

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066042

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 342/2022, de 5 de abril de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 627/2021

SUMARIO:**Prevaricación administrativa. Elementos del tipo. Alcaldes. Contratación de servicios sin procedimiento alguno. Diferencias con ilegalidades administrativas.**

Omisión de todo cauce procedimental administrativo en la contratación de un letrado por la Corporación Municipal para asumir la defensa del Ayuntamiento y vecinos en un proceso penal. No poder admitirse que el acuerdo del Pleno no reúne la condición de acto administrativo (desde luego dotar a un acto administrativo de la aureola de *decisión política democráticamente adoptada* no permite sustraerse de la legalidad administrativa: el primer pilar del estado de derecho es el sometimiento de todos los poderes públicos - también los representantes electos de los administrados- a la ley), topáramos con los actos realizados (estén formalizados o sean actuaciones de hecho: en ambos casos pueden dar vida una prevaricación administrativa) como derivación de ese Pleno, actos que el *factum* endosa de forma inequívoca al acusado: recabó efectivamente los servicios del letrado y dio cumplimiento a las exigencias de ese arrendamiento de servicios (pagos) pactado al margen de toda la legalidad administrativa. Ni la absolución del resto de concejales que respaldó la propuesta ni la ausencia de una advertencia u objeción de ilegalidad por parte de alguien con facultades, autoridad y conocimientos suficientes para ello (el puesto estaba vacante) disculpan al acusado (alcalde municipal) de actuar conforme a la legalidad a la que despreció de facto. No puede negarse, al menos, un dolo eventual.

Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este *plus* viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. Se necesita una contradicción patente y grosera, o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso.

Si existiesen discrepancias sobre cuál era la naturaleza del contrato objeto de prevaricación (contratación de un letrado), también podría existir dudas sobre cuáles eran los trámites procedimentales que se debían seguir, lo que impediría hablar de una ilegalidad evidente flagrante a efectos penales y se quedaría en infracción administrativa, sin embargo, aquí en el supuesto de este caso no se trata de seguir un procedimiento en lugar de otro; aquí nos enfrentamos a la ausencia de todo procedimiento que conlleva al delito de prevaricación.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 21 y 404.

PONENTE:*Don Antonio del Moral García.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 342/2022

Fecha de sentencia: 05/04/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 627/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 627/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 342/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 5 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación con el nº 627/2021 interpuesto por Leandro representado por el Procurador Sr. D. José Ignacio López Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Wilfredo Jurado Rodríguez contra sentencia dictada con fecha 19 de noviembre de 2020 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra el recurrente por delito de prevaricación administrativa. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez instruyó PA nº 1119/2015, contra Leandro y otros. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinta) que con fecha 19 de noviembre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Que Leandro, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de Alcalde del Excelentísimo Ayuntamiento de Villacañeros vino en convocar pleno extraordinario a celebrar el día 25 de enero del 2007 cuyo orden del día tenía por objeto la aprobación si procedía del nombramiento y contratación del abogado Marcos García Montes para la defensa y representación del Municipio de Villacañeros con relación a los hechos ocurridos los días 30 y 31 de diciembre del 2006.

A tal acto asistieron el anterior y los concejales Filomena, Florencia, Maite, Ramón, Gregoria, Herminia, Rosendo, Sabino, Santos, Julia y actuando de Secretaria de la sesión, la Secretaria accidental del Ayuntamiento Modesta.

Abierto el acto por mediar quorum suficiente Leandro en su condición de alcalde propone al pleno municipal la contratación del Bufete de D. Abilio para el asesoramiento, la defensa y la representación del Municipio, sus vecinos y el propio Ayuntamiento.

Por unanimidad de los concejales y Alcalde presidente se acordó: contratar los servicios de asesoramiento, representación y defensa del Municipio de Villacañeros y posibles vecinos encausados, del abogado D. Abilio en relación con los hechos ocurridos en Villacañeros los días 30 y 31 de diciembre del 2006; Segundo: Facultar al alcalde para la firma de cuanto documentos sean precisos a tal fin, y Tercero: Facultar al Señor alcalde para ejercitar las acciones judiciales y otra índole en nombre y representación del Municipio como perjudicado. Tal acuerdo de contratación de servicios jurídicos vino en aprobarse sin tramitación alguna de expediente de contratación y peticiones de informe alguno, con falta de previsión presupuestaria y sin que viniera en ser formalizado y con pleno conocimiento de ello y de su consiguiente ilegalidad por el encartado Leandro quien se hallaba notablemente ofuscado con ocasión de la fuerte perturbación entre los vecinos por razón de las pesquisas y actuaciones que en el curso del mes de enero del 2007 efectúa la Guardia Civil sobre los hechos acaecidos en 30 y 31 de diciembre cuando en este último día se congregó una muchedumbre de los vecinos ante la vivienda del también vecino Benjamín quien tenía fuertemente soliviantado los ánimos de la población contra respecto del mismo desde hacía ya tiempo y de ellos unos cuantos fueron condenados por los hechos fijados como probados en sentencia firme de 17 de noviembre del 2014 dictada por el Juzgado de lo Penal número 2 de Getafe.

El letrado D. Abilio en ejecución de tal acuerdo vino en hacerse cargo de la defensa de unos 20 vecinos aunque con el transcurso del tiempo y vicisitudes de la causa penal en la que aquéllos estaban encartados se vino en reducir tal número.

En ejecución de tal acuerdo en su condición de alcalde Leandro vino en ordenar que se hicieran cuatro pagos al despacho de abogados del Señor Abilio por los servicios que el anterior estaba prestando en el asesoramiento y defensa de los vecinos en el procedimiento penal abierto ante el Juzgado de Instrucción número I de Aranjuez por cuantía total de 46.000 euros y al respecto por el Secretario interventor Dimas, mayor de edad y sin antecedentes penales, vino en librar tal pago distribuido del siguiente modo: el día 30 de abril del 2007, 12.000 euros; el 31 de julio del 2007, 12.000 euros, el día 30 de junio del 2008, 12.000 euros; y el 31 de octubre del 2009, 10.000 euros.

Las actuaciones penales traen causa de la denuncia interpuesta por El Ministerio Público con fecha de presentación el 26 de junio del 2015 y se vienen en incoar por medio de auto dictado por el Juzgado de Instrucción de Aranjuez número 2 el 31 de junio del 2015; recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial y repartidas a este Tribunal tiene entrada en el mismo el 24 de octubre del 2018 para con fecha 11 de diciembre del 2019 dictarse auto en admisión de pruebas y señalarse por diligencias de ordenación de tal fecha la celebración del juicio el día 29 y 30 de octubre del 2020 junto con los días 2, 3 y 4 de noviembre de los corrientes".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Leandro como responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal ya definido, concurriendo las circunstancias que modifiquen su responsabilidad criminal consistente en las atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 y la de estado pasional del art. 21.3, ambos del Código Penal, a la pena de tres años y seis meses de inhabilitación para empleo o cargo público en la Administración Local así como al pago de la mitad de las costas procesales.

Que debemos de **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Leandro y Dimas del delito de malversación del artículo 433.2 del C.P en redacción anterior a la L.O 1/2015 y declarando de oficio las costas de su respecto.

Que debemos de absolver y absolvemos a Filomena, Florencia, Maite, Ramón, Gregoria, Herminia, Rosendo, Sabino, Santos, Julia de los hechos enjuiciados.

Firme la presente quede sin efecto la sendas fianzas prestada por Dimas y que fue declarada bastante por auto de fecha 24 de junio del 2019 dictado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Aranjuez y la ofrecida por Leandro y declarada bastante por auto de fecha 24 de junio del 2019.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo por término de cinco días a partir de la última notificación".

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el condenado, 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, alegando los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se renuncia. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. Motivo tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECrim. Motivo cuarto.- Se renuncia.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 29 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

El recurso a resolver, tras la reducción operada en fase de formalización, queda integrado por dos motivos.

Se alega en el primero que el acuerdo emanado del pleno de la Corporación Municipal constituiría una proclama política a la que no cabe otorgar la naturaleza de acto administrativo al acuerdo sobre el que, en el planteamiento de la acusación, pivotaría la prevaricación, tanto por su contexto como por su indeterminación y carácter genérico. No sería dable trasladar la antijuricidad a otros actos posteriores transformando el objeto del proceso con detrimento, si no olvido, del principio acusatorio.

La argumentación es tan habilidosa como falaz.

El hecho probado -y el escrito de acusación! (folio 1002)- recoge dos momentos: de una parte, la adopción del acuerdo en el pleno de la Corporación convocado por iniciativa del acusado como Alcalde Presidente con la propuesta de contratación de los servicios del letrado indicado (sin prever el seguimiento de los trámites preceptivos impuestos por la legislación administrativa que queda detalladamente consignada en la sentencia de la Audiencia); y, posteriormente, los pagos realizados por orden del acusado en ejecución de esa contratación para lo que le delegó el Pleno ("Facultar al Alcalde para la firma de cuantos documentos sean precisos para tal fin").

Si se llegase a admitir -y no hay ninguna razón para ello- que el acuerdo del Pleno no reúne la condición de acto administrativo (desde luego dotar a un acto administrativo de la aureola de decisión política democráticamente adoptada no permite sustraerse de la legalidad administrativa: el primer pilar del estado de derecho es el sometimiento de todos los poderes públicos -también los representantes electos de los administrados- a la ley), toparíamos con los actos realizados (estén formalizados o sean actuaciones de hecho: en ambos casos pueden dar vida una prevaricación administrativa como recuerda el Fiscal con cita de abundante jurisprudencia: SSTS 600/2014, de 3 de septiembre y 300/2012, de 3 de mayo y ATS de 9 de mayo de 2014) como derivación de ese Pleno, actos que el factum endosa de forma inequívoca al acusado: recabó efectivamente los servicios del letrado y dio cumplimiento a las exigencias de ese arrendamiento de servicios (pagos) pactado al margen de toda la legalidad administrativa, desglosada y desmenuzada en la sentencia de instancia.

Segundo.

El primer motivo introduce otro argumento que gira en torno al tipo subjetivo, aunque enlaza más con un problema de presunción de inocencia que de tipicidad. Rechaza la suficiencia y carácter concluyente de los indicios apuntados por la Audiencia para descartar que el acusado no fuese consciente del grosero apartamiento de la legalidad que representaba esa contratación acordada sin respeto a la legalidad administrativa.

Ni la absolución del resto de concejales que respaldó la propuesta (lo que es tema en el que no podemos entrar: no es un problema de principio de igualdad por cuanto la situación ante un órgano judicial de unos y otros es radicalmente diferente -uno venía acusado por el Ministerio Público; el resto no-, lo que podría venir explicado por esa extensión de la antijuricidad desde el acuerdo de Pleno a las actuaciones posteriores llevadas a cabo ya exclusivamente por el Alcalde); ni la ausencia de una advertencia u objeción de ilegalidad por parte de alguien con

facultades, autoridad y conocimientos suficientes para ello (el puesto estaba vacante) disculpan al acusado de actuar conforme a la legalidad a la que despreció de facto. La deducción de la Audiencia es totalmente racional (fundamento de derecho quinto de la sentencia). No puede negarse, al menos, un dolo eventual.

Tercero.

La inclusión en el hecho probado de la literalidad de la certificación del Pleno de la Corporación Municipal en nada variaría la subsunción jurídica como se deduce de lo razonando en el fundamento de derecho primero de esta sentencia. Por tanto, el tercer motivo que, a través del art. 849.2º LECrim propone esa mutación, tampoco resulta prosperable. El cambio en el hecho probado por virtud del art. 849.2º solo es viable cuando tenga repercusiones en la tarea de subsunción.

Cuarto.

Suscita el Fiscal otra cuestión. De manera implícita y sin alterar su posición formal y oficial de impugnación del recurso, invita a plantearnos con cita de algunos precedentes, si la ilegalidad que determina la condena (apartamiento del procedimiento reglado para la contratación de un letrado en que asumiese la defensa de los vecinos y el Ayuntamiento implicados en un proceso penal) encierra la intensidad suficiente para, rebasando el listón de la mera ilicitud administrativa, adentrarse en el territorio de la prevaricación penal.

Invoca dos precedentes. De un lado, el ATS de 6 de abril de 2015 (causa especial 20632/2014). Recuerda tal Auto, en pasaje que viene a respaldar la decisión de la Audiencia: "que una omisión del procedimiento pueda dar lugar a un delito de prevaricación. Ahora bien, ello será así sobre la base, determinada previamente, de cuál es el procedimiento concreto que se ha soslayado, a fin de concretar cuáles son los trámites de los que se prescinde y cuáles son los controles que se eluden. Sin embargo, en autos, ese procedimiento concreto no resulta evidente y patente, en la medida en que se discute qué naturaleza tiene el contrato suscrito con el letrado.

En efecto, la atribución de un posible delito de prevaricación se fundamenta en el hecho de que la contratación del mismo se debió llevar a cabo mediante lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2010, 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; a través de la figura contractual del "contrato no menor", lo que habría exigido formalizar un solo contrato, respetando los principios de publicidad y concurrencia y siendo el Pleno de la Corporación el órgano competente para la contratación. En este sentido, obra Informe emitido por el Interventor Territorial de Melilla y el Interventor Territorial Adjunto de Melilla (folios 94 a 121 del Rollo de Sala) en el que se indica (folio 101 del Rollo de Sala) que la contratación de un letrado externo por una entidad local es un contrato administrativo típico o nominado sujeto al Real Decreto Legislativo citado y cuya naturaleza es la de un contrato administrativo típico de consultoría y asistencia".

Pese a ello, finalmente se exonera al entonces imputado:

"Estos elementos impiden que podamos apreciar la existencia de indicios de un delito de prevaricación. La STS 815/2014, de 24 de noviembre, remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo, dispone que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

En el presente supuesto no cabe apreciar una contradicción patente y grosera con el Derecho, basada en la omisión palmaria de los trámites procedimentales referidos a un contrato específico; en la medida en que se discute y existen discrepancias interpretativas sobre cuál era la naturaleza del contrato que se suscribió. Esto es, si existen discrepancias sobre cuál era la naturaleza del contrato, también existirán sobre cuáles eran los trámites procedimentales que se debían seguir, lo que impide hablar de una ilegalidad evidente flagrante y clamorosa o de una desviación o torcimiento del derecho, por cuanto era discutido qué normas jurídicas se debían aplicar al citado contrato. No corresponde a esta sala determinar cuál es la naturaleza del contrato y el procedimiento que debió seguirse, ya que no es la jurisdicción competente, pero sí es factible afirmar que precisamente la disparidad de criterios sobre normas jurídicas y procedimiento aplicable elimina los indicios de una posible prevaricación. Allí donde hay duda sobre el Derecho aplicable no puede entenderse presente una desviación del Derecho que deba considerarse delictiva, porque precisamente falta la base en la que sustentarla".

A esas razones se añade que la iniciativa no partió del imputado y que se apreciaban motivos de urgencia.

El ATS de 28 de abril de 2015 del mismo Magistrado Instructor desestimaría el recurso de reforma de las acusaciones contra esa resolución.

El ATS de 10 de julio de 2015, dictado en la misma causa ya por una Sala, confirmó esas resoluciones pero basándose en la prescripción, sin examinar el fondo y cuidándose de no discutir para nada la cuestión de si había o no indicios de prevaricación, tema eludido. Esta realidad merma notablemente el valor de precedente del Auto citado por el Fiscal, máxime cuando inicialmente la Sala de Admisión (ATS de 2 de febrero de 2015), contando en lo esencial con los mismos datos, había acordado la incoación de causa para esclarecer esa supuesta prevaricación consistente igualmente en la contratación de un letrado.

También invoca el Fiscal el ATS de 11 de mayo de 2018 (causa especial 21086/2017). Examinaba otro asunto con similitudes pero también con alguna importante diferencia que impide que su doctrina puede proyectarse al asunto que ahora estudiamos. Allí se trataba de seguir un procedimiento en lugar de otro; aquí nos enfrentamos a la ausencia de todo procedimiento:

"Es decir, solo existe el empleo de un procedimiento administrativo del que se duda (así lo hace el querellante), que sea el mas adecuado para adoptar la resolución cuestionada, lo que en modo alguno llena el tipo del delito de prevaricación en tanto que como decíamos en la jurisprudencia (STS de 24 de noviembre de 2014) citada "que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado en que se trate de una resolución injusta y arbitraria".

Quinto.

La desestimación del recurso lleva a la condena en costas al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Leandro contra sentencia dictada con fecha 19 de noviembre de 2020 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra el recurrente por delito de prevaricación administrativa.

2.- Imponer a Leandro el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

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.