maquetación archivos, impresión y colocación de la lona para la promoción del comercio en la valla metálica acuario, Plaza Nueva". Factura nº Emit- NUM022 . Fecha 19.12.2016. Importe (IVA incluido), 3.146 euros.

d) MAKROPRINT IMPRESIÓN DIGITAL S.L. Prestaciones: "Señalización del Mercadillo José Manuel Gosálbez como consecuencia del cambio de denominación, aprobada por el Excmo Ayuntamiento Pleno en sesión del día 28.04.2016 (en valenciano y castellano)". Factura nº Emit- NUM023 . Fecha 27.12.2016. Importe (IVA incluido), 7.572,18 euros.

Concluyendo Vidal :

"Por la concejalía de comercio y mercados se ha pretendido proporcionar una imagen nueva, moderna, capaz de señalar el cambio y la renovación a dos mercados municipales y un mercadillo, pero marcando su identidad de calidad y tradición.

Atendiendo a la referida finalidad, la Concejalía de Comercio y Mercados ha encargado estos suministros, trabajos o servicios de forma independiente y autónoma al objeto de obtener una identificación propia de dos mercados municipales y un mercadillo como establecimientos tradicionales para el abastecimiento de alimentos, para tener unos efectos multiplicadores sobre su actividad y su atractivo. Asimismo, se ha intentado con la señalización de las obras de la plaza Nueva para remediar los efectos adversos que éstas tienen sobre el comercio del entorno.

A la vista de lo anterior, y de la agrupación realizada y ante el encargo de los trabajos de forma autónoma e independiente, se tiene dudas de si las referidas facturas pueden haber rebasado el importe mínimo de contrato menor, y/o su correspondiente fraccionamiento...presente informe a los efectos se proceda a su aprobación por los trámites que mejor procedan en derecho".

C) "INFORME: Tramitación de los documentos contables correspondientes a los suministros, servicios y trabajos referentes a las facturas tramitadas con cargo a las partidas NUM000 y NUM001 que seguidamente se relacionan:

Las facturas que se integran en este grupo se refieren a un único proveedor:

a) PUBLICIDAD ALICANTINA, S.A. Prestaciones: "Diseño de una página web para promocionar los Premios de Comercio de Alicante; Desarrollo web; Alojamiento de la página en servidor propio; Ajuste de los logos de los participantes poniéndonos en contacto con los aspirantes a los premios de comercio; Subida de actualizaciones y fotos de la gala; Edición de los Premios al comercio 2016." Factura nº NUM024 . Fecha 31.12.2016, Importe (IVA incluido), 4.234,78 euros.

b) PUBLICIDAD ALICANTINA, S.A. Prestaciones: "Elaboración de 5000 trípticos formato 480x160 mm (abiertos) impresos a 4+4 tintas sobre papel estucado mate de 200 gr. Entrega plegados a formato 160x160 con hendiduras; Elaboración de rutas para el reparto; 8 azafatas divididas en grupos de 2 que fueron por las rutas establecidas informando a los comerciantes y dejando los trípticos en cada establecimiento; Para distintas zonas comerciales del Municipio.

Campaña captación participantes edición de los Premios al comercio 2016." Factura nº NUM025 , Fecha 30.11.2016. Importe (IVA incluido), 1.729,22 euros.

c) PUBLICIDAD ALICANTINA, S.A. Prestaciones: "Prensa: -Información; 3x5 color. Dos publicaciones; -La Verdad; 3x5 color. Dos publicaciones; -El Mundo; 3x5 color. Dos publicaciones. Radio: -Cadena Ser; 20 cuñas;



-Cadena cope; 20 cuñas; -Cadena 40; 20 cuñas; -Onda Cero; 20 Cuñas; Online: Megabanner flotante del 16 al 25 de noviembre. Campaña promoción y difusión premios de comercio 2016." Factura nº NUM024 . Fecha 31.12.2016. importe (IVA incluido), 11.756,28 euros.

d) PUBLICIDAD ALICANTINA, S.A. Prestaciones: "-Producción de la imagen gráfica y adaptación los diferentes soportes. -Montaje de la gala; vinilos, foams, audiovisuales, etc; -Producción y realización de la gala mediante 3 cámaras y fotografía. Edición de un vídeo de la gala. -Servicio de azafatas. -Contratación de actuación; Cris La Voz. -Ampliación de la rampa de acceso al escenario para personas con movilidad reducida. -Realización de los trofeos a entregar en la gala. Gala Edición de los Premios al comercio 2016." Factura nº NUM026 . Fecha 31.12.2016. Importe (IVA incluido), 14.632,87 euros.

Advirtiendo por último Vidal :

"Desde la concejalía de comercio se organiza anualmente una edición de los "Premios de Comercio" que tiene como finalidad el reconocimiento del Ayuntamiento de Alicante a los comerciantes que contribuyen a la innovación, modernización, promoción y mejora de la imagen del sector comercial de la ciudad.

Los premios de la ciudad de Alicante al comercio se convocan por la concejalía de Comercio con una convocatoria anual. En 2016 era la XXIII edición. Las modalidades de premios han variado desde su inicio acomodándose a la propia estructura y formatos comerciales en la ciudad y las recomendaciones de los jurados que se seleccionan cada año. Una vez abierta la convocatoria anual, los comercios interesados en participar, suben sus datos, fotografías del establecimiento, memoria del comercio etc a la web www.premiosdecomercio.com único sistema para poder participar. Finalizado el plazo de recepción de candidaturas, se reúne el jurado formado por representantes de la Concejalía de comercio y mercados, técnicos y personas relacionadas con el sector comercial que valora a los candidatos a partir de los criterios establecidos en las bases de convocatoria y emite el fallo. Los premios se entregan en una gala a la que asisten todos los candidatos, representantes de asociaciones, prensa y autoridades.

Así, atendiendo a la citada finalidad, desde la Concejalía de Comercio se encargaron los suministros, servicios y trabajos detallados en las facturas anteriores.

A la vista de lo anterior, y de la agrupación realizada y ante el encargo de los trabajos de forma autónoma e independiente, se tiene dudas de si las referidas facturas pueden haber rebasado el importe mínimo de contrato menor, y/o su correspondiente fraccionamiento, por ello se emite el presente informe a los efectos se proceda a su aprobación por los trámites que mejor procedan en derecho."

El Jefe del Servicio de Comercio Mercados y Consumo, Vidal , emitió los informes que han sido transcritos, en el ejercicio de las funciones que tenía legalmente atribuidas y una vez que, al estar concluso en lo que afectaba a su Dependencia, el expediente debía ser remitido desde el Servicio que dirigía a los Servicios de Intervención del Consistorio.

La Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, a instancias del Interventor General, dictaminó en fecha 10.03.2017 a modo de conclusión:

"De conformidad con lo expuesto en el presente Informe, los contratos menores debieran proibirse del uso habitual del Ayuntamiento, en virtud del carácter absolutamente residual y limitado que debe caracterizarles.

No obstante ello el uso de los mismos no supone infracción del ordenamiento siempre que se respeten los límites formales de los mismos establecidos en los arts. 111 TRLCSP y concordantes, y además no se utilicen de modo fraudulento para evitar la publicidad y las formalidades de los contratos.

Eso sí, en ningún caso puede entenderse que concurre fraude o fraccionamiento ilegal de modo directo o automático en los supuestos de diversos objetos contratados con el mismo contratista, debiéndose tener en cuenta el concepto de unidad funcional que se ha expuesto en el cuerpo del presente escrito.

Es cuanto se tiene el honor de informar, salvo opinión mejor fundada en derecho. No obstante, Ud. resolverá."

El propio Jefe de Servicio de Comercio, Mercados y Consumo, Vidal , suscribió en fecha 27.03.2017 una Memoria en la que, adjuntando los tres informes emitidos de fecha 6.03.2017, reflejaba:

"Durante el ejercicio 2016 por la Concejalía de Comercio se han realizado gastos que ascienden a la cantidad total de 189.762,86 euros que según tres informes emitidos con fecha 6-03-17 podrían agruparse en las siguientes actuaciones: actividades de promoción del comercio en general, edición de los premios de comercio para promoción comercial y renovación de dos mercados municipales y un mercadillo...tal y como se señala en dichos informes- ante el encargo de los trabajos de forma autónoma e independiente, se tiene dudas de si las referidas facturas pueden haber rebasado el importe mínimo del contrato menor y/o su correspondiente fraccionamiento, por ello se emite el presente informe a los efectos se proceda a su aprobación por los



tramites que mejor procedan en derecho. Dichos trabajos y suministros fueron prestados por los respectivos profesionales y empresarios...se corresponden con precios del mercado...ello no obstante, ante las dudas expresadas acerca de la legalidad del procedimiento de contratación seguido procedería...iniciar expediente de nulidad del citado procedimiento...disponiendo la ulterior remisión de las actuaciones al órgano consultivo de la Comunidad Autónoma... "

Ese mismo día 27.03.2017 el Interventor del Ayuntamiento dio su "Visto Bueno" a que fuese sometido a la Junta de Gobierno Local el expediente, que se estimaba concluso, de reconocimiento extrajudicial de créditos por importe de 189.762,86 euros. También esa fecha fue presentada por Juan Enrique en el ejercicio de sus funciones de Alcalde, Propuesta de Acuerdo a la Junta de Gobierno Local. El EPÍGRAFE de la Propuesta era: "Iniciación de expediente de nulidad de declaración de nulidad de procedimiento contratación al amparo de los artículos 106.1 de la Ley 39/2015 y 34 del Real Decreto Legislativo 3/2.11. Reconocimiento extrajudicial de créditos y convalidación relativo a gastos del ejercicio 2016 realizados por el Servicio de Comercio, Mercados y Consumo como consecuencia de servicios, trabajos y suministros por importe total de 189.762,86 euros."

En la sesión de la Junta de Gobierno Local del día 4.04.2017, y tras ser introducido en el Orden del Día con urgencia, fue aprobado el acuerdo relativo a los veinticinco contratos menores a los que se referían las veinticinco facturas cuestionadas, y ello conforme a la propuesta de fecha 27.03.2018, presentada por el Alcalde de la Corporación en los términos que han sido indicados.

No fue tramitado ningún expediente de contratación respecto a las veinticinco facturas litigiosas; el expediente relativo a cada uno de los servicios se integra únicamente por la factura en cuestión y el documento ADO, por lo que las contrataciones se realizaron de forma directa con el proveedor y, seguramente, de forma verbal, sin la intervención en veintidós de ellas de los técnicos de Comercio, contraviniendo la forma de actuar de la Concejalía de Comercio y que consistía en que hasta 500 € se adjudicaba de forma directa y a partir de tal cantidad se pedían tres presupuestos.

Los acusados actuaron arbitrariamente al adjudicar los servicios y, ante la falta de expediente de contratación, no fue emitido informe alguno de valoración de los servicios, quedando a la discrecionalidad de los acusados, servicios que, como se ha indicado, fueron finalmente satisfechos tras ser aprobado su pago por el órgano competente, la Junta de Gobierno Local, pago que fue propuesto por Juan Enrique, como titular de la Concejalía de Comercio Mercados y Consumo.

Ahora bien de estas 25 facturas nueve de ellas superan la mera irregularidad administrativa y son las siguientes: la emitida por Editorial Prensa Alicantina, SL por un total con IVA de 21.780 € y sin IVA de 18.000€, excediendo por un céntimo del tope máximo del contrato menor, las englobadas en el bloque "financiación y promoción publicitaria de la Gala de los Premios del Comercio 2016" (cuatro facturas emitidas por la mercantil Publicidad Alicantina, SA, por importes de 4.234,78, 1.729,22, 14.632,87 y 11.756,28 euros, lo que hacía un importe total acumulado de 32.353,15 euros) y las incluidas en el bloque "renovación de la cartelería y señalética de dos mercados municipales y un mercadillo" (cuatro facturas emitidas por la mercantil Makroprint Impresión Digital, SL, por importes de 7.572,181, 3.146,00, 12.289,78 y 9.912,55 euros, por un importe total acumulado de 32.920,51 euros). Respecto a estas nueve facturas, los acusados contravinieron, consciente y plenamente, los principios de la contratación relativos a la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato de todos los ciudadanos, cercenando el logro de un eficiente uso de los fondos públicos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. >>

SEGUNDO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<LA SALA ACUERDA:

A) CONDENAR a Juan Enrique como autor de un delito continuado de prevaricación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO QUE IMPLIQUE EL EJERCICIO DE LOS CARGOS DE ALCALDE, TENIENTE DE ALCALDE O CONCEJAL DE CUALQUIER CORPORACIÓN LOCAL.

B) CONDENAR a Adrian como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO QUE IMPLIQUE EL EJERCICIO DE LOS CARGOS DE ASESOR Y/O FUNCIONARIO DE CUALQUIER CORPORACIÓN LOCAL.

C) CONDENAR a Segundo como cooperador necesario de un delito de prevaricación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO QUE IMPLIQUE EL EJERCICIO DE LOS CARGOS DE ASESOR Y/O FUNCIONARIO DE CUALQUIER CORPORACIÓN LOCAL.

Igualmente, se les condena al pago de las costas causadas en este procedimiento.

Practíquense las anotaciones oportunas en los libros registro y en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

>>

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación por las representaciones procesales de Juan Enrique , Adrian y Segundo , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en el Rollo de Apelación nº 249/2019, dictó sentencia nº 15/2020, de fecha 21 de enero de 2020, con el siguiente pronunciamiento:

<<PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Juan Enrique y Adrian .

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, con la única salvedad de que la pena impuesta, a Juan Enrique y Adrian , como autores de un delito continuado de prevaricación, será de 12 años de inhabilitación en el sentido que consta en el fallo de la sentencia y además, igual tiempo para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y para Segundo la pena de 9 años de inhabilitación en el mismo sentido que consta en el fallo de la sentencia y además por igual tiempo para el ejercicio de derecho de sufragio, imponiendo de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Juan Enrique :

Primero.- Por infracción de Ley, al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 de la LECrim en relación con indebida aplicación del art. 404 del Código Penal.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim y artículo 5.4 de la LOPJ, al haberse vulnerado por la sentencia recurrida los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, y más concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a obtener una sentencia motivada y derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.2 de la Lecrim, por error en la apreciación de la prueba.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la Lecrim por consignar como hechos probados, conceptos, que por su carácter jurídico, suponen la predeterminación del fallo.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim y artículo 5.4 de la LOPJ, al haberse vulnerado por la sentencia recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva y un proceso penal con todas las garantías (art. 24.1 y 2) en relación con art. 9.3 y 10.2 de la CE, concretado en la prohibición de reformatio in peius, principio de congruencia y principio acusatorio.

Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 de la LECrim en relación con infracción del art. 74 del Código Penal.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Adrian :

Primero.- Por infracción de ley al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 LECrim en relación con indebida aplicación del art. 404 CP.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado por la sentencia recurrida los derechos fundamentales del recurrente reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, y más concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a obtener una sentencia motivada y derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 (debió decir 849.2) LECrim por error en la apreciación de la prueba.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim por consignar como hechos probados, conceptos que por su carácter jurídico, suponen predeterminación del fallo.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso penal con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) en relación con el art. 9.3 y 10.2 CE, concretado en la prohibición de reformatio in peius, principio de congruencia y principio acusatorio.



Motivos aducidos en nombre del recurrente Segundo :

Primero.- Por infracción de ley al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 LECrim en relación con indebida aplicación del art. 404 CP.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado por la sentencia recurrida los derechos fundamentales del recurrente reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, y más concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a obtener una sentencia motivada y derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 (debió decir 849.2) LECrim por error en la apreciación de la prueba.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim por consignar como hechos probados, conceptos que por su carácter jurídico, suponen predeterminación del fallo.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso penal con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) en relación con el art. 9.3 y 10.2 CE, concretado en la prohibición de reformatio in peius, principio de congruencia y principio acusatorio.

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

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para vista, se celebró la misma el día 6 de abril de 2022. Con asistencia de los Letrados recurrentes D. José Antonio Díaz Fernández, en nombre de Juan Enrique , y D. Fabio , en nombre de Segundo , y Adrian , quienes mantuvieron sus recursos informando. El Ministerio Fiscal se ratificó en su informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSOS INTERPUESTOS POR Juan Enrique , Segundo Y Adrian

PRELIMINAR.- Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana nº 15/2020, de fecha 21-1-2020, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por Juan Enrique , Adrian y Segundo , contra la sentencia nº 431/2019, de fecha 28-10-2019, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, que había condenado a Juan Enrique como autor de un delito continuado de prevaricación, a la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el ejercicio de los cargos de alcalde, teniente de alcalde o concejal de cualquier Corporación Local; a Adrian como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación, a la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el ejercicio de los cargos de asesor y/o funcionario de cualquier Corporación Local; y a Segundo como cooperador necesario de un delito de prevaricación, a la pena de 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el ejercicio de los cargos de asesor y/o funcionario de cualquier Corporación Local, revocando la misma en el único extremo de aumentar las penas de inhabilitación especial en cuanto a su duración: 12 años para Juan Enrique y Adrian , y 9 años para Segundo , se interpone el presente recurso de casación por los tres acusados. Juan Enrique por seis motivos: infracción de ley art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 404 CP; infracción de precepto constitucional art. 852 LECrim, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a obtener sentencia motivada y presunción de inocencia; infracción de ley por error en la apreciación de la prueba; quebrantamiento de forma art. 851.1, predeterminación del fallo; infracción de precepto constitucional art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, tutela judicial efectiva y proceso con todas las garantías, prohibición reformatio in peius, incongruencia y principio acusatorio; infracción de ley, art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 74 CP, indebida aplicación del delito continuado; Adrian por cinco motivos coincidentes con los mismos ordinales del recurso del anterior recurrente; y Segundo por los mismos motivos que el anterior.

Debemos por ello efectuar unas consideraciones previas sobre la nueva concepción del recurso de casación instaurado por la Ley 41/2015, contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional) que han conocido en apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales (o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

Una ya consolidada doctrina jurisprudencial (vid. SSTS 499/2019, de 23-10; 461/2020, de 17-9; 655/2020, de 3-12; 351/2021, de 28-4; 635/2021, de 14-7; 203/2022, de 7-3) recuerda que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada



en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo y 1249/2009 de 9 de diciembre.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 20 diciembre 2018, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.



En esta dirección la STS 476/2017, de 26-6, recuerda que la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Además, la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende, el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que competa la revisión a través de la apelación. La ley ha instaurado una previa apelación lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal, infracción de ley por error de derecho, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, se excluyen las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación.

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es,



precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). En cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de instancia, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

Desde esta perspectiva analizaremos los recursos interpuestos, bien entendido que por razones metodológicas y de técnica procesal, alteraremos el orden de los recursos; principiando por los interpuestos por infracción de precepto constitucional, arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, continuando por los quebrantamientos de forma art. 851.1 LECrim, para finalizar por las infracciones de ley art. 849.2 LECrim error en la apreciación



de la prueba basado en documentos, y art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de preceptos penales arts. 404 y 74 CP.

RECURSO Juan Enrique

PRIMERO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a obtener una sentencia motivada y derecho a la presunción de inocencia.

1.1.- El desarrollo argumental del motivo hace necesario examinar los contenidos y garantías de uno y otro derecho fundamental (tutela judicial y presunción de inocencia) conforme a reiterada doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en SSTs 119/2015, de 12-3; 286/2016, de 7-4; 719/2016, de 27-9; 778/2017, de 30-11.

Así, el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE comprende, - STS 203/2022, de 7-3- entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada un derecho de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma bastante, las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que como se dice en la STS. 714/2014 de 12.11, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Por ello la motivación requiere del tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios establecidos para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado, y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho



del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permita conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica), y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica), al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento, y finalmente constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Ahora bien cuando se trata de la llamada motivación fáctica, la STS. 32/2000 de 19.1, recordó que la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

Siendo así resulta relevante destacar -como hemos dicho en STS. 577/2014 de 12.7- que la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art.- 24.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha entendido que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo inculpativo, como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6, existe "una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o motivada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin la motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9, FJ.2, 120/99 de 28.6, 249/2000 de 30.10 FJ.3, 155/2002 de 22.7 FJ. 7, 209/2002 de 11.11 FJ. 3, 163/2004 de 4.10 FJ.9).

Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico inculpativo es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE, y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

El incumplimiento del deber de motivación fáctico ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculcado (SSTC. 5/2000, 139/2000, 149/2000, 2002/2000).

No obstante el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial efectiva, dado que está precisamente en juego aquel derecho y en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando la condena lo sea a penas de prisión (SSTC. 2009/2002 de 11.1, 169/2004 de 6.10, 143/2005). Esta explicitación debe conectarse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia y transmitir la información necesaria para comprobar "desde un punto de vista subjetivo que cuando el Juez llegó a la conclusión fáctica que expresa, lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable, y desde una perspectiva objetiva que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables" (STC. 145/2005).

En definitiva, como hemos dicho en STS. 10/2015 de 29.1, con cita SSTs. 151/2011 de 10.3, 1429/2011 de 30.12, 241/2012 de 23.3, 631/2012 de 9.7, la presunción de inocencia implica que la decisión de condena debe venir avalada por la constatación de la existencia de motivos, en los que se funde la afirmación de los elementos del delito. Por ello, al decidir el recurso, cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse si es aceptable o no la afirmación de que tales motivos existen.

Por el contrario, el derecho de tutela judicial, además de que no alcanza solamente a los supuestos de sentencia de condena, ni es alegable solamente, por ello, por quien es condenado, alcanza a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos que funda la absolución o la condena.



De ahí que resulte inadmisibile la formulación, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial, de una pretensión que, a modo de presunción de inocencia invertida, inste la afirmación de existencia de aquellos motivos para obtener una sentencia de condena. El derecho a la tutela judicial no alcanza a la existencia o inexistencia de tales motivos.

Tal diferencia de contenido se traduce en una esencial diferencia de los efectos de la vulneración de una u otra garantía. La vulneración de la garantía de tutela judicial aquel derecho justifica solamente la exigencia de que sea dictada nueva resolución, mientras que en el caso de estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de motivos para la condena, la resolución que procede es la de absolver al acusado.

Por su parte el Tribunal Constitucional se refiere, por un lado, a lo que denomina la "cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada" afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. El matiz determinante será el grado de incumplimiento de la obligación de motivar. El derecho a la tutela judicial se satisface con un grado mínimo. Basta con que la sentencia permita la cognoscibilidad de la ratio decidendi. Pero si éste no se alcanza se habrá vulnerado el más exigente canon de la presunción de inocencia. (SSTC 9/2011 de 28 Feb. 2011 y las ahí citadas SSTC 5/2000), de 17 de enero, FJ 2; 249/2000 de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002 de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005 de 6 de junio, FJ 4); 245/2007 de 10 de diciembre, FJ 5). En la STC 107/2011 de 20 de junio se reitera que el derecho a la tutela se considera satisfecho siempre que la motivación no acoja una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurra en un error patente.

1.2.- Y en cuanto a la presunción de inocencia, como ya hemos expuesto en el "Preliminar" de esta misma resolución, "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa." (STS 582/2020, de 5-11).

En definitiva, el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de apelación del TSJ, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquellas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

1.3.- Desde esta perspectiva, se insiste, procede analizar la impugnación del recurrente.

El motivo cuestiona la participación del Sr. Juan Enrique en cuanto a la elección y al contacto con las empresas que emitieron las nueve facturas a las que se limita la prevaricación, esto es: Editorial Prensa Alicantina SA; Publicidad Alicantina SA; y Makroprint SL, cuyos respectivos representantes Aquilino , Baltasar y Benedicto , manifestaron no conocer, no haber negociado con Juan Enrique , lo que confirmaron en sus declaraciones los coacusados Adrian y Segundo .

Entiende que la única participación del Sr. Juan Enrique en los hechos objeto de enjuiciamiento es a posteriori -lo que excluye ya de por sí los requisitos exigidos para considerar a alguien culpable de prevaricación administrativa- una vez que Vidal , Jefe de Servicio de Comercio, elabora un informe poniendo en duda las facturas.

Hace referencia a las declaraciones de los letrados de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Alicante, Darío , Desiderio , quienes pese a entender que no entraba dentro de su competencia, reconocieron que en su opinión no nos encontrábamos ante un supuesto de fraccionamiento de contratos en las facturas investigadas, lo que ratificaron los testigos, administrador de Makroprint SL y el director de eventos de Publicidad Alicantina SA.

El motivo deviene improsperable.



1.4.- En efecto, la sentencia recurrida -F.D. 4º- acepta los fundamentos de la sentencia de la Audiencia Provincial y entiende que, en primer lugar, hay que determinar la existencia o no de una unidad funcional en las facturas, y caso afirmativo, era obligado la formalización de un contrato único. En segundo lugar, hay que determinar la autoría y participación de los acusados: el Alcalde Sr. Juan Enrique como autor y los otros dos recurrentes, Sres. Adrian y Segundo, como cooperadores. Y en tercer lugar, el elemento subjetivo del delito.

- En relación a los dos primeros extremos, la sentencia de instancia valoró las testificales de Jon, Jefe del Servicio de Comercio; Darío, Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento; Desiderio, Letrado de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento; Pascual, Portavoz del Ayuntamiento y Concejal de Contratación; Teodosio, Técnico de la Concejalía de Comercio; Julia, Jefa del Departamento de Comercio; Argimiro, Jefe del Departamento de Mercado; y Aurelio y Luz; así como las declaraciones de los acusados, contestando en el plenario solo a sus defensas y las anteriores en instrucción, leídas en el juicio oral en base a lo dispuesto en el art. 714 LECrim, quienes manifestaron no saber nada de la contratación, ni tener vinculación alguna con las empresas contratadas. Y del cómputo de toda esa prueba, incluida la documental de las facturas no cuestionada, considera "incuestionable que los gerentes o responsables e las empresas contrataron con la Concejalía de Comercio, quien les explicó en cada caso lo que querían, es decir, se realizaron contratos verbales, siguiendo las directrices del Sr. Juan Enrique, quien tenía pleno conocimiento, por su condición de Alcalde, de que se había asignado por el Pleno del Ayuntamiento a la Concejalía de Comercio una modificación de crédito, es decir, que se disponía de una cantidad extra de 200.000 € a finales de año, con lo que si se quería ejecutar esa cantidad adicional con su tramitación como expediente de contratación ordinario no daba tiempo y por ello acudió a la figura de contrato menor con fraccionamiento de los mismos."

Y si bien es cierto que no existen criterios generales, al ser el concepto de "unidad operativa o funcional" indeterminado, la sentencia recurrida ratifica el criterio de la Audiencia sobre su concurrencia en los bloques segundo y tercero de los contratos menores -cuatro en cada uno de ellos-. Así, respecto al segundo bloque "Financiación y promoción publicitaria de la Gala de los Premios de Comercio 2016" las 4 facturas se refieren a un único proveedor, todos los contratos de la simple lectura se refieren a publicidad dirigida a la organización del premio Gala, es decir tiene la misma finalidad; en consecuencia, mismo proveedor, mismo objeto, fechas de las facturas muy próximas, que el límite de la suma de las cuanto facturas excede de 18000, llevan a la sala con respaldo de la resolución recurrida a considerar que se produjo un fraccionamiento del contrato único al estimar que existe una unidad funcional, en el sentido antes descrito.

En cuanto al tercer bloque "Renovación de la cartelería y señales de mercados municipales y mercadillos", las cuatro facturas también se refieren al mismo proveedor, con fechas de 29/12/2016 salvo una de 217/12; el objeto del servicio contratado es respectivamente la "Señalización del mercado de Babel" por importe de 12.289,78e, "Señalización del Mercado de Benalua" por importe de 9.912,55e, "...maquetación, archivos, impresión y colocación de la lona para la promoción del comercio en la valla metaliza acuario, Plaza nueva" por importe de 3.146e y "señalización del mercadillo José Manuel Gosalbez" por importe de 7.572,18e; del simple enunciado se desprende que al menos tres de ellas se refieren a rotulación y señalización de mercados o mercadillos, luego existe una unidad funcional en el contenido y al superar la suma límite del contrato menor hay un fraccionamiento ilegal puesto que debió llevarse a cabo un solo contrato y haberse sometido a las normas y procedimiento del contrato ordinario.

Todo lo cual queda ratificado por la Propuesta presentada por el Alcalde Sr. Juan Enrique de Acuerdo a la Junta de Gobierno Local "iniciación de expediente de nulidad de procedimiento de contratación...Reconocimiento extrajudicial de créditos y convalidación relativo a gastos del ejercicio 2016 realizados por el Servicio de Comercio, Mercados y Consumo como consecuencia de servicios, trabajos y suministros por importe de 186.762,86e", en la que se constata la ilegalidad e ilicitud de los referidos contratos. Sin que la alegación realizada de que se desconoce el objeto concreto de cada contrato pueda prosperar habida cuenta, no solo la prueba documental aportada detalla el objeto de los contratos, sino las declaraciones testificales practicadas el día del juicio oral valoradas correctamente en la sentencia.

En definitiva, fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda reúne todos y cada uno de los requisitos del delito de prevaricación, en la medida en que se trata de una decisión administrativa con efectos jurídicos (la tramitación de una serie de contratos menores en lugar de un contrato ordinario, todos ellos iniciados con su "conformidad" como Concejal Delegado del Área) que se realiza infringiendo groseramente las más elementales reglas que rigen en el ámbito jurídico en el que se adopta.

1.5.- Respecto a la concurrencia del elemento subjetivo, la sentencia recurrida considera que se trata de un comportamiento que se hace a sabiendas, descartando cualquier tipo de error con relevancia jurídica, pues desde luego si algo aprende desde el primer día cualquier autoridad responsable de la contratación administrativa es en qué circunstancias puede contratar directamente con una empresa de su elección (en el



caso del contrato de obras cuando no alcanza determinada cuantía) y cuándo debe hacerse a través de un procedimiento formal tramitado en Secretaría, como también, y correlativamente, aprende desde un primer momento que no es lícito dividir el objeto del contrato para eludir esa necesidad de que se tramite un expediente de contratación en Secretaría y, en su lugar, adjudicar "a dedo" un contrato. Nos encontramos ante nociones básicas sobre las que el sujeto ha de desarrollar su actividad pública respecto de las cuales, precisamente por ese carácter básico y elemental, no puede alegar error con eficacia jurídica en el orden penal, sin olvidar que el Sr. Juan Enrique, abogado, se reservó, siendo Alcalde, la Concejalía de Comercio y diseñó su funcionamiento poniendo, de hecho, al frente de la misma al coacusado Adrian, sabiendo que no podía legalmente delegar competencias de la Alcaldía, al no ser aquel miembro de la Comisión de Gobierno, ni tener la condición de Concejal.

1.6.- Por último, en cuanto al cuestionamiento que se hace por el recurrente de que a la hora de declarar acreditado la connivencia entre los acusados -al menos con Adrian- se haya aplicado por las sentencias de instancia y apelación las reglas de la prueba indiciaria, es cierto, como hemos dicho en SSTs 719/2014, de 12-11; 580/2021, de 1-7; 203/2022, de 7-3; y STC 133/2011, de 18-7, que a falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria es válida para enervar el derecho a la presunción de inocencia siempre que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales de la cual quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (por todas SSTs. 1/2009 de 12.1, 108/2009 de 11.5, y 25/2011 de 14.3).

La prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, en segundo lugar, se explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común (por todas STC. 25/2011 de 14.3).

Ahora bien tiene afirmado el Tribunal Constitucional -entre otras SS. 111/2008 de 22.9, 111/2011 de 4.7-, que el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (SSTC. 229/2003 de 28.12, 109/2009 de 11.5, 70/2010 de 18.10).

Bien entendido -hemos dicho en SSTs. 577/2014 de 12.7, 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6- que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de este último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamenta sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista



la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

Ahora bien, las sentencias de instancia y apelación no utilizaron exclusivamente la prueba indiciaria para inferir la existencia y prueba del elemento subjetivo del injusto del delito de prevaricación, sino, tal y como se razonó anteriormente, valoró otras pruebas como testificales, documentales, e incluso la propia declaración del acusado.

No hay pues, vacío probatorio sobre la autoría del recurrente, ni la valoración del TSJ asumiendo la del tribunal de instancia puede calificarse de arbitraria.

1.7.- Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del hoy recurrente quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, y en la interesada valoración de testificales, olvidando que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11- "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

SEGUNDO.- El motivo quinto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2) en relación con el art. 9.3 y 10.2 CE, concretado en la prohibición de reformatio in peius, principio de congruencia y principio acusatorio.

Considera que la sentencia del TSJ ha incurrido en la infracción del referido precepto constitucional al condenar al recurrente a una pena superior a la impuesta en la instancia y a la solicitada por el Ministerio Fiscal y además añade una pena accesoria no impuesta ni en la sentencia ni solicitada por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación ni en el plenario, sin que la parte hubiera planteado la revisión en ese aspecto en su recurso.

El motivo, que es apoyado parcialmente por el Ministerio Fiscal, deberá ser estimado.

2.1.- En efecto, la línea mayoritaria y tradicional del TS y TC venía admitiendo que el Tribunal podía imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites establecidos legalmente, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva directamente de la ley no de las pretensiones de las partes y la individualización de la pena corresponde únicamente al tribunal y no la acusación, STS 6-6 y 21-10-88; 6-4 y 19-11-89, 11-11-91, 15-10-92, 788/99, de 14-3; 937/99 de 11-6 y Acuerdo Pleno no Jurisdiccional de 14-7-93 que admitió la "posibilidad de que se imponga una pena privativa de libertad de duración real superior a la pedida por las acusaciones, pero dentro de la señalada por la ley al delito y siempre que se motive esa discrepancia".

Esta doctrina precisa que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al "petitum" de las partes, sino sólo por el objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un "crimen, sino un "factum", que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho punible objeto de la acusación, sin incurrir en incongruencia", aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal.

No obstante un sector doctrinal, se dice en la STS 1426/2005 de 1-12, ya entendió que tal decisión podía infringir el principio acusatorio al actuar el tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza un defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal, y ello dio lugar a que la Sala Segunda realizase una interpretación del art. 789.3 LECrim., en la sentencia 1319/2006 de 12.1.2007, entendiendo que la razón que



justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno.

Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, "se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia" (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Cierto es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como consecuencia de este reproche casacional, se debatió en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal:

"El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 794.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: "... La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones..." Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio.



Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: "lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación" (ad exemplum, STC 278/2000 de 27 de diciembre).

De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros).

Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, porque "siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto", "los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales ...", y desde luego, sin descender a la "arena del combate". Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Tomás . Tomar partido en la pena a imponer, por encima de lo postulado por las acusaciones, es descender a dicha "arena", frustrar fundadas expectativas basadas en el derecho de defensa y, en suma, colocarse en el papel de acusador más que en el juzgador.

Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir, como ya anunciábamos, que un procedimiento es más acusatorio que otro.

Postura seguida en las STS 393/2007, de 27-4; 504/2007, de 28-5, y la STC 155/2009 de 25-6 que en un caso de condena al a pena de localización permanente cuando el Fiscal había pedido multa, declaró que no se respetaba la correlación entre la acusación y el fallo con vulneración de los hechos de defensa y a un proceso con todas las garantías.

Jurisprudencia STC 155/2009 de 25-6. Nueva doctrina constitucional sobre el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto de posible pena a imponer.

En lo atinente al alcance del deber de congruencia entre la acusación y fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer, que es la cuestión que se suscita en la presente demanda de amparo, como tuvimos ocasión de anticipar, cabe apreciar en las resoluciones de este tribunal que se han ocupado de la materia una doctrina sobre la que es conveniente volver.

Este tribunal tiene declarado con carácter general que la vinculación del órgano judicial al principio acusatorio, si bien impide la imposición de una pena mayor o más grave que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide, sin embargo, que el Juzgador imponga pena superior a la solicitud por las acusaciones, cuando no se alteren los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal y debe, por tanto, aplicar las penas que, a su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito (STC 17/88, de 16-2, FJ 6; 21/93, de 18-1, FJ 2; 161/94, de 23-5, FJ2; 43/97, de 10-3, JF3; 228/2002, de 9-12, FJ 6; 174/2003, de 29-9, FJ 9 163/2004, de 4-10, FJ 4; 71/2005, de 4-4, FJ 7; 397/2006, de 11-12, FJ3; AATC 377/87, de 25-3; 321/92, de 26-10; 327/93, de 28-10; 202/98, de 29-9; 310/2003, de 29-9; 353/2003, de 6-11; 369/23-10). Así pues de conformidad con esta doctrina constitucional, la vinculación del Juzgador a los hechos y a su calificación jurídica no impide que puedan imponerse penas superiores a las solicitadas por las acusaciones dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, siempre que la calificación como tal de unos hechos, y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate.

Sin embargo en otras resoluciones dictadas sobre la materia, aunque no constituye su ratio decidendi, este Tribunal ha declarado también que "En todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, sin imponer pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no puedo defenderse el acusado" (STC 75/2003, de 23-4, FJ5; doctrina que se reitera en la STC 347/2006, de 11-12; FJ 3 y en el TC 426/2005, de 12-12). Parece pues abrirse en estas otras resoluciones, aunque en un plazo meramente doctrinal, la aceptación de un límite más restrictivo a la imposición de penas en relación con las peticiones por las acusaciones " (FJ5).



"Pues bien, es conveniente aclarar y perfilar la doctrina constitucional de lo que se ha dejado constancia, referida al alcance del deber de congruencia y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer.

Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucional es, en los que encuentran fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

De este modo, por una parte, se refuerzan y garantizan en su debida dimensión constitucional los derechos de defensa del acusado. En efecto, la pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado, constituye, al igual, por lo menos, que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquélla se sustenta, un elemento sin duda esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante, en cuanto al, de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado. Obviamente a éste ha de informarle, ex art. 24.2 CE, no sólo de los hechos imputados pues la acusación y de su calificación jurídica, sino también de las reales y concretas consecuencias penológicas que aquélla pretenda por la comisión de dichos hechos; esto es, la pena cuya imposición se solicita. El acusado ejerce el derecho constitucional de defensa sobre la concreta pena solicitada por la acusación por los hechos imputados y la calificación jurídica que éstos le merecen, y no sobre otra pretensión punitiva distinta, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticos y futuros penas que pudiera decidir el órgano judicial y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación. En otras palabras, la confrontación dialéctica entre las partes en el proceso y la consiguiente posibilidad de contradicción frente a los argumentos del adversario giran exclusivamente, en que ahora interesa, en torno a la acusación expresamente formulada contra el imputado, tanto por lo que se refiere a los elementos fácticos de la pretensión punitiva y a su calificación jurídica, como a las concretas consecuencias penológicas, frente a lo que aquél ejerce su derecho constitucional de defensa.

Así pues, ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra de principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación.

Por otra parte, el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo por lo que respecta a la pena a imponer que el órgano judicial en los términos definidos en este fundamento jurídico se cohonesta mejor, a la vez que también la refuerza en su debida dimensión constitucional, con la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que, como ya hemos señalado, constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Ciertamente aquella garantía resulta mejor protegida en el órgano judicial no sume la iniciativa de imponer ex officio una pena que exceda en su gravedad, naturaleza o cuantía a la solicitada por la acusación, asumiendo un protagonismo no muy propio de un sistema configurado de acuerdo con en principio acusatorio, como el que informa la fase el plenario en el proceso penal. En este sentido de modo alguno resulta ocioso traer a colación que, como se recuerda en la STC 123/2005, de 12-5; "desde el más temprano reconocimiento de la dimensión constitucional de determinadas garantías propias del principio acusatorio, en la jurisprudencia de este tribunal se ha incidido tanto en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer de la acusación...como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas" (CP J.4). La imposición ex officio por el órgano judicial de pena que excede de la solicitada por la acusación resulta acaso menos armonizable con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial en el proceso penal al asumir funciones acusadoras que constitucionalmente no le corresponden.

Esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (FJ 6)".

2.2.- Ahora bien, es cierto que el supuesto presente no se identifica con el contenido del Acuerdo del Pleno antes citado de 20-12-2006, porque en este se trataba en realidad, de una inaceptable corrección "al alza" de las pretensiones formuladas por la acusación, mientras que en el presente caso solo se lleva la corrección de



una evidente omisión involuntaria, en la que el Ministerio Fiscal estructuró erróneamente la vertiente punitiva, al no tener en cuenta que los hechos sucedieron cuando la reforma operada por LO 1/2015 en el art. 404 CP ya estaba en vigor y elevó la antigua pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 7 a 10 años, a 9 a 15 años, y solicitar la pena conforme a las previsiones de la legislación anterior, de modo que no solicita la aplicación de una pena que el legislador prevé para el comportamiento delictivo.

En este caso la doctrina tradicional no vió inconveniente alguno para "suplantar" (o si se quiere "subsanan") la actuación de las acusaciones y adecuar la pena a las postuladas por la ley, si se consideraba un simple olvido de aquéllas.

En esta dirección el TC declaró en sentencia 163/94 de 4-10: "la que imposición de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de acusación y que no fue pedida por error por el M.F., no quebranta el derecho de defensa, pues el acusado pudo defenderse el tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el tribunal motivó la razón por la que imponía la pena (STC 59/2000, de 13-3; 75/200, de 27-3; 76/20000, de 27-3; 92/2000, de 10-4; 122/2000, de 16-5; 139/99, de 29-5; 221/2001, de 31-190; pena forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formuló la acusación. SSTC 17/88, de 16-2; 43/97, de 10-3; ATC 377/87, de 25-3), y que se impuso en su grado mínimo.

Por tanto, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al tribunal sentenciador en base al principio de legalidad, y la imposición de la pena, en su mínima extensión, no necesita ser motivada, porque no es sino una consecuencia legal.

Criterio que prevaleció en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del 27-11-2007 que volvió a examinar el alcance del principio acusatorio respecto a aquellos supuestos en los que se omite por la acusación la pena mínima prevista por la ley, y adoptó el siguiente acuerdo: "El anterior acuerdo de esta Sala, en fecha 20-12-2006, debe ser entendido en el sentido de que el tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena".

La jurisprudencia STS 11-2008, de 11-1, recoge este último acuerdo, y en el mismo sentido las SSTS 312/2017, de 3-5; 795/2017, de 7-12.

2.3.- Ahora bien, la doctrina emanada de este último Acuerdo sería aplicable si la Audiencia Provincial en la sentencia de instancia hubiera corregido esa omisión de petición de las penas procedentes, lo que no acaeció, al imponer las penas mínimas aplicables, pero conforme a la legislación anterior, tal como solicitaba el Ministerio Fiscal.

Siendo así, al no ser este pronunciamiento cuestionado por el Ministerio Fiscal, que no recurrió la sentencia ni había solicitado su modificación mediante adhesión al recurso, no podía el Tribunal Superior de Justicia, vía recurso de apelación, sin mediar petición alguna, agravar la situación de los acusados, únicos que habían recurrido la sentencia de instancia.

En este sentido, la STC del Pleno, 141/2008, de 30-10, citada por el recurrente, es esclarecedora, "la interdicción de la reformatio in peius, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues presenta un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión.

Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una gravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000 , de 31/01, FJ 4), pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2 , por todas). A lo anterior cabe añadir, siempre de acuerdo con nuestra doctrina, que es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el art. 902 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal que es producto de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 84/1995, de 5 de junio, FJ 2; 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 6/1987, de 28 de enero, FJ



2; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 19/1992, de 14 de febrero, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 16 de enero, FJ 5; 200/2000, de 24 de julio, FJ 2).

Lo cual agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio "aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal", pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso "para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la instancia" (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). En definitiva, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público procesal (por todas, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 4; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7; 70/1999, de 26 de abril, FJ 5), "cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes" (SSTC 214/2000 , de 16 de octubre, FJ 3; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5).

En base a lo expuesto, procede, con estimación del motivo, mantener la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial impuesta por la sentencia de instancia.

TERCERO.- El motivo cuarto por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim por consignar como hechos probados, conceptos, que por su carácter jurídico, suponen la predeterminación del fallo.

En la sentencia tanto de la Audiencia como del TSJ no se expresan con claridad y determinación los hechos que se declaran probados al recurrir a la utilización de conceptos que implican una predeterminación del fallo condenatorio. Los conceptos son "arbitraria" y "unidad funcional".

Dichos conceptos están incluidos en las siguientes frases: "Al operar de tal modo los acusados, su actuación administrativa fue arbitraria al beneficiar, siempre y únicamente, a profesionales elegidos por propia voluntad del Alcalde y de sus asesores.

"Los acusados actuaron arbitrariamente al adjudicar los servicios y, ante la falta de expediente de contratación, no fue emitido informe alguno de valoración de los servicios, quedando a la discrecionalidad de los acusados, servicios que, como se ha indicado, fueron finalmente satisfechos tras ser aprobado su pago por el órgano competente, la Junta de Gobierno Local, pago que fue propuesto por Juan Enrique , como titular de la Concejalía de Comercio Mercados y Consumo.

"Tal omisión del procedimiento correspondiente en atención a la cuantía en la suscripción de los contratos, fraccionando indebidamente sus importes en las facturas y ajustándolas al límite cuantitativo del contrato menor, lo fue respecto a tres bloques, constituyendo el segundo y el tercer bloque una unidad funcional cada uno de ellos y comprendiendo el primer bloque el contrato que por su cuantía superaba el límite cuantitativo del contrato menor:"

3.1.- El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial -por todas STS 712/2021, de 22-9-:

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4-, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.



Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS. 429/2003 de 21.3, 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

3.2.- El motivo debe ser desestimado.

Con independencia de que tal como destaca el Ministerio Fiscal en su informe impugnando el motivo: "que la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo."

Como afirma la STS 84/2018, de 15-2: "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002, de 4-7; y 545/2003, de 15-4)". En el mismo sentido STS 290/2019, de 31-5.

3.3.- En el caso presente es cierto que la expresión "arbitraria" atribuida a una resolución adoptada por un cargo político en un proceso de contratación administrativa, puede constituir una expresión técnico-jurídica que se constriñe en la descripción del tipo penal del art. 404 -"a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo"- no sucede lo mismo con el empleo de "unidad funcional" pero en el mismo hecho probado se señala en qué consistió esa actuación administrativa arbitraria "al beneficiar, siempre y únicamente, a los profesionales elegidos por la propia voluntad del Alcalde y de sus asesores", y a modo de conclusión en el último apartado del hecho probado: "Respecto a estas nueve facturas, los acusados contravinieron, consciente y plenamente, los principios de la contratación relativos a la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato de todos los ciudadanos, cercenando el logro de un eficiente uso de los fondos públicos, la salvaguarda de las libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa."

CUARTO.- El motivo tercero por infracción de ley del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba.

Considera el recurrente que de los particulares de los documentos que designa no debió tenerse por probado los siguientes hechos:

- El Sr. Juan Enrique decidió emplear el dinero de la modificación de crédito a través de contratos menores fraudulentos, y eligió y contactó con las empresas.



- Que hubiera concierto entre los acusados.
- Que se quisiera eludir la normativa vigente en materia de contratación deliberadamente.
- Que existiera unidad funcional.

Los documentos que señala como particulares son:

- Memoria explicativa de las facturas obrante al Tomo VI, folios 67 y ss. en cuanto expresa quien decidió la elección de las empresas y la entidad propia e independiente de cada servicio y contrato.
- Correos electrónicos entre funcionarios del Ayuntamiento de Alicante y Publicidad SA (PUBLIASA) obrantes al Tomo IV, folios 231 a 238.
- Facturas Galas Anteriores, obrantes a los folios 110 a 133, Tomo VI, correspondiente a la Gala del año 2013.
- Facturas de Publicidad Alicantina, SA (folios 186 a 204, Tomo I); de Makroprint Impresión Digital SL (folios 150 a 173, Tomo I); y de Editorial Prensa de Alicante (folios 133-134, Tomo I), de los que se puede apreciar la sustantividad propia de cada actuación.

Hace referencia asimismo a declaraciones personales como el representante de Publiasa, del representante de Makroprint, del director de eventos de Publicidad Alicantina.

4.1.- Previamente debemos señalar que el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de carácter jurídico que son la materia propia del motivo que por error "iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, o en el error en la valoración de la prueba, art. 849.2 LECrim.

4.2.- Expuesto lo anterior, la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada doctrina de esta Sala, por todas STS 72/2021, de 28-1, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

No es suficiente, por lo tanto, con que sea posible, sobre la base del particular del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre ese extremo. (STS nº 534/2003, de 9 de abril).

Con la STS 431/2006, de 9 de marzo, debemos recordar que un motivo por "error facti" no puede consistir en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediatez, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que la recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues, de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente.

En similar sentido la STS 633/2020, de 24-11, señala en cuanto a los requisitos exigidos para la aplicación de este motivo:



"Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 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 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.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa."

Y es que para que este motivo de casación pueda prosperar, es preciso que los documentos señalados sean literosuficientes, en los términos expresados por reiterada doctrina jurisprudencial, por todas Sentencia número 860/2013, de 26 de noviembre, a saber:

"(...) la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

4.3.- En el caso actual, los documentos cuestionados han sido valorados en la instancia y apelación confrontándolos con el resto de las pruebas, incluidas personales, a que hace referencia la sentencia recurrida en los F.D. 4º, 5º y 6º, ratificando la valoración efectuada por la Audiencia, dándoles una interpretación distinta de la que pretende el recurrente, lo que excede del cauce casacional del art. 849.2 LECrim.

QUINTO.- El motivo primero por infracción de ley, al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 LECrim en relación con indebida aplicación del art. 404 CP.

Considera que la sentencia recurrida entiende que concurren todos los elementos del tipo de prevaricación del art. 404 CP. En concreto, en cuanto al elemento subjetivo, sostiene la sentencia que este recurrente autorizó el fraccionamiento de 25 contratos y eligió a las empresas adjudicatarias en connivencia con los coacusados. Sin embargo, en los hechos probados no se describe cuál fue su actuación concreta durante la fase de decisión y adjudicación de los contratos, no existe así ninguna acreditación de cuál fue su participación en este proceso,



sin que la ausencia de una eventual actuación decisoria pueda suplirse por la genérica afirmación de que era el acusado el que diseñó el funcionamiento de la Concejalía de Comercio y que era el responsable último con su firma de aprobar y adjudicar los contratos (fundamento derecho primero sentencia Audiencia Provincial, pág. 22) y fundamento sexto sentencia TSJ, pág. 29).

Asimismo y con base en el mismo art. 849.1 LECrim, considera indebidamente aplicado el art. 404 en cuanto al elemento objetivo. La sentencia afirma que de los 25 contratos, 9 de ellos superan la mera irregularidad administrativa, al considerar que existe unidad funcional cuando, en el presente caso, sin embargo, la parte recurrente entiende que hay una ausencia de ese elemento objetivo al existir una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable sostenida por los letrados de la Asesoría Jurídica que excluiría la tipificación como delito de prevaricación.

5.1.- Previamente habrá que recordar que, formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas STS 991/2021, de 16-2- que precisa que el recurso de casación cuando se articular por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.2.- Llegados a este punto y dado que la comisión del delito de prevaricación es cuestionada también por los otros recurrentes, la del coacusado Adrian en términos muy similares, debemos recordar la doctrina de esta Sala -por todas STS 507/2020, de 14-10- relativa a este tipo delictivo.

Así, en relación al bien jurídico, el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, cuales son:

1º) El servicio prioritario de los intereses generales.



2º) El sometimiento a la Ley y al Derecho.

3º) La absoluta objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines conforme al art. 108 CE (STS. 18/2014, de 23 de enero).

Por ello, la sanción de prevaricación garantiza el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el 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 (SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo, 795/2016, de 27 de octubre; 373/2017, de 24 de mayo; 477/2018, de 17 de octubre).

En efecto, el delito de prevaricación de la autoridad o funcionario público se integra por la infracción de un deber, concretamente el deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, razón por la que una actuación al margen y contra la ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo fotográfico del deber con los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico previsto en el art. 9.1 CE, que tiene un explícito mandato, referente a la Administración Pública en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración que como piedra angular se cierran con el sometimiento de todos sus actos a la Ley y al Derecho.

Como se ha dicho en STS 49/2010, de 4 de febrero, y SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo y 795/2017, de 25 de octubre, el delito de prevaricación administrativa tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. No se trata 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 límite en los que la actuación administrativa, además de ilegal, es injusta y arbitraria. Todo ello conforme a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad, mínima intervención y última ratio del Derecho Penal.

- En cuanto a su naturaleza jurídica las características del delito de prevaricación son:

1º) En primer lugar es un **delito de infracción de deber** en el que la infracción delictiva queda consumada en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad (o el funcionario) del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad y por tanto, en arbitrariedad.

2º) En segundo lugar, **se trata de un delito especial propio**. Como señala la STS 13 de febrero de 2017 es una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido a título de autores 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 dirigido a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al derecho (v. arts. 9.1, 103 y 106 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). Los "extraneus", es decir, quienes no reuniesen las cualidades especiales de autor que predica el legislador, serían, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad y podrá aplicárseles el art. 65.3 del Código Penal rebajando en un grado la pena, aunque no sea preceptivo.

3º) En tercer lugar es **norma penal en blanco** que exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base. En este sentido, en la actualidad son básicos la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015 y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público, sustituida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que entró en vigor el 9 de marzo de 2018.

4º) En cuarto lugar, el delito de prevaricación, **desde el punto de vista de la causalidad es un delito de resultado**, no de mera actividad, pero en el que la actividad coincide con el resultado, el dictado de la resolución, por lo que al no realizar un resultado distanciado espacio-temporalmente de la acción son difícilmente imaginables las formas de tentativa. La STS de 8 de mayo de 2014 recuerda que "es claro que una vez dictada la resolución administrativa resulta lesionado el bien jurídico, al quedar menoscabado el ejercicio de la función pública de acuerdo con el principio de legalidad y los restantes principios exigibles por la Constitución en un Estado de Derecho sin que sea preciso con arreglo a la redacción del precepto, que la resolución injusta se ejecute y materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración. De ahí que no sea fácil hallar en la práctica ni en la jurisprudencia casos concretos de tentativa, que solo podrían darse en supuestos extraordinarios en que la conducta típica de dictar la resolución se mostrara fragmentada en su perpetración.

5º) En cuanto a la discusión entre ilegalidad administrativa y delito de prevaricación, hemos de partir de que en ésta 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.

La desviación de poder ha sido definida como la desviación ideológica en la actividad administrativa desarrollada, o como 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. Así lo proclaman las SSTs de la Sala 3ª, de 20.11.2009 y 9.3.2010, que también señalan 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 con 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), la desviación de poder 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, para alcanzar la tipicidad del artículo 404 CP, no es suficiente la mera ilegalidad, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del 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 deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión del DP 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 pretenden proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala Segunda, 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. En este sentido, 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 contenían, al igual que ahora en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, 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 n° 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.

La STS. 259/2015, de 30 abril, recuerda cómo el CP de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como *"arbitrarias"* las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso INTELHORCE).

La STS de 11.3.2015 recalca que "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el



ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad, lo que se sanciona".

Conforma, por tanto, el elemento objetivo del tipo de prevaricación del artículo 404 CP "el acuerdo de resoluciones arbitrarias entendidas como los actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho".

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- 3º) que la 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;
- 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones y debe ser de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable, por lo que la ilegalidad debe ser contundente y manifiesta exigiendo 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 esa flagrante ilegalidad 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 vigente cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omitiendo totalmente las formalidades procesales administrativas, actuando con desviación de poder, omitiendo en cada caso dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). La arbitrariedad típica debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta de ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, cabrá predicar la arbitrariedad cuando no pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno la resolución dictada, cuando no sea posible sostener el significado de la norma que se realiza por el autor, y ello cualquiera que sea la finalidad de la misma, pues la intención se encuentra ausente del tipo, y puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. (STS. 284/2009 de 13.3). En definitiva, basta el dolo, siendo el móvil indiferente para el legislador, salvo cuando lo convierte en elemento subjetivo de lo injusto, adicional al dolo, lo que en la prevaricación no ocurre.

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la triple finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de aval del orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones (SSTS 18/2014 de 13.1, 152/2015 de 24.2).

Por un lado, la observancia respetuosa del procedimiento establecido en la contratación pública tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, ostenta otra finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas aquellas formas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar, en caso contrario, a la nulidad o a la anulabilidad de los actos de la Administración pública (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Sin embargo, y como dijimos con la nulidad administrativa, tampoco se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de



delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992. en el ámbito administrativo, como el artículo 48.2 de la vigente ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento administrativo establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Es, en este sentido, reveladora de la tipicidad penal la elusión de los trámites esenciales. (STS nº 331/2003, de 5 de marzo).

La STS. 259/2015 condenó por prevaricación en un caso en que se fraccionó un contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del mismo, vulnerando con ello lo dispuesto en el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, y además una vez reconducida fraudulentamente la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos y garantías, también se vulneraron las limitadas exigencias de éste, al encargar a su único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos supuestamente de diferentes empresas, los que arbitrariamente elegidos debían procurar que las condiciones por el acusado ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación aparentando la concurrencia de contradicción. Pura ficción al servicio del fraude que mereció condena por prevaricación y falsedad documental.

6º) En cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017, de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en las SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, 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 (STS. 443/2008 de 1 de julio).

Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

En sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna.

La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada.

Pero la alegación gratuita del desconocimiento del carácter injusto y arbitrario de la resolución no basta para excluir el tipo subjetivo. Ha de concretarse con cautela ese elemento subjetivo. Como se recordaba en la STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo



de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

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 definitiva para colmar la tipicidad objetiva y subjetiva será necesario lo que sigue: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 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; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y 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.

La expresión "a sabiendas", según las SSTS de 30 de mayo de 2003, 22 de septiembre de 2003, 25 de mayo de 2004, 1 de julio de 2009, no solo elimina del tipo la comisión culposa, sino también la comisión del delito a título de dolo eventual.

5.3.- En el caso presente, incólume el relato fáctico, por desestimación de los motivos precedentes, en él se recoge expresamente:

- "Durante los meses de noviembre y diciembre de 2016 y por decisión de Juan Enrique , la Concejalía de Comercio contrató, empleando la figura del contrato menor de servicios (cuyo importe, sin incluir el IVA, no puede exceder de 18.000 euros), un total de veinticinco operaciones con diferentes empresas por un importe acumulado de 189.762'86 euros produciéndose el fraccionamiento, deliberado y reiterado por los acusados, de los objetos de las prestaciones a fin de eludir la normativa vigente en materia de contratación administrativa, que exige respeto a los principios de publicidad y concurrencia en nueve de ellos.

Dichas nueve contrataciones debieron haber sido tramitadas legalmente, mediante concurso público en lugar de contrato menor, por referirse a unos mismos objetos y tratarse de unidades funcionales. Si no se siguió la tramitación correcta fue para no superar el límite legal del contrato menor de servicios, llegando a superarse en uno de ellos por un céntimo.

Tal omisión del procedimiento correspondiente en atención a la cuantía en la suscripción de los contratos, fraccionando indebidamente sus importes en las facturas y ajustándolas al límite cuantitativo del contrato menor, lo fue respecto a tres bloques, constituyendo el segundo y el tercer bloque una unidad funcional cada uno de ellos y comprendiendo el primer bloque el contrato que por su cuantía superaba el límite cuantitativo del contrato menor:

-Promoción publicitaria del comercio.

-Financiación y promoción publicitaria de la Gala de los Premios de Comercio 2016.

-Renovación de la cartelería y señales de mercados municipales y mercadillos.

Al operar de tal modo los acusados, su actuación administrativa fue arbitraria al beneficiar, siempre y únicamente, a profesionales elegidos por propia voluntad del Alcalde y de sus asesores.

Las negociaciones y acuerdos relativos a cada uno de los nueve expedientes de contratación, en cuanto se refirió a la elección y al contacto con las empresas, fueron decididos por Juan Enrique y llevados a cabo por el personal de su confianza, los acusados Adrian , asesor del equipo de gobierno del PSOE, y Segundo , Jefe de Gabinete, quien firmó en nombre del Alcalde las órdenes de pago de las facturas correspondientes mediante la firma digital de éste. Aunque Adrian y Segundo carecían de funciones ejecutivas o decisorias, actuaron en nombre y con el conocimiento previo y el consentimiento pleno de Juan Enrique , quien ostentaba la titularidad de la Concejalía de Comercio y la dirección del proceso, despachando todos los asuntos con los anteriores y siendo el autorizado legalmente de las facultades que permitieron concertar todas las contrataciones.

Segundo y Adrian , al no ser miembros de la Comisión de Gobierno ni Concejales, no podían tener delegadas facultades atribuidas al Alcalde, entre ellas la de contratar."



- "En la sesión de la Junta de Gobierno Local del día 4.04.201749, y tras ser introducido en el Orden del Día con urgencia, fue aprobado el acuerdo relativo a los veinticinco contratos menores a los que se referían las veinticinco facturas cuestionadas, y ello conforme a la propuesta de fecha 27.03.2018, presentada por el Alcalde de la Corporación en los términos que han sido indicados.

No fue tramitado ningún expediente de contratación respecto a las veinticinco facturas litigiosas; el expediente relativo a cada uno de los servicios se integra únicamente por la factura en cuestión y el documento ADO, por lo que las contrataciones se realizaron de forma directa con el proveedor y, seguramente, de forma verbal, sin la intervención en veintidós de ellas de los técnicos de Comercio, contraviniendo la forma de actuar de la Concejalía de Comercio y que consistía en que hasta 500 € se adjudicaba de forma directa y a partir de tal cantidad se pedían tres presupuestos.

Los acusados actuaron arbitrariamente al adjudicar los servicios y, ante la falta de expediente de contratación, no fue emitido informe alguno de valoración de los servicios, quedando a la discrecionalidad de los acusados, servicios que, como se ha indicado, fueron finalmente satisfechos tras ser aprobado su pago por el órgano competente, la Junta de Gobierno Local, pago que fue propuesto por Juan Enrique, como titular de la Concejalía de Comercio Mercados y Consumo.

Ahora bien de estas 25 facturas nueve de ellas superan la mera irregularidad administrativa y son las siguientes: la emitida por Editorial Prensa Alicantina, SL por un total con IVA de 21.780 € y sin IVA de 18.000€, excediendo por un céntimo del tope máximo del contrato menor, las englobadas en el bloque "financiación y promoción publicitaria de la Gala de los Premios del Comercio 2016" (cuatro facturas emitidas por la mercantil Publicidad Alicantina, SA, por importes de 4.234,78, 1.729,22, 14.632,87 y 11.756,28 euros, lo que hacía un importe total acumulado de 32.353,15 euros) y las incluidas en el bloque "renovación de la cartelería y señalética de dos mercados municipales y un mercadillo" (cuatro facturas emitidas por la mercantil Makroprint Impresión Digital, SL, por importes de 7.572,181, 3.146,00, 12.289,78 y 9.912,55 euros, por un importe total acumulado de 32.920,51 euros). Respecto a estas nueve facturas, los acusados contravinieron, consciente y plenamente, los principios de la contratación relativos a la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato de todos los ciudadanos, cercenando el logro de un eficiente uso de los fondos públicos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa."

5.4.- Siendo así, la sentencia de instancia -en base a las pruebas, que se han analizado en el motivo segundo, y cuya valoración fue aceptada en apelación y en esta sede casacional- aprecia esa "unidad funcional" y la existencia del delito de prevaricación.

Razonamiento correcto. El fraccionamiento de un contrato dividiéndolo en contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que sería el procedente en función de la cuantía, vulnera lo dispuesto en el art. 74 de la Ley de Contratos del Estado, que dispone "no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Por eso, como ya indicábamos más arriba, conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (SSTS 18/2014, de 13 de enero; 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

En efecto el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que le propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre); 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).



En el caso presente la conducta típica estaría además de en los fraccionamientos acordados, en la realización de los actos sin expediente administrativo previo de contratación y la posterior ordenación de los pagos, que constituyen por sí mismos actos administrativos.

- Y en cuanto a la no concurrencia del elemento subjetivo del delito de prevaricación, esto es, que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución, la jurisprudencia tiene declarado que el error sobre el carácter arbitrario o injusto de la decisión administrativa no es un error de tipo ni de prohibición, sino un error de subsunción, porque la injusticia o arbitrariedad de las resoluciones es un elemento normativo del tipo sobre el que no se necesita un conocimiento jurídicamente perfecto, bastando con un conocimiento equivalente al de la persona lego.

En el delito de prevaricación administrativa, que no admite versión culposa, son difícilmente imaginables los supuestos de error de tipo o prohibición, pues el abanico de garantías del procedimiento administrativo, con sus requisitos de publicidad, concurrencia y legalidad y sobre todo el asesoramiento jurídico de Secretarios, Interventores y funcionarios administrativos de servicio jurídico y técnico, convierten en casi imposible dictar resoluciones desconociendo que realizan los elementos del tipo o que constituyen el camino torcido de la prevaricación.

SEXTO.- El motivo sexto al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 LECrim en relación con el art. 74 CP, al haber condenado al recurrente como autor de un delito continuado de prevaricación, cuando en el relato fáctico no concurren los requisitos del mencionado tipo penal.

Considera que aunque la acción se concreta en varios contratos menores, en concreto 25 facturas, no se trata de acciones múltiples e independientes, la ilegalidad es única, no haber destinado el dinero de la modificación de crédito que llegó a la Concejalía de Comercio mediante un concurso público, es decir, la omisión del procedimiento concursado, en concreto las 9 facturas que se considera en la sentencia, tienen relevancia penal. Nos encontramos ante un supuesto de unidad natural de acción y no de delito continuado.

El motivo se desestima.

6.1.- En primer lugar, como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, se trata de una cuestión nueva que no se planteó ni en la instancia, ni en la apelación. Y como dice en la STS. 344/2005 de 18.3, el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este trámite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario, ni por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, o habiéndose sometido a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación pretensión de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes SSTS. 545/2003 de 15.4, 1256/2002 de 4.7 que precisa "Como con razón denuncia el Fiscal, lo suscitado es en este momento una cuestión nueva, no planteada en la instancia. Y es jurisprudencia consolidada de esta sala que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral.

En este sentido, la reciente STS 73/2022, de 27-1-2022, es clara al respecto al recordar que:

"Jurisprudencia consolidada de esta Sala ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron suscitados con anterioridad. Lo contrario adentraría a esta Sala en cuestiones sobre las que los tribunales que nos precedieron en el conocimiento del asunto no se pronunciaron, y a decidir sobre ellas por primera vez y no en vía de recurso, lo que desnaturalizaría la casación.

Tradicionalmente se han venido admitiendo dos clases de excepciones a este criterio. En el caso de infracción de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y, también, en el caso de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.



Se trata de excepciones a la regla general que se fueron asentando en un sistema en el que el recurso de casación estaba abocado a suplir una inexistente segunda instancia, que han sido interpretadas con una generosidad no justificada si ha mediado un previo recurso de apelación, como en este caso. Por lo que, una vez generalizada la doble instancia penal, como concluyó la STS 67/2020, de 24 de febrero, que condensó abundante jurisprudencia al respecto, y en el mismo sentido las SSTS 127/2020 de 14 de abril o 260/2020 de 28 de mayo, "en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo". Criterio respaldado por la STS 345/2020 de 25 de junio, del Pleno de esta Sala.

En palabras que tomamos de la STS 84/2018 de 15 de febrero "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTs 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTs 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril)".

A partir de esta doctrina jurisprudencial que acaba de dejarse expuesta, el motivo debió ser inadmitido y por las mismas razones deberá ser desestimado ahora.

6.2.- A mayor abundamiento, la pretensión de englobar las 9 facturas que la Audiencia Provincial considera superan la mera irregularidad administrativa, no en conductas típicas de prevaricación en continuidad delictiva, sino en una unidad natural de acción, devendría inaceptable.

En efecto, en cuanto a la posibilidad de aplicar "la unidad natural de acción", las SSTs 354/2014, de 14-12; 499/2019, de 23-10; y 261/2022, de 17-3, analizan este supuesto -unidad de acción- problemático en la dogmática penal que parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyen un objeto único de valoración jurídica será natural o jurídica, dice la STS. 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTs. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010). Por ello la teoría del concepto normativo de acción impide que superados los meros efectos naturalísticos de las acciones humanas pueda calificarse de una unidad natural de acción cuando se produce la falsificación de varios documentos mercantiles distintos. La teoría contraria llevaría al absurdo resultado de que cualquiera que fuera el número de cheques, pagarés o letras de cambio que se falsificaran continuamente en una unidad natural de acción, constituirían un solo delito, aunque se tratara, de miles de firmas falsas (por ejemplo, un talonario



correspondiente a la falsificación de papeletas de lotería, en las cuales se falsifica la firma del depositario (STS. 566/2006 de 9.6).

En definitiva, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atravesase dos cuerpos humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la acción natural era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos naturales (gran cantidad de golpes sobre una misma persona) es el resultado de un solo delito de lesiones (STS 566/2006, de 9-5).

Supuesto de unidad de acción que no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituye acciones autónomas como es el caso presente, en que las 9 facturas corresponden a distintos proveedores en dos bloques distintos y con fechas distintas -las de MAKROPRINT IMPRESIÓN DIGITAL SL (cuatro facturas fechadas, dos al 29-12-2016, una al 19-12-2016 y otra al 28-4-2016), las de Publicidad Alicantina SA (cuatro facturas, tres de la misma fecha 31-12- 2016 y otra 30-11-2016)-. Entender que todas se llevaron a cabo en unidad de acto, forzaría de modo inadmisibile el concepto racional y natural de acción y se vaciaría el concepto jurídico de delito continuado.

RECURSO Adrian

SÉPTIMO.- Al igual que en el caso del anterior recurrente, analizaremos los motivos del recurso alterando el orden de los mismos empezando por el motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, continuando con el quebrantamiento de forma, art. 851.1 LECrim, para finalizar por la infracción de ley, art. 849.2 LECrim, error en la apreciación de la prueba y art. 849.1 LECrim, aplicación indebida art. 404 CP.

7.1.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado por la sentencia recurrida los derechos fundamentales del recurrente reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, y más concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a obtener una sentencia motivada y derecho a la presunción de inocencia.

El motivo es similar al mismo ordinal del recurso interpuesto por el anterior recurrente, en cuanto parte de la ausencia de la participación de éste -Sr. Juan Enrique - en las actuaciones objeto de la presente causa, pues ni realizó elección de proveedor ninguno, ni contactó con ninguna empresa, ni dio órdenes o concertó con carácter previo nada respecto a las contrataciones discutidas, el mismo no puede ser autor de nada y en consecuencia lógica, el Sr. Adrian no puede ser cooperador necesario de quien no delinquiró.

7.2.- El motivo se desestima. Acreditada, tal como se ha razonado en el motivo segundo del recurso de Juan Enrique , su participación activa en los hechos y su condena como autor material del delito de prevaricación, la cooperación necesaria en referido delito resulta suficientemente acreditada.

Así, en los hechos probados de la sentencia se recoge como por Decreto de nombramiento de 25 de junio de 2015, fue designado funcionario eventual "Asesor del Equipo de Gobierno (PSOE)" y como era éste quien, con el conocimiento previo y el consentimiento pleno del alcalde Sr. Juan Enrique , quien ostentaba la titularidad de la Concejalía de Comercio, llevó a cabo las negociaciones y acuerdos relativos a los expedientes de contratación en los expedientes cuestionados.

Y las sentencias de instancia y apelación -que asume la valoración de la primera- considera al acusado Adrian como la persona que de hecho ejercía las funciones de Concejal, en base a sus propias declaraciones admitiendo que gestionaba el día a día de la Concejalía de Comercio, y del coacusado Segundo , así como del testimonio de Aquilino , gerente de Editorial Prensa Alicantina, SAL, manifestó que en el año 2016 contrató con la Concejalía de Comercio una campaña especial para promocionar los mercados y que se contrató un periódico completo, reuniéndose en el Ayuntamiento con Adrian y Jose María . El testigo Vidal , jefe de servicio de la Concejalía de Comercio, declaró que Adrian era una persona de confianza, la correa transmisora con la alcaldía, hacía la gestión diaria, su despacho era el que anteriormente ocupaba el concejal de Comercio y era la persona con la que el testigo trabajaba y despachaba. El testigo Teodosio , técnico de la Concejalía de Comercio, manifestó que despachaba con el Sr. Adrian y el Sr. Vidal . La testigo Julia , jefa del Departamento de Comercio, indicó que Adrian actuaba como un concejal y tenía hilo directo con el alcalde. El testigo Argimiro , Jefe del departamento de mercado, refiere que en la Concejalía de Comercio era el Sr. Adrian quien dirigía. El testigo Casiano , técnico auxiliar del mercado de Babel, dijo que sus superiores eran Argimiro , Vidal y Adrian y que fue Adrian quien le informó de las intervenciones que se iban a hacer en el mercado de Babel. El testigo Genaro , administrador de Medial Medios y Distribución SL y Estudio Creación Gente SL, declaró que



el testigo como empresario visitó a Adrian . Aurelia , legal representante de Radio Popular SA COPE, indicó que habló con Adrian . El testigo Benedicto , administrador de Makroprint Impresión Digital SL, declaró que realizó cuatro trabajos con Adrian y un trabajo con Vidal , éste último relativo al mercadillo de Teulada con motivo de un cambio de nombre. El testigo Ramón , empleado de Exterior Media Spain SA, declaró que le llamó Adrian o alguien de la Concejalía de Comercio. El testigo Secundino , administrador de Eventual SL, manifestó que contactó con Adrian y el testigo Victorino , legal representante de Gráficas Juárez SL, manifestó que contactó con ellos Adrian .

Existe por tanto, prueba suficiente de la participación del recurrente, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin a las reglas de la lógica, a los principios de experiencia y a los parámetros de racionalidad y moderación exigibles.

OCTAVO.- El motivo quinto por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso penal con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) en relación con el art. 9.3 y 10.2 CE, concretado en la prohibición de reformatio in peius, principio de congruencia y principio acusatorio.

El motivo, al coincidir con el motivo quinto del recurso interpuesto por Juan Enrique y ser apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado, con la consecuencia de que la pena a imponer ha de ser la misma que fue impuesta en la sentencia de la instancia, esto es, Audiencia Provincial de Alicante, Sección Tercera.

NOVENO.- El motivo cuarto por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim por consignar como hechos probados, conceptos que por su carácter jurídico, suponen predeterminación del fallo.

En la sentencia tanto de la Audiencia como del TSJ no se expresan con claridad y determinación los hechos que se proclaman probados al recurrir a la utilización de conceptos que implican una predeterminación del fallo condenatorio. Los conceptos son "arbitraria", "unidad funcional" y "fraccionando indebidamente".

Dichos conceptos están incluidos en las siguientes frases:

"Al operar de tal modo los acusados, su actuación administrativa fue arbitraria al beneficiar, siempre y únicamente, a profesionales elegidos por propia voluntad del Alcalde y de sus asesores.

"Los acusados actuaron arbitrariamente al adjudicar los servicios y, ante la falta de expediente de contratación, no fue emitido informe alguno de valoración de los servicios, quedando a la discrecionalidad de los acusados, servicios que, como se ha indicado, fueron finalmente satisfechos tras ser aprobado su pago por el órgano competente, la Junta de Gobierno Local, pago que fue propuesto por Juan Enrique , como titular de la Concejalía de Comercio Mercados y Consumo.

"Tal omisión del procedimiento correspondiente en atención a la cuantía en la suscripción de los contratos, fraccionando indebidamente sus importes en las facturas y ajustándolas al límite cuantitativo del contrato menor, lo fue respecto a tres bloques, constituyendo el segundo y el tercer bloque una unidad funcional cada uno de ellos y comprendiendo el primer bloque el contrato que por su cuantía superaba el límite cuantitativo del contrato menor:"

"Tal omisión del procedimiento correspondiente en atención a la cuantía en la suscripción de los contratos, fraccionando indebidamente sus importes en las facturas y ajustándolas al límite cuantitativo del contrato menor, lo fue respecto a tres bloques, constituyendo el segundo y el tercer bloque una unidad funcional cada uno de ellos y comprendiendo el primer bloque el contrato que por su cuantía superaba el límite cuantitativo del contrato menor".

El motivo en su desarrollo coincide con el motivo cuarto del anterior recurrente, por lo que damos por reproducido -para evitar repeticiones innecesarias- lo ya argumentado en orden a su desestimación.

DÉCIMO.- El motivo tercero por infracción de ley del art. 849.1 (debió decir 849.2) LECrim por error en la apreciación de la prueba.

El recurrente considera que de los particulares de los documentos enumerados en el escrito de preparación del recurso se deduce que no debieron tenerse por probados los siguientes hechos:

- Que los acusados decidieron de común acuerdo emplear el dinero de la modificación de crédito a través de contratos menores fraudulentos.
- Que se quisiera eludir la normativa vigente en materia de contratación deliberadamente.
- Que existiera unidad funcional.



Dado que los documentos señalados -memoria explicativa de las facturas, obrante al Tomo VI, folios 67 y ss.; correos electrónicos entre funcionarios del Ayuntamiento de Alicante y Publicidad SA (Publiasa), Tomo IV, folios 231 a 238, y facturas Galas anteriores, obrantes a los folios 110 a 133, Tomo VI- son los mismos que los designados en el motivo tercero articulado por la misma vía casacional del recurrente Juan Enrique , procede su desestimación, remitiéndonos a lo razonado anteriormente.

UNDÉCIMO.- El motivo primero por infracción de ley al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 LECrim en relación con indebida aplicación del art. 404 CP.

La sentencia recurrida entiende que concurren todos los elementos de tipo de prevaricación previsto en el art. 404 CP y más concretamente sostiene que el recurrente cooperó necesariamente con el Sr. Juan Enrique en la voluntad predeterminada de fraccionar 25 contratos, siendo el por entonces alcalde quien eligió las empresas contratadas.

Por otro lado y con base en el mismo artículo 849.1 de la LEC, consideramos indebidamente aplicado el art. 404 en cuanto al elemento objetivo. Así la sentencia afirma que de los 25 contratos, 9 de ellos superan la mera irregularidad administrativa, considerando que existe unidad funcional cuando en el presente caso, sin embargo, esta parte considera que hay una ausencia del elemento objetivo del tipo al existir una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable sostenida por los letrados de la Asesoría Jurídica que excluiría la tipificación como delito de prevaricación.

11.1.- El motivo en cuanto, al igual que en el motivo segundo, parte de la falta de responsabilidad del alcalde Sr. Juan Enrique y con argumentos similares al motivo segundo de este recurrente, debe ser desestimado, en cuanto no respeta los hechos probados del que se desprende que hubo un reparto de tareas entre el alcalde, abogado y concejal delegado del área de comercio, que diseñó el funcionamiento de la concejalía, y puso al frente al condenado-recurrente Adrian , quien con su autorización se dedicó a ejecutar el gasto del dinero asignado mediante el fraccionamiento de los contratos menores. En consecuencia, Adrian cooperó necesariamente con el alcalde en la ejecución de los hechos.

11.2.- Siendo así, aun cuando los delitos de prevaricación administrativa del art. 404 CP se configuran como delitos especiales propios en los que sujetos activos pueden serlo únicamente la autoridad o funcionario público, admite la participación en calidad de cooperador necesario por parte del extraneus no funcionario, como del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una resolución administrativa previa no necesaria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva.

No puede imputarse la autoría, directa, mediata o coautoría, a quien no es el funcionario competente para dictar la resolución, sí en cambio, a los cooperadores y cómplices, así como a los inductores.

En este sentido la STS 627/2006 de 08-06, precisa cómo la jurisprudencia tras declarar que la naturaleza del delito de prevaricación es la propia de delito especial propio, impone la condena por ese delito a extraños a la relación funcional, a partir de dos importantes sentencias (caso de la construcción de Burgos, STS 18-01-94, y caso CIMPA, STS 24-06-94) que admiten la sanción del extraño, si bien no podrá ser autor directo, autor mediato o coautor por no reunir los requisitos que el tipo exige para la autoría, aunque sí, como adelantábamos, inductor o cooperador necesario, supuestos que el artículo 28 del C.P. equipara a la autoría.

Los hitos fundamentales de esta institución son los siguientes:

- 1.- No puede imputarse la autoría del delito de prevaricación a quien no es funcionario público.
- 2.- Cabe la participación de los inductores y cooperadores necesarios en cuanto partícipes en un hecho ajeno, no requiriéndose en tal caso la modalidad que para el autor exige el tipo penal. Se mantiene la unidad del título de imputación, por tanto, pero se condena al extraño como partícipe. La solución de mantener el título de imputación, en España, ocurre tanto en los delitos especiales propios como impropios.
- 3.- Quien induce a un funcionario a dictar una resolución injusta, induce a prevaricar y es autor en consecuencia del art. 28-a e igualmente ocurre para la cooperación necesaria en el art. 28-b.
- 4.- Puede utilizarse por vía indirecta el art. 65.3 del C.P. para rebajar la pena e individualizarla en relación con los extraneus que hubieran actuado como inductores o cooperadores necesarios. Pero no siempre debe rebajarse la pena al partícipe, pues tal descenso es facultativo y desde luego nunca debe operar cuando la responsabilidad de éste es superior o igual a la responsabilidad del intraneus.

La sentencia TS 976/2016, de 11-1-2017, recoge esta doctrina al recordar que: "la prevaricación constituye un delito especial propio, lo que indica que solo puede ser cometido por la persona en la que concurra una circunstancia especial concretamente por quien se encuentra facultado para dictar la resolución administrativa



supuestamente prevaricadora. En los delitos especiales solo puede ser autor el intraneus por lo que quienes no tengan la cualidad especial del autor deben responder como partícipes. Es por ello por lo que en el caso actual el recurrente, un extraneus, ha sido acusado como cooperador necesario, es decir, que el partícipe solo puede responder penalmente cuando se ha constatado la comisión de un hecho delictivo principal realizado por el autor. En la actualidad la teoría jurídica del delito aplica de forma mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la doctrina de la accesoriadad limitada, de acuerdo con la cual el partícipe responde de los hechos típicos y antijurídicos cometidos por el autor. Ello significa, en todo caso, que el partícipe solo puede ser castigado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor, aun cuando éste no fuese culpable.

El reflejo procesal de esta doctrina penal sustantiva es la imposibilidad de enjuiciar a un partícipe si no se enjuicia al autor. Salvo supuestos excepcionales (por ejemplo, que el autor haya sido enjuiciado y condenado con anterioridad) la accesoriadad de la participación impide el enjuiciamiento separado, pues el partícipe solo puede ser condenado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor y ello exige el enjuiciamiento conjunto o prioritario de éste ...".

Enjuiciamiento conjunto que se ha producido en la presente causa, por lo que el motivo se desestima.

RECURSO Segundo

DUODÉCIMO.- Analizaremos prioritariamente el motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ al haberse vulnerado por la sentencia recurrida derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a obtener una sentencia motivada y derecho a la presunción de inocencia, íntimamente relacionado con el motivo primero por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 404 CP al ser condenado como cooperador necesario pese a hablar de irregularidad administrativa, al no existir unidad funcional, a excepción de una factura: la emitida por Editorial Prensa Alicantina SA por un total de 21.780 € y sin IVA 18.000 €, excediendo, por tanto, un solo céntimo del tope máximo del contrato menor.

El motivo deberá ser estimado.

12.1.- Hemos de partir de que a este recurrente se le imputa la suscripción de contratos en nombre del Ayuntamiento de Alicante, sin estar autorizado para ello, pero sólo se le atribuye la negociación de cuatro contratos: el correspondiente a la factura antes indicada de Editorial Prensa Alicantina SA, de fecha 15-12-2016, por un total de 21.780 € (sin IVA 18.000 €); el de la factura emitida por Uniprex SAU de fecha 31-12-2016 e importe 1.161,50 € (IVA incluido); el de la factura emitida por la Sociedad Española de Radiodifusión de fecha 31-12-2016, e importe de 2.420 € (IVA incluido); y de la factura de la misma entidad de fecha 30-11-2016, e importe 4.235 € (IVA incluido). Así como ser "quien firmó en nombre del alcalde las órdenes de pago de las facturas correspondientes mediante la firma digital de éste."

Facturas todas incluidas en el primer bloque, compuesto por 17 facturas que se refieren a actividades encaminadas a la promoción comercial de muy diversa índole tales como publicidad, prensa, radio, televisión, animación, espectáculos, y son encomendadas a distintos proveedores. Bloque que, ante la diversidad de actividades y proveedores, no puede hablarse de unidad funcional, que según las sentencias de instancia y apelación, es el criterio que determina la formalización de un contrato único y no el fraccionamiento de diversos contratos sucesivos que es lo determinante de la prevaricación.

12.2.- Siendo así, la argumentación de la sentencia recurrida para no acoger la tesis del recurrente de que el simple hecho de sobrepasar en un céntimo la cuantía prevista para los contratos menores no era suficiente para desbordar la irregularidad administrativa, al señalar que "debía valorarse la actuación conjunta de los tres acusados con reparto de funciones en el Ayuntamiento, que los tres conocían la ampliación del crédito, que había que gastarlo antes de fin de año y que era imposible llevarlo a cabo conforme al procedimiento de contratación ordinaria y que el acusado, entre otros cometidos, firmaba las facturas de forma digital con la firma del alcalde con su autorización", no debe ser compartida, en cuanto resulta contradictoria y, en cierto punto, ilógica, dado que una única factura no puede constituir unidad funcional consigo misma, y el simple hecho objetivo del exceso de un céntimo no constituye, por sí solo, un indicio de esa arbitrariedad cualificadora de la irregularidad administrativa, siendo factible que se tratara de un mero error afectante al elemento subjetivo de la prevaricación.

Refuerza esta posibilidad la propia argumentación de la sentencia de instancia -no cuestionada en apelación- sobre la inexistencia de continuidad delictiva en la actuación de este recurrente-, al atribuírsele solo la factura anterior de Editorial Prensa Alicantina SA por importe, sin IVA, de 18.000 €, al entender "que las firmas del Alcalde en las facturas que nos ocupan las puso siguiendo instrucciones de Juan Enrique ", esto es, obedeciendo sus órdenes.



12.3.- De todo lo expuesto podemos concluir que no existen pruebas suficientes para fundamentar la condena. La estructura lógica del razonamiento o juicio sobre la prueba es débil y no alcanza las seguridades mínimas para responsabilizar al recurrente del hecho delictivo.

La fragilidad o debilidad incriminatoria resulta incompatible con el juicio de certeza que debe generar toda prueba de cargo que fundamenta la convicción del juzgador para dictar una sentencia condenatoria, y que se traduce, por otra parte, en la falta de la necesaria racionalidad de tal valoración cuando dicha prueba, por la inconsistencia e incertidumbre de que adolece, no excluye la duda razonable de un resultado valorativo diferente.

En efecto, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, se requiere que las objeciones oponibles por el acusado se muestren carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad dudas que puedan considerarse razonables.

Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena.

Puede decirse, finalmente -dice la STS 681/2010, de 15-7- que cuando existe una duda objetiva debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado, sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Estimado el presente motivo, resulta innecesario el análisis de los restantes.

DÉCIMO TERCERO.- Estimándose parcialmente los recursos interpuestos por Juan Enrique y Adrian ; y estimándose en su totalidad el recurso interpuesto por Segundo , se declaran las costas de oficio (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

1º) Estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Juan Enrique ; y de Adrian ; y **estimaren su totalidad** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Segundo** , contra la sentencia nº 15/2020, de fecha 21 de enero de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 249/2019.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 771/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente



D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 4 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Alicante, seguida por delito de prevaricación, contra Juan Enrique , con DNI nº NUM027 ; Segundo , con DNI nº NUM028 ; y Adrian , con DNI nº NUM029 , fallada posteriormente por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, en Procedimiento Abreviado nº 56/2018, recayendo sentencia de fecha 28 de octubre de 2019, que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en el Rollo de Apelación nº 249/2019, dictó sentencia nº 15/2020, de 21 de enero de 2020, que fue recurrida en casación por los condenados, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida, que no se opongan en relación a Segundo a lo razonado en la sentencia precedente, y en concreto de la frase "los acusados actuaron arbitrariamente al adjudicar los servicios", se sustituye "los acusados", por " Juan Enrique y Adrian ".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho duodécimo de la sentencia precedente, procede absolver a Segundo del delito de prevaricación por el que se le había acusado.

SEGUNDO.- Tal como se ha razonado en los fundamentos de derecho segundo y octavo de la sentencia precedente, las penas impuestas a los acusados Juan Enrique y Adrian en la sentencia recurrida, deben dejarse sin efecto, al vulnerar el principio de reformatio in peius, e imponer las impuestas en la sentencia de instancia, esto es, 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el ejercicio de los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde o Concejal de cualquier Corporación Local a Juan Enrique , y 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el ejercicio de los cargos de asesor y/o funcionario de cualquier Corporación Local a Adrian .

FALLO

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

1º) Manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia nº 15/2020, de fecha 21 de enero de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 249/2019, **debemos absolver y absolvemos a Segundo** del delito de prevaricación por el que había sido condenado, declarando de oficio 1/3 de las costas procesales y dejando sin efecto cuantas medidas aseguratorias se tomaron en su contra.

2º) Debemos condenar y condenamos a Juan Enrique como autor responsable de un delito continuado de prevaricación, a la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el ejercicio de los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde o Concejal de cualquier Corporación Local, y al pago de 1/3 de las costas.

3º) Debemos condenar y condenamos a Adrian como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación, a la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implique el ejercicio de los cargos de asesor y/o funcionario de cualquier Corporación Local, y al pago de 1/3 de las costas.

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



Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ