

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063271

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 200/2018, de 25 de abril de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 974/2017

SUMARIO:

Delito de prevaricación administrativa. Delito de falsedad documental. Dilaciones indebidas.

Tipificación de los hechos como delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP en lugar de la condena del Tribunal de instancia por delito de falsedad documental en concurso medial con fraude a la Administración Pública cometido por un Alcalde. Alteración del contenido del contrato para la contratación de una obra por la empresa adjudicataria, modificando las condiciones respecto al contenido del pliego de condiciones y la adjudicación con respecto al inicio del devengo de la obligación de pago del canon por la adjudicación. Integra una resolución arbitraria, porque se llevaba a cabo «a sabiendas» de su injusticia, porque no eran esas las bases de la adjudicación y esa firma de ese contrato alteraba el pliego de condiciones de forma consciente y dolosa. Y este dolo viene probado por la propia referencia de la sentencia al traslado del secretario del Ayuntamiento de la incorrección de lo que se estaba haciendo.

El delito de prevaricación sanciona 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. 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.

Coocurrencia de tres requisitos para la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas: a) el carácter extraordinario e indebido de la dilación; b) su no atribuibilidad al propio inculpado; y c) la falta de proporción con la complejidad de la causa.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 116.1, 390, 404 y 436.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 849.2.

Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don Vicente Magro Servet.

RECURSO CASACION núm.: 974/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente, presidente
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Antonio del Moral Garcia
D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación del acusado recurrente D. Porfirio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, que le condenó por delitos de falsificación de documento público siendo autoridad y de fraude a la Administración, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia, y la recurrida Acusación Particular Dña. Noelia y Jose Manuel , representados por la Procuradora Sra. Lobera Argüelles.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Guernika incoó procedimiento abreviado con el nº 615 de 2015 contra Porfirio , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, que con fecha 10 de marzo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- Son hechos probados y así se declara que Porfirio , nacido el NUM000 de 1953, con documento nacional de identidad número NUM001 y sin antecedentes penales, desempeñó el cargo de alcalde del Ayuntamiento de Bakio desde el 17 de junio de 1995 hasta el final de la legislatura desarrollada entre los años 2007 al 2011. En fecha 28 de febrero de 2007, la corporación municipal reunida en sesión plenaria de carácter ordinario adoptó entre otros acuerdos, la adjudicación de la contratación de las obras de construcción de un centro de talasoterapia y servicios de playa a instalar bajo el paseo marítimo, así como la concesión de la explotación del servicio de talasoterapia durante catorce años, a la mercantil TALASOTERAPIA KIURA SL, y ello con arreglo al pliego de condiciones económico-administrativas reguladoras de dicha contratación. El representante legal de la mercantil era Ambrosio , quien falleció el día tres de abril de 2014. En el citado pliego de condiciones se estableció que como contraprestación por la cesión del Centro Talasoterapia Bakio, el adjudicatario debería abonar al Ayuntamiento de Bakio los conceptos señalados en el contrato de cesión, manifestando la disposición 1.4.6 del pliego, bajo el epígrafe devengo y forma de pago que el canon de cesión se devengará mensualmente a partir de la adjudicación del CENTRO TALASOTERAPIA BAKIO y se pagará por meses anticipados, dentro de los cinco (5) primeros días naturales de cada mes. Este canon ascendía a 120.000 € anuales. Porfirio , con conocimiento del contenido de dicha disposición, sabiendo que no podía ser discrepante con el contenido del contrato administrativo y con el propósito de beneficiar a la adjudicataria TALASOTERAPIA KIURA SL, dio orden al Secretario de la Corporación, Darío , para que en el contrato administrativo fechado el siete de abril de 2008 se hiciera constar como cláusula 2ª) que el canon a favor del Ayuntamiento de Bakio, se devengará desde la fecha de firma del contrato. No obstante lo anterior, el pago de dicho canon no se iniciará hasta el momento del inicio efectivo de la explotación del centro de talasoterapia... El Ayuntamiento de Bakio abonaba a la Demarcación de Costas del Ministerio de Medio Ambiente en el País Vasco, el canon anual por la concesión de la ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre para el acondicionamiento de unas instalaciones como balneario en la playa de Bakio otorgado por Orden

Ministerial de fecha 24 de octubre de 2006, por un importe de 59.185'76 €. Porfirio, aun cuando la adjudicataria no había cumplido los plazos de construcción y no pagaba el canon, y pese a instarse por los grupos de la oposición política, no rescindió el contrato administrativo reseñado. La Corporación Municipal que se formó en la legislatura iniciada en el año 2011, de la que el encausado no formó parte, procedió en Pleno de fecha 25 de junio de 2012 a la rescisión del contrato administrativo con la adjudicataria TALASOTERAPIA KIURA SL reclamando a la mercantil 471.146'48 €. TALASOTERAPIA KIURA SL interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Bakio que resolvió el contrato y determinó la indemnización a abonar por aquella, siendo estimado parcialmente en primera instancia, que declaró prescrita la primera anualidad correspondiente al año 2007, estimación parcial revocada en apelación a instancia del Ayuntamiento. Existió paralización o ralentización en la tramitación de la causa entre la providencia de fecha 29 de octubre de 2010 dando traslado al Ministerio Fiscal, hasta que lo evacua el 8 de abril de 2011 (cinco meses y diez días); desde la presentación de escritos por la Procuradora Sra. Esesumaga en fechas 18 y 20 de julio de 2011, hasta que se acuerda unirlos a las actuaciones por diligencia de 9 de noviembre de 2011, tres meses y veinte días; desde la presentación de escrito por la misma Procuradora el 10 de abril de 2012, sin actuación intermedia (cinco meses) acordándose traslado en fecha 16 de abril de 2012 al Ministerio Fiscal, que lo evacuó el 19 de julio siguiente (tres meses); puestas las actuaciones en la mesa de la Instructora el 27 de julio de 2012, se acordaron la práctica de diligencias el 27 de noviembre de 2012 (cinco meses); solicitadas nuevas diligencias de prueba por la Procuradora Sra. Esesumaga en fechas 16 y 19 de abril de 2013, y oído el Ministerio Fiscal sobre su procedencia en junio siguiente, por la Instructora se acordó lo procedente el 19 de septiembre de 2013; traslado el dos de julio de 2014 al Fiscal para que informe, produciéndose éste el 3 de octubre siguiente (tres meses); recabada de nuevo documentación del Ayuntamiento se dictó providencia en fecha 26 de diciembre de 2014 teniéndola por unida, se tomó nueva declaración ampliatoria al investigado en el mes de enero de 2015 y una vez más se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para que informara (el 22 de enero) lo que hizo el 30 de abril siguiente (tres meses) que solicitó prueba documental y nueva declaración del investigado; remitida la causa al Juzgado de lo Penal en febrero de 2016, que lo reenvió a la Audiencia Provincial en el mes de marzo siguiente, se recibió el 25 de abril de 2016, señalándose la vista oral en diligencia de 12 de septiembre de 2016 (transcurrieron cuatro meses y veinte días). Formulada denuncia el 8 de junio de 2009 por delito de prevaricación/malversación, por providencia de fecha 20 de mayo de 2015 se acordó tomar declaración ampliatoria en calidad de investigado al Sr. Porfirio por la modificación de la cláusula del contrato ya referida, que se verificó el 7 de julio siguiente".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"PRIMERO.- CONDENAMOS a Porfirio como autor de un delito de falsificación de documento público siendo autoridad, concurriendo la circunstancia atenuante analógica cualificada de dilación en la imputación, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA DE TRES MESES, a razón de 20 € la cuota diaria con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas de multa no satisfechas e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o concejal y de todo el que conlleve por razón del mismo intervención en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública durante el tiempo de la condena. SEGUNDO.- CONDENAMOS a Porfirio como autor de un delito de fraude a la Administración, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o concejal y de todo el que conlleve por razón del mismo intervención en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública durante el tiempo de la condena. TERCERO.- En concepto de responsabilidad civil Porfirio indemnizará al Ayuntamiento de Bakio en la cantidad de 140.000 €, con el interés del artº 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. CUARTO.- Se imponen las costas causadas al condenado, que incluyen las de la acusación particular. Notifíquese la presente resolución a las partes y personalmente al encausado. Líbrese por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al libro de Sentencias penales de esta Sección. La presente no es firme y contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde el siguiente a la notificación de la misma, formalizándolo ante esta Sala".

**Tercero.**

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

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Porfirio , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero: Con base procesal en el art. 852 L.E.Cr ., al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E ., al ser condenado mi representado como autor de un delito de fraude a la administración pública sin que exista prueba de cargo suficiente.

Segundo.

Con base procesal en el art. 852 L.E.Cr ., al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E ., al ser condenado mi representado como autor de un delito de falsificación de documento público sin que exista prueba de cargo suficiente.

Tercero.

Con base procesal en el número 2 del art. 849 de la L.E.Cr . al haberse producido error en la valoración de la prueba que se pone de manifiesto por documentos obrantes en autos y, en concreto, por el contrato administrativo para la contratación de la construcción y explotación de un Centro de Talasoterapia Municipal, al que va unido el Pliego de Condiciones Económico-administrativas.

Cuarto.

Con base procesal en el número 1 del art. 849 L.E.Cr . al haberse producido error de derecho al calificar indebidamente los hechos como constitutivos de un delito de falsificación de documento público del art. 390.1.1º del C. Penal por el que ha sido condenado mi representado.

Quinto.

Con base procesal en el número 1 del art. 849 L.E.Cr . al haberse producido error de derecho al calificar indebidamente los hechos como constitutivos de un delito de fraude a la administración del art. 436 del C. Penal por el que ha sido condenado mi representado, en concurso medial con un delito de falsificación de documento público.

Sexto.

Con base procesal en el número 1 del art. 849 L.E.Cr . al haberse producido error de derecho al haberse aplicado al delito de fraude a la administración, la atenuante simple de dilaciones indebidas, cuando debió ser considerada como muy cualificada de conformidad con lo dispuesto en el art. 21.6º, en relación con el art. 66.1.2ª ambos del C. Penal .

Séptimo.

Con base procesal en el número 1 del art. 849 L.E.Cr . al haberse producido error de derecho al haberse condenado a mi patrocinado al abono de 140.000 euros de responsabilidad civil con infracción de lo dispuesto en el art. 116.1 del C. Penal .

Octavo.



Con base procesal en el número 1 del art. 849 L.E.Cr . al haberse producido error de derecho al haberse condenado al abono de las costas procesales causadas a la acusación particular, aplicando de manera indebida lo dispuesto en el art. 123 del C. Penal en relación con lo dispuesto en el art. 240 de la L.E.Cr .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos sus motivos, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida, y quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para celebración de vista el día 18 de abril de 2018, con la presencia del Letrado recurrente D. Javier Beramendi Fraso, en defensa del acusado Porfirio , que informó sobre los motivos; del letrado recurrido Dña. Gema Díaz Navarro en defensa de la Acusación Particular Dña. Noelia y Jose Manuel y con la también presencia del Ministerio Fiscal que impugnó los motivos 7º y 8º en el acto de la vista, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 10 de Marzo de 2017 por la que se condena a Porfirio como autor de un delito de falsificación de documento público siendo autoridad, concurriendo la circunstancia atenuante analógica cualificada de dilación en la imputación, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA DE TRES MESES, a razón de 20 € la cuota diaria con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas de multa no satisfechas, e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o concejal y de todo el que conlleve por razón del mismo intervención en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública durante el tiempo de la condena.

Del mismo modo, se le condena a Porfirio como autor de un delito de fraude a la Administración, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o concejal y de todo el que conlleve por razón del mismo intervención en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil Porfirio indemnizará al Ayuntamiento de Bakio en la cantidad de 140.000 €, con el interés del artº 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Contra la sentencia dictada se interpone recurso de casación por los motivos que se exponen a continuación.

Segundo.

Entiende el recurrente en sus dos primeros motivos que se basan en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24. 2 de la Constitución Española , al ser condenado como autor de un delito de fraude a la administración pública y falsedad sin que exista prueba de cargo suficiente. Y en el motivo 4º y 5 se alega infracción del art. 849.1 LECRIM por error de derecho al calificar los hechos como constitutivos de delito de falsedad y fraude a la administración.

Los cuatro motivos se centran en carencia de prueba de cargo para condenar, pues, e infracción de precepto del art. 390.1 y 436 CP .

Los dos primeros motivos se desestiman en cuanto a la inexistencia de prueba de cargo para condenar, pero se estiman parcialmente los motivos cuarto y quinto en cuanto a que se existe error de derecho para condenar por ambos tipos penales en concurso medial, pero entendiendo la Sala que los hechos probados constituyen un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP , por el que puede ser condenado por ser objeto de acusación por la fiscalía y la acusación, pero no por los antes expuestos del art. 390.1 y 436 CP , como más tarde se argumenta.



Por ello, exponemos las razones por las que esta Sala entiende que sí existe prueba de cargo para condenar, aunque por el delito de prevaricación, dado que fue objeto de acusación por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas y por la acusación popular, por lo que no se infringe el principio acusatorio.

Pues bien, hechas estas precisiones para valorar la prueba de cargo que, indudablemente, existe, pero para condenar por el delito que originariamente formulaba acusación la fiscalía y la acusación popular exponemos que:

Discrepa el recurrente de la existencia de una prueba de cargo suficiente para condenar, y expone las siguientes puntualizaciones:

1.- Que reconoció en su declaración en el acto de la vista que, dados los retrasos que estaba acumulando la firma del contrato, propuso al Secretario de la Corporación que en el contrato que se tenía que preparar se demorara el pago del canon, pero que nunca trasladó la posibilidad de que se condonara cantidad alguna a la empresa adjudicataria .

2.- En su ánimo no se trataba de perdonar cantidad alguna, sino que, debido a retrasos entre la adjudicación (febrero de 2007) y la firma del contrato (abril de 2008) no atribuibles a la adjudicataria parecía razonable facilitar el proceso, permitiendo un aplazamiento en el pago.

3.- Él no redactó ni el contrato, ni las condiciones económico-administrativas y que en ningún momento fue advertido por parte del Secretario de la Corporación de ninguna clase de irregularidad , así como que tampoco tuvo conocimiento sobre el informe del Secretario fechado el 4 de abril de 2008 y que le fue exhibido en el juicio oral.

4.- Tanto las condiciones económico administrativas, como el contrato firmado el 7 de abril de 2008 fueron redactados por el Secretario de la Corporación.

5.- La única prueba de cargo en la que se basa la condena son las manifestaciones del Secretario de la Corporación , si bien existen indicios suficientes como para concluir que la redacción concreta de la cláusula pudo deberse a un error de interpretación entre lo que proponía el Alcalde y lo que entendió el Secretario de la Corporación.

6.- Existe una discrepancia entre el contenido de las cláusulas del contrato y las cláusulas económico-administrativas que se pueden entender como una condonación de parte del canon, señalando la sentencia, que ese comportamiento se hizo con la intención de favorecer a la mercantil.

7.- Si el ánimo que presidió la conducta del recurrente hubiera sido el de favorecer a la empresa adjudicataria , condonándole el canon comprendido entre la fecha de la adjudicación, el 28 de febrero de 2007, y la fecha de la firma del contrato, el 7 de abril de 2008, carecería de sentido que, simultáneamente, en el contrato se elevara el canon de cesión , cuyo mínimo estaba fijado en las condiciones económico-administrativas en 120.000 euros anuales (folio 4.270), en el contrato se elevara, en su cláusula 2ª (folio 4.258) a 145.138,52 euros, además de su actualización por el IPC a partir del primer año.

8.- No consta que por parte del Secretario de la Corporación se informara al Sr. Porfirio de la existencia de contradicciones entre las cláusulas del mismo y el pliego de condiciones económico-administrativas.

9.- Todas las páginas del contrato están firmadas por el Alcalde y el representante de la mercantil TALASOTERAPIA KIURA SL, así como por el Secretario de la Corporación Municipal, Sr. Darío quien interviene asistiendo al Alcalde sin hacer manifestación alguna en contra.

10.- Con respecto al informe del Secretario del Ayuntamiento apunta que en ningún momento señaló que hubiera dado traslado al Alcalde de dicho informe, ni antes, ni con ocasión de la firma del contrato.

11.- No existe prueba documental alguna que permita sostener que el recurrente fuera informado sobre las discrepancias entre cláusulas del contrato y pliego y, mucho menos, de que se le informara de la ilegalidad de dicha circunstancia.

Pues bien, frente a ello, el Tribunal fija la prueba suficiente y válida en su proceso valorativo circunscribiéndolo en dos vías: la prueba documental y la prueba subjetiva respecto a la valoración de las pruebas personales, y así:

Prueba documental:

1.- En el Boletín Oficial de Bizkaia de fecha 4 de marzo de 2007, se expuso al público el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas Particulares que había de regir en el concurso público convocado para la ejecución de las obras de promoción, construcción, conservación y posterior explotación de un centro de talasoterapia y servicios de playa a instalar bajo el paseo marítimo de Bakio (folios 3.782 y 3.783).

2.- Obra, asimismo, a los folios 4.270 y ss dicho Pliego de Condiciones Económico-Administrativas del concurso que contempla en el punto 1.4.6, bajo el epígrafe devengo y forma de pago, que el canon de cesión se devengaría mensualmente a partir de la adjudicación del Centro de Talasoterapia y se pagaría por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días naturales de cada mes .

3.- Aparece a los folios 99 y 100, certificado del Secretario del Ayuntamiento de Bakio, Sr. Darío , referente a que en la sesión plenaria de carácter ordinario del día 28 de febrero de 2007, se adoptó entre otros el acuerdo de adjudicación de las obras a KIURA .

4.- A los folios 4.256 y siguientes obra también el Contrato Administrativo para la contratación de la construcción y explotación de un centro de talasoterapia municipal y construcción de servicios anexos a la playa de Bakio, fechado el 7 de abril de 2008, en el que se recoge como cláusula 2ª que el canon a favor del Ayuntamiento de Baldo, se devengaría desde la fecha de la firma del contrato, pero que no obstante lo anterior, el pago no se iniciaría hasta el momento del inicio efectivo de la explotación del centro de talasoterapia -folio 4.258-.

5. A los folios 97 y 98 obra informe sobre el contrato administrativo a suscribir con la empresa KIURA, elaborado por el Secretario del Ayuntamiento de Bakio, Darío , en el que hacía constar que la empresa había añadido una serie de apartados al contenido del contrato a formalizar, y entre ellos, en lo que se refería al devengo y pago del canon en contradicción con lo establecido en el pliego . Esto en relación a la adjudicación de la obra por concurso y al contenido del pliego y del contrato en relación a la cláusula del pago del canon.

6.- Añadir en relación al contrato administrativo reseñado que en él intervinieron, por una parte, el encausado Porfirio , alcalde del Ayuntamiento de Bakio (lo era desde el año 1995, ver folio 1.777) y en nombre y representación de aquella Corporación Local (artº 21.1 b) de la Ley 71/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local) asistido del secretario, Sr. Darío , y por la otra parte, Ambrosio , en nombre y representación de KIURA , quien falleció el 3 de abril de 2014 (folio 3.730).

7.- Se ha probado que el concejal de la oposición Candido de fecha 15 de enero de 2009 (folios 92 y ss) pedía la anulación del convenio con KIURA por incumplir el contrato y causar perjuicio al Ayuntamiento, exponiendo que aquella termina la obra [de los servicios de playa] fuera de los plazos en agosto de 2008 y no hay más actuación de la empresa en cuestión [...] ni empieza las obras ni deposita la renta mensual de 120.000 euros anuales con el agravante de que el ayuntamiento en todo este tiempo ha estado pagando el canon anual a Fomento sin que por parte de los responsables municipales dieran cuenta de cómo están las cosas . Con el consiguiente perjuicio a las arcas del ayuntamiento. Solicitaba en definitiva dicho concejal la revocación del convenio con KIURA y la ejecución de los avales.

8.- Esta cuestión se trató en el pleno ordinario celebrado el 29 de enero de 2009 (cuyo texto en euskera obra a los folios 99 a 101, y su traducción al castellano en los folios 182, 182 vuelto y 183, todos del rollo) pleno en el que el concejal Sr. Candido , puso de manifiesto la discrepancia entre el Pliego y el Contrato, no siendo hasta el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el día 26 de enero de 2012, que se acordó incoar el procedimiento para la resolución de la adjudicación del contrato de ejecución de las obras de autos, siendo en Acuerdo del pleno de 25 de junio de 2012, que se acordó dicha resolución (certificado del Secretario obrante a los folios 4.319 y ss).

9.- Obra a los folios 84 y ss del rollo de procedimiento abreviado, Sentencia nº 110/2015, de 29 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Bilbao en el procedimiento ordinario nº 229/2012 seguido a instancia de KIURA frente al Ayuntamiento de Baldo en impugnación del Acuerdo de 25 de junio de 2012 (sobre resolución del contrato e incautación de garantías) y del Acuerdo de fecha 29 de noviembre de 2012 (que fija la indemnización a pagar por la adjudicataria en 471.146'48 €) sentencia en la que se lee que la parte recurrente invoca el carácter vinculante del contrato administrativo de 8 de abril de 2008 en lo que se refiere al pago del canon que se demoraba al inicio de la explotación, resultando improcedente la reclamación realizada al finalizar la relación contractual (FJ 1º pfo 5º) y sentada la discrepancia entre el régimen del canon contenida en el pliego y en el contrato, se lee también que aun cuando ninguna de las partes ha interesado la nulidad del contrato administrativo por dicho motivo, dicha circunstancia no obstaculiza la resolución contractual pues, mientras no se determine lo contrario, el contrato ha desplegado sus efectos jurídicos. Lo que ocurre es que tales efectos deben interpretarse de conformidad con la legalidad vigente para resolver la contradicción referida (FJ 4º pfo 4º). Esta sentencia, que estimó parcialmente los pedimentos de la recurrente anulando la liquidación practicada por el Ayuntamiento, indicando que se haría conforme al Pliego pero excluyendo el periodo del año 2007, por haber prescrito, deciamos que esta sentencia fue revocada por la Sentencia nº 185/2016, de 11 de mayo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV (referida solo a la prescripción).

Prueba subjetiva:



Frente al alegato del recurrente de que el Tribunal no ha contado con prueba de cargo y suficiente para enervar la presunción de inocencia, se exponen por el Tribunal las conclusiones que se obtienen de las declaraciones personales realizadas en el juicio oral:

Declaración del acusado:

1.- Reconoce el acusado que hubo demoras en el pago del canon y también en la ejecución de la obra. Y que o importante para él era la ejecución del proyecto de servicios (baños, puesto de la Cruz Roja ...).

2.- Habló con el Secretario y le planteó demorar el pago de lo obligado, gracias a lo cual los servicios planeados estuvieron en marcha en la playa de Baldo en el año 2008.

3.- Que siempre se dijo que el pago era desde el momento de la adjudicación, que no se le perdonó a KIURA ni un euro. Exhibido el contrato obrante a los folios 4.256 y 4.261, manifestó que en ningún momento se habló de pago del canon desde el contrato, siempre se habló que desde la adjudicación.

4.- Exhibido el informe del Secretario de fecha 4 de abril de 2008, obrante a los folios 4.254 y 4.255, manifestó que el Secretario nunca le habló de dicho informe.

5.- Repitió que para que al Ayuntamiento no le costara ni un euro, vieron la posibilidad de hacer las obras que necesitaba el pueblo (sobre todo en época estival) y la posibilidad de hacerlo conjuntamente con la prioridad de los servicios.

6.- Después de la ejecución de los servicios la obra se paralizó y hubo concejales que solicitaron la rescisión del contrato por incumplimiento, pero que la situación estaba controlada. No veían perjuicio o desinterés en el contratista. Sabía que desde marzo de 2007 no se pagaba el canon, pero vieron buena voluntad.

7.- Fue el Secretario fue quien redactó el contrato, que estuvo presente en el momento de la firma, y no hizo ninguna advertencia sobre su contenido.

8.- Siempre creyó que KIURA tenía que pagar desde la adjudicación, nadie le dijo que se estaban alterando las cláusulas del contrato y no se le informó de que no se podía hacer.

Sin embargo, frente a estas declaraciones del recurrente eludiendo su responsabilidad en las modificaciones del contrato el Tribunal expone las del secretario municipal, quien manifiesta que:

Declaración del Secretario del Ayuntamiento:

1.- El Secretario Sr. Darío manifestó que era él quien redactaba los pliegos de condiciones y que en los expedientes de contratación también redactaba un informe, pero no en el contrato, porque tenía que concordar.

2.- Vio que había tres divergencias objetivas y, entre ellas, que el canon era desde la fecha del contrato y que se iba a demorar el pago, así que de forma no explícita, se perdonaba el canon.

3.- El Alcalde quería que el devengo fuera desde 2008 porque la adjudicataria tenía dificultades. Añadió que el contrato lo redactó él; que se le dijo que incluyera la cláusula de autos con las indicaciones que le dio el Alcalde, quien le manifestó haber llegado a un acuerdo.

4.- El Secretario expone que él le dijo al alcalde que no concordaba con el pliego.

5.- El Secretario expuso que le advirtió al alcalde del carácter ilegal, y que le dijo que no se podía hacer y el Alcalde le manifestó que había que hacerlo "por las circunstancias concurrentes".

6.- Solicitud de rescisión del contrato a la vista de lo que estaba ocurriendo: Declaró que Candido, en tres, cuatro, cinco plenos, quiso dejarlo sin efecto porque no pagaban el canon y la obra estaba parada.

Declaración del administrador de Kiura:

1.- Patricio dijo que fue administrador de KIURA dos o tres meses (entre el 7 de noviembre de 2006 y el 22 de enero de 2007) para ayudar en el proyecto y que cuando cesó le dio poderes a Ambrosio).

Declaración de Candido (promotor de la rescisión del contrato):

1.- Promovió unas veinte veces según dijo, la rescisión del contrato en los plenos municipales porque veía que económicamente era perjudicial para los intereses del municipio.

2.- Que KIURA no pagaban el canon de 120.000 euros, pero el Ayuntamiento sí pagaba el canon de 60.000 € a la Demarcación de Costas, pero el equipo municipal siempre tumbaba sus peticiones, por eso nunca las llegaron



a debatir, aunque cuando cambió el equipo de gobierno, siendo del mismo partido que el anterior, se sumaron a sus tesis.

3.- Que el encausado decía que tenía plena confianza en la empresa adjudicataria y que iba para adelante. Añadió que el representante de KIURA, Sr. Ambrosio y el Sr. Porfirio tenían relación (eran del mismo txoko).

4.- Condiciones plasmadas en el contrato : Declaró que el Secretario dijo en un pre-pleno que se había modificado el pliego de condiciones, manifestando que su impresión fue que hasta sus concejales (nombrando a Cayetano y a Africa) estaban sorprendidos. Que le preguntó al Secretario a este respecto y aquel le dijo que le había advertido que no era legal.

5.- Que el encausado Sr. Porfirio nunca dijo que hubiera pactado demora en el pago del canon y que pidiendo informe de ilegalidad al Secretario, se lo hizo .

Declaración de Noelia , concejal de la oposición:

1.- Señaló que el proyecto se puso en marcha en la legislatura anterior, en la que su grupo político no estaban en el Ayuntamiento. Manifestó que el Secretario muchas veces no se atrevía a darles información y que había ocasiones en el Pleno en que el Alcalde acallaba al Secretario. Y aludió a que Candido incluía en ruegos y preguntas su petición de rescisión.

2.- Ella no vio el contrato pero sí el pliego de condiciones: lo que no sabía era que había habido una modificación de esas condiciones.

3.- Pidieron explicaciones en el pre-pleno, creyendo que no todos los concejales (del PNV) lo sabían (citando también a Africa y Cayetano).

Declaración de Gloria , concejal de la oposición:

1.- Manifestó estar en la comisión de economía con el Alcalde, viendo facturas, comprobando que el Ayuntamiento pagaba todos los meses el canon a Costas y KIURA no, y cuando preguntaban al Alcalde decía que ya pagarán.

2.- En las reuniones pedían información y no se la entregaban sin más. Y que solicitando el expediente al Secretario, daba largas.

3.- En los plenos del presupuesto siempre se trataba este tema porque el canon que debía pagar la empresa adjudicataria venía como ingreso, pero no lo cobraban, añadiendo que el tema salía de forma recurrente en las comisiones.

Declaración de Cayetano , concejal del mismo partido que el encausado:

1.- Declaró que hubo retrasos en las obras y que en casi todos los plenos se aludía a la situación porque KIURA no pagaba el canon.

Declaración de Olga , amiga del encausado, concejal de su partido:

1.- Manifestó que la parte de obra pública sí se ejecutó (baños públicos, Cruz Roja y ondartzainas).

2.- Que en ocasiones el concejal Sr. Candido se quejó de los retrasos.

3.- La oposición siempre se manifestó en contra del proyecto y no había pleno en el que no se hablara de ello: no se estaba haciendo la obra y no se pagaba el canon.

Declaración de Africa , concejal del mismo partido que el encausado:

1.- Manifestó que hubo un retraso entre la adjudicación y el contrato. La oposición recamaba que no se pagaba y que el tema de KIURA salía en muchas ocasiones.

Dclaración de Gonzalo , concejal del mismo partido:

1.- No recuerda que el Sr. Porfirio hablara de modificar la cláusula del canon.



Declaración de Marcial concejal:

1.- Declaró que Candido solicitaba la rescisión del contrato por los impagos.

Declaración de Severiano , gerente contratado por el Ayuntamiento en la fecha de los hechos:

1.- Manifestó que el devengo del canon fue desde la adjudicación, pero que se permitió a KIURA una demora en el pago porque iban con retraso. Manifestó también que los términos del contrato y del pliego, tienen que concordar.

Tras la prueba practicada el Tribunal realiza su valoración acerca de la misma y expone las siguientes conclusiones de valoración de prueba:

1.- El Tribunal entiende que frente a la manifestación del ahora recurrente se alza como más verosímil la manifestación del Sr. Darío en el sentido de que introdujo dicha modificación en el contrato a petición del encausado.

2.- El Tribunal concluye y lo reconoce como hecho cierto y creíble que el secretario del Ayuntamiento le advirtió al recurrente de que el contrato no concordaba con el pliego, lo que pertenece al terreno de valoración de prueba con el privilegio de la inmediación por el Tribunal.

3.- El Tribunal concluye que la introducción de la cláusula que solo pudo hacerse a iniciativa de los intervinientes en el contrato e interesados en el retraso del devengo y pago del canon que eran, de un lado el representante legal de KIURA, que dejaba de pagar ciertas cantidades (la cláusula no era una mera demora en el pago, sino en la práctica, una condonación de parte de lo obligado) luego que se enriquecía con esa modificación y de otro el Alcalde, que veía ejecutadas ciertas obras en el paseo de la playa que como imagen exterior del municipio, a él beneficiaba cuando menos políticamente, sin obviar que uno y otro eran amigos.

4.- El Tribunal concluye que es indicio de que el recurrente sabía de la condonación del canon devengado entre la adjudicación y la firma del contrato, en tanto que desoyó las insistentes reclamaciones de resolución del contrato realizadas por la oposición (al menos por el Sr. Candido) y es que conocía que desde la perspectiva de KIURA no había impago del canon en el referido periodo.

Pues bien, frente a la queja del recurrente en orden a postular que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, se ha procedido a señalar cuál ha sido el material probatorio que la Sala valora con el privilegio de su inmediación, y es lo que ha tenido en cuenta el Tribunal de instancia en la construcción de los hechos probados, cuya tacha es intangible, y hay que recordar que este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012 en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE .

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

En el caso de que se alegue este principio lo que el Tribunal debe valorar es:

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

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



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

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

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

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

En consecuencia, en el presente caso la prueba ha existido, esta es válida y, además de cargo.

El Tribunal ha realizado una narración de los hechos probados, cuya intangibilidad es incuestionable, en base a la prueba antes expuesta de forma detallada en la presente resolución, y, frente a ello, el recurrente expone sus discrepancias en torno a que se otorgue mayor valor a la declaración del secretario del Ayuntamiento, pero es la conclusión valorativa a la que llega el Tribunal tras el análisis de la prueba, y es, precisamente, de lo que discrepa el recurrente.

No obstante lo cual, el proceso deductivo del Tribunal es acertado y correcto, basándolo en la declaración de quien intervino en el contrato con el Alcalde, quien expone que sí le advirtió a éste de la irregularidad que se estaba cometiendo en la alteración del pliego de condiciones, pese a la negativa a reconocerlo del recurrente, y que el contrato en su redacción final difería del pliego de condiciones, que era la guía para fijar ese contenido posterior que era inalterable, pero que, sin embargo, se alteró por indicación del recurrente.

El Tribunal lleva a cabo este proceso valorativo antes expuesto al analizar la documental antes expuesta, así como las declaraciones personales, teniendo en cuenta, sobre todo, la credibilidad que al Tribunal le merece la declaración del secretario de la corporación, que, por su objetividad, no se entiende que en su declaración judicial alterara lo que realmente ocurrió.

Con ello, constaba en el pliego de condiciones con claridad la obligación de pago del canon, por parte de la adjudicataria, desde el momento mismo de la adjudicación.

Sin embargo, también valoró el Tribunal el contrato administrativo, en que se alteran las condiciones del pliego, estipulando el pago desde el comienzo efectivo de la explotación.

Esto último se introduce por indicación del ahora recurrente, y a espaldas del propio pliego, conclusión amparada por la prueba practicada que es de cargo y válida, habiendo llegado a esa conclusión el Tribunal en su proceso valorativo.

El Tribunal resta valor a la exculpación del ahora recurrente entendiendo que:

1.- Tenía plena conocimiento de la discrepancia entre el pliego de condiciones y el contrato final, por cuanto fue él quien lo instó en su redacción final.

2.- Favorecía al adjudicatario al cambiar el inicio del pago y lo retrasaba de forma notable.

3.- Se trató de una actuación dolosa del recurrente, realizada con finalidades políticas, de imagen y proyección personales en el tema de autos.

4.- El secretario afirmó haber redactado el contrato según órdenes expresas del acusado, declaración a la que el Tribunal otorga credibilidad para atribuir al recurrente la autoría.

5.- Se ha hecho mención a la prueba testifical en donde declararon varios concejales en torno a las advertencias realizadas en torno a las disfunciones del contrato firmado sin que el recurrente lo resolviera.

Y como con acierto puntualiza la Fiscalía en este proceso valorativo que postula el recurrente en este motivo, y el segundo que expone, hay que recordar que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero en modo alguno puede entenderse que se ha producido una alteración de las reglas valorativas por el Tribunal o que haya acogido prueba inexistente, que no se haya practicado como se recoge en la fundamentación jurídica,



o que su explicación sea irracional. Lo que se pretende por el recurrente es invadir la inmediación y postular una valoración probatoria acorde con los motivos que expone.

Tercero.

Ahora bien, rechazados los motivos atinentes a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ante la existencia de la prueba de cargo practicada en el plenario con arreglo a los principios procesales, pasamos a analizar los dos motivos referidos al error de derecho del art. 849.1 LECRIM alegados con arreglo a la condena por los arts. 390.º y 436 CP, en cuyo planteamiento técnico jurídico tiene razón el recurrente, aunque la Sala entiende que, no por ello, debe dictarse la absolución pretendida, debido a que, sin vulnerar el principio acusatorio, dado que existió acusación, precisamente, por este delito, los hechos probados sí que son constitutivos de delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, que fue objeto de acusación por la fiscalía y por la acusación popular.

Cierto es que el art. 390.1 CP en cuanto al delito de falsedad exige un dolo falsario, pero este no se puede apreciar en este caso cuando se integra el contrato con el pliego de condiciones inicial formando parte del contrato al incorporarlo como ANEXO, nada menos, con lo que difícilmente se puede entender que existe alteración de la verdad, sino más bien constituye una arbitrariedad del recurrente al provocar esa firma de un contrato a sabiendas de que ello conllevaba diferir de la adjudicación y de la propia resolución aprobada de la que el contrato iba a formar parte como integrante de la misma.

Hemos reseñado que de la práctica de la prueba se llega a la conclusión de que el recurrente era consciente del acto de modificación, pero, aunque no suponga la mutación de la verdad que exige el art. 390.1 CP en cuanto a "acto falsario", sí que integra una resolución arbitraria, porque se llevaba a cabo "a sabiendas" de su injusticia, porque no eran esas las bases de la adjudicación y esa firma de ese contrato alteraba el pliego de condiciones de forma consciente y dolosa.

Por ello, si este acto no era un artificio para conseguir defraudar a la Administración, técnicamente debemos rechazar, también, que exista un delito del art. 436 CP, porque descartado el elemento de la falsedad, debe descartarse el nexo de unión de la falsedad por la que condena el Tribunal como artificio o medio para cometer el delito del art. 436 CP, por lo que debemos absolver al recurrente de estos delitos, pero condenar por el delito del art. 404 CP por las razones que se exponen.

1. Tipificación como delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP

Como hemos expuesto, en este caso no concurren los elementos del tipo penal del art. 390 CP, dado que el dolo de llevar a cabo la alteración clara y diáfana del contrato no es alteración de la verdad, sino más bien un delito de prevaricación que fue objeto de acusación por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, aunque alternativamente también propuso el del art. 436 CP por el que finalmente se decantó el Tribunal, pero que no comparte la Sala, sino más bien la ubicación de los hechos en el delito del art. 404 CP, como también se sostuvo por la acusación popular dirigiendo la acción por este delito únicamente, aunque finalmente fuera condenado por falsedad documental y fraude a la Administración.

Esta Sala entiende que la alteración del contrato no constituye delito de falsedad al tratarse de una maniobra del ahora recurrente de presentar con claridad pliego y contrato unidos en la firma, lo que demostraba la "claridad de la alteración", y sin esconder este cambio, lo que impide considerar que ello fuera el medio para considerar que existió un delito del art. 436 CP de fraude a la Administración, ya que éste requiere de un "artificio" para defraudar a un ente público. Con ello, si se niega la existencia del artificio no puede existir delito del art. 436 CP.

No existe un dolo falsario, ya que la alteración es evidente al hacer mención en el contrato (folio nº 4258) a que se sujeta éste al pliego de condiciones que se adjunta, ya que así consta en el último folio del contrato al anexas el pliego de condiciones, exteriorizando que se estaba alterando el contenido de éste y sin esconder esa alteración de la verdad. Sin embargo, esa actuación es prevaricadora en un procedimiento administrativo, porque va estrictamente unida a la resolución de adjudicación de la que no puede separarse intrínsecamente, formando un todo, y constituyendo, por ello, una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de que lo es. Y este dolo viene probado por la propia referencia de la sentencia al traslado del secretario del Ayuntamiento de la incorrección de lo que se estaba haciendo, pese a que el recurrente niegue que se le advirtió, ya que consta probado que antes, e, incluso, más tarde se le hizo saber de la injusticia del acto, y pese a ello nada hizo, manteniendo el contrato alterando la cláusula de la fecha del devengo del canon, como vehículo de la resolución de adjudicación.

El recurrente sabía perfectamente lo que estaba haciendo, ya que el Tribunal así lo confirma al valorar la prueba en su inmediación y dar credibilidad a la exposición del secretario del Ayuntamiento con respecto a la



advertencia de ilegalidad, si bien la consecuencia técnico jurídica en el orden penal sea otra distinta a la apreciada por el Tribunal de instancia.

2. Consideraciones sobre la existencia del delito de prevaricación del art. 404 CP con respecto al contrato alterado por el recurrente en desarrollo de la resolución de adjudicación y al distinguirse del pliego de condiciones

Introducimos en este apartado un matiz de relevancia para la subsunción de los hechos en este tipo penal, y no en los que son recogidos por el Tribunal.

Es preciso partir de la consideración del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP sobre el que esta Sala del Tribunal Supremo se ha pronunciado, por ejemplo, en la sentencia 259/2015 de 30 Abr. 2015, Rec. 1125/2014 señalando que:

"El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación:

- 1º) El servicio prioritario a los intereses generales.
- 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
- 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E).

Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 , 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002 , entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002 , entre otras) "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 ...".

El Código Penal 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 como 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).

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".

Pues bien, en el caso actual concurren los referidos requisitos.

1.- En primer lugar, no se cuestiona que en el recurrente concorra la condición de autoridad y funcionario, respectivamente, ya que se trata del Alcalde, y que se dictó la resolución de adjudicación de fecha 28 de Febrero de 2007 a favor de la mercantil Talasoterapia Kiura S.L. en un procedimiento de contratación administrativa, que compromete caudales públicos.



2.- En segundo lugar, no es incuestionable que el contrato difiere claramente del contenido que debía reunir, al alterar el pliego de condiciones en la cláusula del inicio de la obligación de pago; que el secretario le hizo la advertencia de ilegalidad; que consta ese informe al folio nº 4254, pese a que el recurrente negara conocerlo, y que, pese a ello, impuso su voluntad de que ese contrato se redactara alterando el pliego de condiciones, formando el contrato parte indisoluble de la resolución de adjudicación como "modus operandi" de desarrollo de la misma. Y que esta actuación era objetivamente contraria a derecho, como así se le había advertido antes de la firma por el secretario y después por los testigos que deponen en el plenario que reclamaron la resolución del contrato por alteración de las condiciones básicas ya expuestas.

Por ello, la ilegalidad es contundente y manifiesta, ya que se altera el contrato por su propia decisión y a sabiendas de que se modifican las condiciones de la adjudicación.

La presentación del contrato a la firma de la empresa adjudicataria era la forma de ejecutar la resolución administrativa de adjudicación, y, por ello, forma parte del procedimiento administrativo, que se colige con que ese contrato reúna las condiciones que se recogían en el pliego de condiciones que fue la base de las ofertas y de la adjudicación.

Por ello, entendemos que el contrato tiene con la resolución de adjudicación una línea relacional de tracto sucesivo, e inseparable, al formar parte esa redacción del contrato del procedimiento administrativo seguido como ejecución vehicular de la resolución administrativa de adjudicación conviene resaltar, como ya ha dicho esta Sala, 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 por la vía del art. 404 CP , 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 (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero , entre otras).

Así, como ya se expuso en la sentencia de esta Sala antes citada 259/2015 de 30 Abr. 2015 : "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 el 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 y STS 152/2015, de 24 de febrero , entre otras).

.....

Como se dice en la STS 600/2014 del 3 de septiembre , el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.

La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre , aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable".

La decisión del recurrente fue arbitraria, dado que lo hizo de forma unilateral, con la advertencia de que era ilegal, a sabiendas de la alteración de las condiciones y en clara contradicción con la resolución, lo que venía a



constituir la misma resolución la redacción del contrato, como parte integrante de la decisión de adjudicación y eslabón final de la cadena en el procedimiento administrativo.

3. El contrato forma parte de la resolución de adjudicación.

Debe resultar evidente que el eslabón final de la cadena del procedimiento administrativo que dimana de la resolución de adjudicación es la redacción y firma del contrato, y éste no se ubica en una ruptura causal con respecto a todo el procedimiento administrativo en sí mismo considerado, sino que forma parte del iter procedimental administrativo y, por ello, integra la condición técnica de resolución y es propiamente dicho "acto administrativo", y, como hemos dicho, operando en razón al tracto sucesivo entre resolución y contrato, lo que integra el delito de prevaricación al alterarse éste último.

Recordaremos que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 606/2016 de 7 Jul. 2016, Rec. 52/2016 señaló que se entiende por:

Por resolución : "el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral, ya que lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, recayente sobre un asunto administrativo".

Resolución arbitraria , equivale a resolución "objetivamente injusta", "en abierta contradicción con la ley" y de "manifiesta irracionalidad", hasta el punto de que sea posible afirmar que la resolución dictada no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto agente, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

Así, en relación al delito de prevaricación las irregularidades administrativas fueron esenciales y obviadas conscientemente para dar entrada a la arbitrariedad, al amiguismo y al clientelismo político, con desprecio y apartamiento voluntario de las normas administrativas que rigen la adjudicación de tales contratos".

La doctrina científica más reciente viene dando un paso más allá en el concepto de lo que se entiende por "Resolución" en el contexto del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP , para entender que el delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisivos adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que, cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo.

Y estas no solo se integran por una resolución stricto sensu , sino, y además, por un vehículo ejecutivo de la propia resolución, como puede ser un contrato en el que se alteren las condiciones o circunstancias en desarrollo de esa resolución, y que vienen a hacer que sea el contrato arbitrario y apartado "voluntariamente" de la inicial idea sostenida por la resolución inicial de una adjudicación a una empresa, como ocurre en este caso. Por cuanto si la idea o los parámetros de esa resolución se ponen de manifiesto en el tráfico jurídico por medio de un contrato, como es el firmado y que consta al folio nº 4256, y este se altera en relación sobre el pliego de condiciones que consta a los folios nº 4270 y ss, la redacción es arbitraria e injusta, ya que en el pliego consta que la fecha del devengo del pago es "la de la adjudicación" (folio nº 4276), mientras que en el contrato se altera (folio nº 4258) y se hace mención a que la fecha del devengo es la de la firma del contrato, pero ... no se iniciará el pago del canon hasta el momento del inicio de la explotación.

Con ello, esta alteración es " vehicular" de la resolución de adjudicación y viene a formar parte de ella, por cuanto viene a constituir un nexo indisoluble de la resolución, de tal manera que la arbitrariedad se consuma con la redacción del contrato alterando el contenido del pliego de condiciones que era la base, también, de la resolución en cuanto a los requisitos a cumplir con la empresa adjudicataria, pero que luego se difuminan de forma notable y grosera al modificar de forma radical un elemento tan sustancial en el contrato, como lo es la fecha del inicio de la obligación de pago retrasada, nada menos, que al inicio de la explotación de la concesión.

Se ha puesto de manifiesto por la doctrina sobre este tema que el delito de prevaricación administrativa supone la infracción del deber de actuar conforme al ordenamiento público que se impone a toda autoridad o funcionario público. Pero debemos indicar que en los casos en los que se alteran los contratos que son el "vehículo de ejecución" de una resolución administrativa de una adjudicación de una obra, concesión o similar no se trata de una mera irregularidad administrativa a resolver por los cauces de la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se trata de un ilícito penal comprendido en el art. 404 CP , por constituir este delito la mecánica ejecutiva de la alteración del contrato de forma clara y evidente, cuando se dispone del pliego de condiciones que sirvió de base a



la adjudicación y, pese a esta claridad, se altera este a la hora de firmar el contrato, por lo que no existe un delito de falsedad, no existiendo dolo falsario, sino un dolo inmerso en tipo penal del art. 404 CP que cumple los presupuestos antes expuestos.

De forma también expresa se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 149/2015 de 11 Mar. 2015, Rec. 2301/2013 donde, ante una condena por prevaricación administrativa del art. 404 CP, se alegaba por el recurrente que "en el caso actual no existe resolución administrativa arbitraria porque el contrato formalizado como consecuencia del acto de adjudicación no está sujeto al derecho administrativo, al ser un negocio jurídico bilateral sujeto al derecho privado. Por otra parte, las modificaciones introducidas en el contrato no suponen alteración sustancial del pliego de condiciones, estando autorizadas por el derecho privado, por lo que no pueden ser constitutivas de prevaricación".

Pues bien, esta Sala desestimó el motivo y expuso que: "En definitiva, con carácter previo al contrato existía una verdadera resolución administrativa. Añadiendo poco después que "como se ha señalado, la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en contratar caprichosamente, en la que el Decreto de la Alcaldía constituye el soporte administrativo previo y la firma del contrato es la materialización o ejecución de lo acordado"... En la reciente STS 600/2014 del 3 de septiembre, se califica de prevaricación una contratación irregular realizada por una empresa municipal, cuyo capital estaba íntegramente desembolsado por el Ayuntamiento, razonando que "La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta en el primer caso, con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y con el contrato laboral en el tercero. Hay que recordar que por resolución administrativa debe entenderse cualquier resolución -escrita o no- que tenga carácter decisorio. En definitiva, debe tratarse de un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general (STS 627/2006). Tal acto administrativo no está sujeto a un rígido esquema formal ".... admitiendo la existencia de actos verbales" (STS de 8 de Junio 2012)".

... El delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir a resoluciones en el sentido de actos decisorio adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo".

También esta Sala ya había señalado, al interpretar el concepto de "resolución administrativa" que "es un acto de contenido decisorio que resuelve sobre el fondo de un asunto con eficacia ejecutiva (SSTS 939/03, 27-6 ; 866/08, 1-12). Y abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales.

Vemos, en consecuencia, que si entendemos que el contrato firmado por el recurrente, e ideado por él en la modificación del pliego de condiciones, es una declaración de voluntad dirigida con la empresa que era la adjudicataria para fijar "las reglas del juego" de su relación con el Ayuntamiento en la explotación objeto del contrato, y que era la base de la resolución de adjudicación, ese contrato forma parte de ésta última, y la integra, y puede entenderse dentro del concepto de "resolución", porque define en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta.

Además, según el Diccionario de la Real Academia Española resolver es "tomar determinación fija y decisiva", por lo que el contrato en desarrollo de la adjudicación reúne estos elementos que permiten calificar el contrato dentro del concepto de resolución del art. 404 CP y calificarla en este caso como arbitraria a los efectos de integrar el delito del art. 404 CP.

Por ello, la Sala entiende que concurren los elementos típicos del delito del art. 404 CP, y no los de la falsedad y el de fraude a la Administración, debiendo esta Sala casar la sentencia en estos términos y absolver por los delitos que son objeto de condena y condenar por el delito de prevaricación del art. 404 CP a la pena que se dirá. Ello conlleva tácitamente la estimación del motivo 5º del recurso que cuestionaba que se había castigado por dos delitos (art. 390 y 436 CP) en concurso medial, aunque la Sala condene por el del art. 404 CP.

Cuarto.

Con respecto al tercer motivo de casación se basa en el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse producido error en la valoración de la prueba que se pone de manifiesto por documentos obrantes en autos y, en concreto, por el Contrato administrativo para la contratación de la construcción

y explotación de un Centro de Talasoterapia Municipal, al que va unido el Pliego de Condiciones Económico-administrativas.

El motivo se desestima.

Señala el recurrente que, simultáneamente, se firmaron el contrato y el pliego de cláusulas administrativas, y que del documento citado se desprenden los siguientes elementos de forma indubitada:

1º.- Que las partes intervinientes y el Secretario firmaron tanto el Contrato como el Pliego que forma parte inseparable de aquel.

2º.- Que, en consecuencia, se firmaron dos cláusulas que eran contradictorias entre sí.

3º.- Que la contradicción era interna al propio documento contractual que se firmó.

Puntualiza que no existe una mutación de la verdad que afecte a elementos esenciales, en tanto que en el documento aparece de forma clara la contradicción existe entre dos de las cláusulas (una del contrato y otra del pliego) por lo que no puede sostenerse la existencia de un delito de falsedad documental.

Sin embargo, no es esa la conclusión a la que llega el Tribunal, ya que la vigencia lo es del contrato, no del pliego de condiciones inicial, aunque vaya unido, o no, a él. Y es, precisamente, la alteración de los elementos sustanciales del contrato que finalmente se firma, y que dieron lugar al perjuicio al Ayuntamiento, lo que integra el delito, ya que queda constancia de la alteración del contrato a iniciativa del recurrente para modificar el devengo de la obligación de pago, que en lugar de ser la de la fecha del contrato, fuera la del "efectivo inicio de la explotación". Y, así, consta probado que el recurrente " dio orden al Secretario de la Corporación, Darío , para que en el contrato administrativo fechado el siete de abril de 2008 se hiciera constar como cláusula 2') que el canon a favor del Ayuntamiento de Bakio, se devengará desde la fecha de firma del contrato. No obstante lo anterior, el pago de dicho canon no se iniciará hasta el momento del inicio efectivo de la explotación del centro de talasoterapia".

Con esta modificación del pliego inicial, y pese a las advertencias del secretario del Ayuntamiento de que no era legal hacer esa modificación, el contrato se llevó a la práctica por la expresa indicación del recurrente, por lo que aunque fuera unido, o no, el pliego de condiciones, lo que estaba vigente era el contrato firmado, que es el que vinculaba a las partes en su ejecución; de ahí, las quejas que se produjeron por diversos concejales, y que han sido expuestas en la testifical antes referida acerca de los perjuicios que para el Ayuntamiento ello provocaba.

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

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

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999, de 5 de abril).



Sin embargo, hay que concluir que no existe contradicción alguna entre las afirmaciones del alegado documento -Contrato administrativo para la contratación de la construcción y explotación de un Centro de Talasoterapia Municipal, al que va unido el Pliego de Condiciones Económico-administrativas- y el hecho probado.

Teniendo por válida la existencia de la alteración del contrato frente a lo que consta en el pliego de condiciones, hay que fijar que se trató de una alteración impuesta por el recurrente al secretario y que provocó diferir la obligación de pago "para cuando la explotación se iniciara", en lugar de datarla a la fecha del contrato, ya que ello provocaba un beneficio para la empresa y un claro perjuicio para el Ayuntamiento, aunque, como luego veremos en materia de responsabilidad civil ello queda en las relaciones entre ambos.

Además, sea como fuere el documento que se cita, que es, por cierto, donde consta la alteración, es valorado en conjunción con el resto del material probatorio, como especifica el Tribunal de instancia, según ya se ha expuesto en el respeto al hecho probado.

Por último, decir que se exige para la virtualidad de este motivo impugnatorio que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. Y expuesto como consta no lo tiene, por cuanto la modificación del documento del contrato es hecho probado, pese a que el recurrente sostenga que el pliego se incorporó. Sin embargo, en este caso como acto integrante de un dolo de dictar a sabiendas la resolución que suponía la parte más relevante del eslabón de la cadena del procedimiento administrativo, como era el acto de la firma del contrato

Quinto.

Con respecto al sexto motivo de casación se basa en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse producido error de derecho al haberse aplicado al delito de fraude a la administración, la atenuante simple de dilaciones indebidas, cuando debió ser considerada como muy cualificada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.6º, en relación con el artículo 66.1.2ª ambos del Código Penal .

Adaptado a lo que se ha resuelto, y habiéndose reconocido en la sentencia la existencia de la atenuante de dilaciones indebidas, debe mantenerse aunque no así la muy cualificada. Y para ello hay que ver la motivación del Tribunal al respecto, y por ello se apunta que:

"Examinadas las actuaciones, la Sala ha detectado los siguientes tramos temporales de paralización/ralentización a los efectos de valorar una posible atenuante de dilaciones indebidas: entre la providencia de fecha 29 de octubre de 2010 dando traslado al Ministerio Fiscal, hasta que lo evacua el 8 de abril de 2011 (cinco meses y diez días, folios 350 y 353); desde la presentación de escritos por la Procuradora Sra. Esesumaga en fechas 18 y 20 de julio de 2011 -folios 409 y 457- hasta que se acuerda unirlos a las actuaciones por diligencia de 9 de noviembre de 2011, folio 467, tres meses y veinte días; tras esto se recibió ingente documental, formándose los tomos 111, N y V; presentándose escrito por la misma Procuradora el 10 de abril de 2012, sin actuación intermedia (cinco meses, folio 1490); acordado traslado en fecha 16 de abril de 2012 al Ministerio Fiscal, este se evacuó el 19 de julio siguiente (tres meses, folios 1496-1506); puestas las actuaciones en la mesa de la Instructora el 27 de julio de 2012, se acordaron la práctica de diligencias el 27 de noviembre de 2012 (cinco meses f.1505-1509); solicitadas nuevas diligencias de prueba por la Procuradora Sra. Esesumaga en fechas 16 y 19 de abril de 2013, y oído el Ministerio Fiscal sobre su procedencia en junio siguiente, por la Instructora se acordó lo procedente el 19 de septiembre de 2013 (folios 1757, 1768, 1778 y 1780), lo que supone una ralentización de cinco meses; traslado el dos de julio de 2014 al Fiscal para que informe, produciéndose éste el 3 de octubre siguiente (folios 3713-3718, tres meses); recabada de nuevo ingente documentación del Ayuntamiento se dictó providencia en fecha 26 de diciembre de 2014 teniéndola por unida, se tomó nueva declaración ampliatoria al investigado en el mes de enero de 2015 y una vez más se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para que informara (el 22 de enero) lo que hizo el 30 de abril siguiente (folios 4386 y 4391, tres meses) que solicitó prueba documental y nueva declaración del investigado, que así se acordó en proveído de 20 de mayo (la declaración de efectuó el 7 de julio de 2015) dictándose finalmente Auto de procedimiento abreviado el 1 de septiembre de 2015, presentándose escritos de acusación el 24 de septiembre y el 23 de octubre, dictándose Auto de apertura del juicio oral el 1 de diciembre siguiente, presentándose escrito de defensa el 16 de febrero de 2016, con remisión eses mismo mes al Juzgado de lo penal, que lo reenvió a la Audiencia Provincial en el mes de marzo siguiente, recibándose en esta sede el 25 de abril de 2016. Desde esta fecha (folio 7 del rollo) hasta que se señaló en diligencia de 12 de septiembre de 2016 (folio 15) transcurrieron cuatro meses y veinte días.

Así las cosas, sumados los lapsos temporales señalados, se dio una paralización o ralentización en la tramitación de la causa, que asciende a treinta y siete meses y veinte días (tres años, un mes y veinte días), no a



los cuarenta y nueve meses que la defensa alegó sin concretar los periodos . Pero, aunque este último lapso hubiera quedado acreditado (cuatro años y un mes) en uno u otro supuesto nos hallamos ante una dilación extraordinaria encuadrable en la atenuante simple del artº 21.6 CP , y no ante la cualificada que se pretendió ".

Pues bien, ante ello hay que señalar que como se lee en la STS nº 941/2016, de 15 de diciembre , "En nuestra STS 578/2016 de 30 de junio , con cita de las STS nº 586/2014 de 23 de julio y nº 126/2014 de 21 de febrero recordábamos la doctrina de esta Sala conforme a la cual: Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que sean desmesuradas. Y en la STS 357/2014 de 16 de abril insistimos: si la atenuante simple exige unos retrasos extraordinarios, para su cualificación, habrá de reclamarse mucho más: una auténtica desmesura que no pueda ser explicada. Atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria ("fuera de toda normalidad"); eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable.

Y entre los criterios que debemos analizar para la constatación de esa desmesura, cabe acudir no solamente, en cuanto a la duración, al tiempo extraordinario desde la perspectiva global del total procedimiento, sino a otros más específicos: como la pluralidad y dimensión de los periodos de paralización o ralentización.

La cualificación también reclama que la falta de justificación sea más ostensible o de mayor entidad que la considerada para la atenuante ordinaria "[...] Para la calificación de la atenuante como muy cualificada, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha contemplado demoras o paralizaciones cuya suma sea superior a varios años. En tal sentido, SSTS 655/2003 para nueve años ; 291/2003 para ocho años , en el mismo sentido 71/2009 ; 883/2009 se refiere a la cuasi prescripción o 238/2010 para cuatro años y ocho meses ".

Pues bien, el Tribunal declara que "en el caso de autos, cuya instrucción no puede calificarse de sencilla en tanto que se inició con la investigación de varios hechos que requirieron la traída a la causa de copiosa documental, señalar que los periodos en los que no avanzó la instrucción, nunca superaron los cinco meses, siendo en su mayoría de tres meses o poco más. Y en cualquier caso el cómputo de esa paralización en su conjunto, no se aproxima a lo que jurisprudencialmente ha merecido ser reputada como paralización desmedida que justificaría calificar la atenuante (que sí acogeremos como simple) como cualificada. Esto en relación al delito de fraude".

Sobre esta cuestión hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado reiteradamente sobre la diferencia en la determinación y acogimiento de la atenuante de dilaciones indebidas como simple o muy cualificada, y así, por ejemplo, en el Auto de esta Sala 1782/2014 de 6 Nov. 2014, Rec. 1096/2014 se recuerda que: "El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama (SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre).

La nueva redacción del art. 21.6 del CP , exige la concurrencia de tres requisitos para la apreciación de la atenuante:

- a) el carácter extraordinario e indebido de la dilación;
- b) su no atribuibilidad al propio inculpado; y
- c) la falta de proporción con la complejidad de la causa.

El carácter indeterminado de esas pautas valorativas, confieren utilidad a buena parte del cuerpo de doctrina ya proclamado por esta Sala en el marco jurídico previgente. Lo que está fuera de dudas es que los requisitos que ahora se proclaman de forma expresa en el listado de las atenuantes específicas, sólo adquieren sentido como reglas de valoración referidas al caso concreto. No se trata de claves abstractas para resolver sobre la razonabilidad del plazo, sino de pautas para evaluar, una vez el proceso penal ha concluido, si su duración ha sido o no razonable (cfr. STS 385/2011, 5 de mayo entre otras)".

En el presente caso debemos sujetarnos a lo que se somete a la consideración real y no comparativa, como se pretende, y esto es a lo que el Tribunal de instancia concede -la atenuante simple de dilaciones indebidas- y, al mismo tiempo rechaza -atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas-. Y en este estado de cosas se entiende que el Tribunal ha sido suficientemente explicativo en orden a fijar que no ha sido insensible al paso del tiempo transcurrido, y así lo desgrena con detalle. Y por ello, y ante ello, ha apreciado la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del CP . Sin embargo, ha negado, con razón, la atribución a esa



atenuante del carácter cualificado que le atribuye ahora el recurrente. Pues bien, en el presente caso, la Sala no detecta paralizaciones que desborden el carácter simple de la atenuación, tal y como han sido valoradas debidamente por el Tribunal de instancia y que se sitúa en una paralización o ralentización en la tramitación de la causa, que asciende a treinta y siete meses y veinte días.

Además, recordemos que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en Sentencia 416/2013 de 26 Abr. 2013, Rec. 10989/2012 que: "En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio .

Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en:

- a.- Sentencia 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso);
- b.- Sentencia 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación);
- c.- Sentencia 506/2002, de 21 de marzo (9 años);
- d.- Sentencia 39/2007, de 15 de enero (10 años);
- e.- Sentencia 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración);
- f.- Sentencia 132/2008, de 12 de febrero (16 años);
- g.- Sentencia 440/2012, de 25 de mayo (diez años);
- h.- sentencia 805/2012, de 9 octubre (10 años);
- i.- Sentencia 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

Así pues, en el desarrollo explicativo del Tribunal antes expuesto no se aprecia en modo alguno un retraso que le haga merecedor de la aplicación de la atenuante en la condición reclamada como muy cualificada.

Sexto.

En cuanto a la penalidad a imponer debe estarse al texto legal vigente a la fecha de los hechos en el año 2008, más favorable al recurrente, donde se sancionaba el delito del art. 404 CP con la pena de 7 a 10 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, y dado que se aplicó la atenuante del art. 21.6 CP imponer la pena de 8 años de inhabilitación de empleo o cargo público, pero circunscrita al de alcalde, concejal, así como cualquier cargo de representación pública y todo aquél que conlleve por razón del mismo intervención en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública, por la especificidad del alcance de la condena en relación con los hechos concretos.

Séptimo.

Con respecto al séptimo motivo de casación se basa en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse producido error derecho al haberse condenado al recurrente al abono de 140.000 euros de responsabilidad civil con infracción de lo dispuesto en el artículo 116.1 del Código Penal .

El motivo se estima.

Señala el recurrente que aunque hubiera tratado de favorecer a la adjudicataria, tal y como se recoge en los hechos, su pretensión no causó un perjuicio al ayuntamiento, evaluable económicamente, ya que el 25 de junio de 2012 la Corporación Municipal acordó rescindir el contrato administrativo que le unía con la mercantil TALASOTERAPIA KIURA SL y procedió a reclamarle la cantidad que le adeudaba hasta ese momento, que ascendía a 471.146,48 euros.

Señala el recurrente que "La mercantil interpuso recurso contencioso-administrativo frente al referido acuerdo de la Corporación el cuál fue estimado en primera instancia parcialmente, al declarar prescrita la primera anualidad correspondiente al año 2007. Esta sentencia fue revocada por el tribunal superior al estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Bakio. Obran en el Rollo de Sala ambas sentencias (la primera de 29 de julio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Bilbao y la segunda dictada el 11 de mayo de 2016 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco).

Ningún perjuicio, en el orden civil, ha causado el comportamiento de mi patrocinado al Ayuntamiento de Bakio ya que la jurisdicción contencioso-administrativa ha resuelto que la mercantil debe de abonar el canon de cesión desde la fecha de la adjudicación de la contratación de las obras de construcción de un centro de talasoterapia y servicios de playa, así como la concesión de la explotación del servicio de talasoterapia.



Si el perjuicio económico no se ha irrogado al Ayuntamiento ya que la totalidad del canon de cesión debe de ser abonado por la adjudicataria, no procede condenar a mi patrocinado al abono de una cantidad que se corresponde, precisamente, con una parte de dicho canon, la correspondiente al periodo comprendido entre el 28 de febrero de 2007 y el 7 de abril de 2008, fecha de la firma del contrato".

Debe estimarse este motivo y entender que la relación lo es entre la mercantil y el Ayuntamiento quedando fuera del delito de prevaricación el alcance de esta reclamación que se dejaría en el marco de la reclamación ya realizada por el Ayuntamiento a la empresa por la vía ya utilizada, ya que se debe desconectar del delito por el que ha sido condenado el recurrente, dejando sin efecto la condena a la responsabilidad civil.

Octavo.

Con respecto al octavo motivo de casación se basa en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse producido error de derecho, al haberse condenado al abono de las costas procesales causadas a la acusación popular.

Esta Sala del Tribunal Supremo ya ha expuesto, entre otras, en Sentencia num. 798/2017 de 11 diciembre en casos semejantes que: "El motivo ha de prosperar. No procede la imposición de las costas de la acusación popular al recurrente condenado en la causa. La jurisprudencia de esta Sala ha entendido con carácter general que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), por lo que supone de repercusión adicional económica sobre el acusado condenado (STS 831/2014 de 27 de noviembre ; 174/2015 de 14 de Mayo ; 476/2016, de 2 de junio o 206/2017 de 28 de marzo). Criterio pacíficamente reiterado por la jurisprudencia, con las matizaciones establecidas en la STS 1318/2005, de 17 de noviembre (RJ 2006, 60) para el caso de delitos que contemplen "intereses difusos", donde el daño que los mismos producen incide sobre bienes colectivos, contenido de los derechos llamados "de tercera generación", excepción no predicable del supuesto de autos." Por ello, se estima el motivo no imponiendo las costas de la acusación popular.

Noveno.

Las costas se imponen de oficio en esta instancia al estimarse parcialmente el recurso en la medida antes expuesta.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado D. Porfirio , con estimación de los motivos cuarto, quinto, séptimo y octavo y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, de fecha 10 de marzo de 2017 , en causa seguida contra el mismo por delitos de falsificación de documento público siendo autoridad y de fraude a la Administración. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 974/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente, presidente
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Antonio del Moral Garcia
D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 19 de 2016, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 615 de 2015, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Guernika, seguido por delitos de falsificación de documento público siendo autoridad y de fraude a la Administración, contra el acusado Porfirio , nacido el NUM000 /1953, en Bakio, con D.N.I. nº NUM001 , hijo de Millán y de María, en situación de libertad provisional por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, con fecha 10 de marzo de 2017 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

De conformidad con nuestra Sentencia Casacional donde se explicita en el Fundamento jurídico nº 3 las razones de la fijación de la condena por esta Sala, dejando sin efecto las condenas impuestas por otros delitos, debemos condenar al acusado, como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el art. 404 del Código Penal con la concurrencia de circunstancia modificativa de atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP , a la pena de 8 años de inhabilitación de empleo o cargo público, pero circunscrito al de alcalde, concejal, así como cualquier cargo de representación pública y todo aquél que conlleve por razón del mismo intervención en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública, y absolviendo con ello de las condenas impuestas por el Tribunal por los delitos del art. 390.1.4 y art. 436 CP que se dejan sin efecto. Se deja sin efecto también el pronunciamiento de la responsabilidad civil, según se ha expuesto en el fundamento jurídico nº séptimo y del mismo modo se deja sin efecto la imposición de la condena en costas a la acusación popular.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY



y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos condenar a Porfirio , como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el art. 404 del Código Penal con la concurrencia de circunstancia modificativa de atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP , a la pena de 8 años de inhabilitación de empleo o cargo público, pero circunscrito al de alcalde, concejal, así como cualquier cargo de representación pública y todo aquél que conlleve por razón del mismo intervención en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública, dejando sin efecto y absolviendo con ello de las condenas impuestas por el Tribunal por los delitos del art. 390.1.4 y art. 436 CP que se dejan sin efecto, así como la condena impuesta a la responsabilidad civil y las costas de la acusación popular que se dejan sin efecto, declarándose de oficio las de esta instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez, presidente Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia
Vicente Magro Servet

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.