

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066445

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 27/2023, de 25 de enero de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1648/2021

**SUMARIO:****Delitos contra la Administración Pública. Nombramiento ilegal. Prevaricación de los funcionarios públicos. Elementos del tipo.**

El Código penal castiga a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos.

Aunque el nombramiento ilegal parezca, a primera vista, una especialidad de la resolución injusta, lo que podría llevar a considerar el art. 405 CP como precepto especial, sin embargo, cuando la actuación del acusado no es meramente ilegal, sino injusta y arbitraria porque mediante ella se facilitó el acceso a puestos de trabajo en la Administración Pública Municipal, haciendo caso omiso de las normas que lo regulan y de los principios constitucionales que inspiraron esa normativa legal, la conducta encaja en la tipicidad del art. 404 CP.

Estaremos ante un delito definido en el art. 405 CP cuando el nombramiento es ilegal por no concurrir en una persona los requisitos para servir ese puesto de trabajo, vulnerándose con ello una normativa de legalidad ordinaria. Sin embargo, cuando lo que es ilegal es el procedimiento en su conjunto utilizado para el acceso a la función pública de los distintos funcionarios que fueron nombrados, y no se refiere a un nombramiento puntual, sino a una conducta o comportamiento global que tiene mayor entidad por vulnerarse los derechos constitucionales recogidos en el art. 23.2 CE y garantizar los principios de publicidad mérito y capacidad a que se refiere el art. 103.3 CE, la conducta tendrá su encaje en el art. 404 CP.

En el supuesto sometido a consideración la actuación que se imputa a ambos recurrentes es el haber utilizado la figura del contrato administrativo para la prestación de servicios que implicando ejercicio de autoridad estarían reservados a funcionario público y por ello no podían ser ejercitadas ni atribuidas a un contratista de la administración, carente de las condiciones de objetividad e imparcialidad que en estos casos son exigibles. Con ello se encubría un nombramiento ilegal al no concurrir en la persona que habría de desempeñar tales funciones la condición de funcionario público. Procede por ello en primer lugar determinar si las funciones a realizar por el adjudicatario en la relación contractual convenida con el Ayuntamiento suponían el ejercicio de funciones reservadas a funcionario, prevista para funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, y en general aquellas en las que sea necesario garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

Los informes técnicos en los expedientes de concesión de licencias, en cuanto que implica trascendencia en la situación jurídica de los ciudadanos, afectando a sus derechos y obligaciones, así como las funciones de inspección y disciplina urbanística, deben ser realizadas por personal funcionario. Ello determinaría que los actos de adjudicación del contrato adoptados por los investigados son objetivamente ilegales, al atribuirse al contratista de la Administración una serie de funciones de carácter público, que entrañan el ejercicio de la autoridad y además contaba con dos informes emitidos por el técnico jurídico del Ayuntamiento en los que claramente le exponía el modo de actuar y la patente ilegalidad de proceder como finalmente se hizo. Es además indiferente que el nombrado llegara o no a ejercer funciones reservadas al arquitecto o ingeniero municipal, ya que lo que el tipo contemplado en el art. 405 CP castiga es el nombramiento para el ejercicio de un determinado cargo público de persona en la que no concurren los requisitos para servir ese puesto de trabajo.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 42, 43, 123, 405 y 406.

RDLeg 5/2015 (Estatuto Básico del Empleado Público) art. 9.2.

Ley 7/1985 (LRBRL), art. 92.

Constitución española, art. 24.

**PONENTE:***Doña Carmen Lamela Díaz.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don CARMEN LAMELA DIAZ  
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN  
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 27/2023

Fecha de sentencia: 25/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1648/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1648/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 27/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 25 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 1648/2021 por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuestos por D. Arturo y D. Aurelio quienes actúan representados conjuntamente por la procuradora D.ª María Jesús García Letrado y bajo la dirección letrada de D. Mariano Gómez Esteban, contra la sentencia núm. 60/2021, de 24 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación núm. 47/2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes contra la Sentencia núm. 484/2020, de 9 de diciembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 216/2020 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Navalcarnero, que les condenó por un delito de prevaricación por nombramiento ilegal del art. 405 del Código Penal no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Navalcarnero, incoó Diligencias Previas con el número 23/2019, por delito de prevaricación contra D. Arturo, y contra D. Aurelio y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Decimoquinta dictó, en el Rollo núm. 216/2020, sentencia el 9 de diciembre de 2020, que contiene los siguientes hechos probados:

"UNICO.- El 6 de julio de 2015, el Alcalde del Ayuntamiento de Casarrubuelos, Aurelio, inició el procedimiento encaminado a la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal de ingeniero o arquitecto para desempeñar las funciones de "elaboración de informes del ámbito urbanístico y atención presencial y vecinos en relación a: Obra menor/mayor. Actividades. Declaraciones y comunicaciones responsables. Segregación/Parcelación. Cédulas Urbanísticas. Ordenes de Ejecución. Infracciones. Callejero. Valoraciones y Planeamiento. Y Asistencia Técnica en mesas de contratación".

El 10 de julio de 2015, D. Cayetano, Secretario del Ayuntamiento de Casarrubuelos, informó en disconformidad, dictaminando que las funciones objeto del contrato no podían ser objeto de contratación administrativa, al conllevar el ejercicio de potestades públicas, y, además, que la modalidad de contratación en ningún caso podía ser la del contrato menor mediante adjudicación directa.

No obstante, los informes de Secretaría, el 13 de julio de 2015 Arturo, Alcalde en funciones del Ayuntamiento, dictó Decreto nº 519/2015 por el que adjudicó el referido contrato a la mercantil VOLTUUM INGENIEROS, S.L.U., empleando la modalidad de contrato menor mediante adjudicación directa, sin alegar justificación legal alguna.

El 22 de julio de 2016, el Alcalde del Ayuntamiento de Casarrubuelos, D. Aurelio, dictó Providencia por la que inició el procedimiento encaminado a la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal para desempeñar las funciones de "elaboración de informes del ámbito urbanístico. A pesar de los informes de Administración de Justicia Secretaría de fecha 22 de junio de 2015 y de fecha 10 de julio de 2015, emitidos por D. Cayetano, Secretario del Ayuntamiento de Casarrubuelos, Aurelio, el 20 de septiembre de 2016, dictó resolución por la que se adjudicó el referido contrato a VOLTUUM INGENIEROS, S.L."

### Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Aurelio y a Arturo como autores cada uno de ellos de un delito de prevaricación por nombramiento ilegal del art. 405, no concurriendo circunstancias modificativas, a la pena de multa de cuatro meses con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por un año y un mes.

Se impone a cada uno de los condenados el pago por mitad de las costas del juicio."

### Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados D. Arturo y D. Aurelio, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 24 de febrero de 2021, en el Rollo de Apelación núm. 42/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Dña. María Jesús García Letrado, actuando en nombre y representación de Arturo y Aurelio, contra la Sentencia Nº 484/2020, de fecha 9 de

diciembre de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid en el Juicio Oral 216/2020, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, declarando asimismo de oficio las costas producidas en la presente alzada. Dña María Jesús García Letrado, actuando en nombre y representación de Arturo y Aurelio, contra la Sentencia N 484/2020, de fecha 9 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid en el Juicio Oral 216/2020, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, declarando asimismo de oficio las costas producidas en la presente alzada."

#### **Cuarto.**

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

#### **Quinto.**

La representación procesal de los recurrentes basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º de la LECrim, al entender que existe error en la apreciación de la prueba en relación, con la autoría de los hechos calificados como constitutivos de los dos delitos de nombramientos ilegales del artículo 405 del código penal objeto de condena, así como, concurrencia de los elementos del tipo.

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, en concreto, el art. 405 del Código Penal, por su indebida aplicación.

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional. Infracción del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE. Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ex art. 24 Constitución en relación con el delito de nombramiento ilegal. Vulneración precepto constitucional, art. 24 Constitución, conculcándose el principio in dubio pro reo aplicable por extensión del derecho a la presunción de inocencia. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva art. 24.1 Constitución, en su vertiente del derecho a la obtención de una resolución motivada.

#### **Sexto.**

Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Evacuado el traslado del artículo 882, párrafo segundo de la LECrim, por la representación procesal de los recurrentes, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Séptimo.**

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 24 de enero de 2023.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1. Los recurrentes, D. Arturo y D. Aurelio han sido condenados en sentencia confirmada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como autores de un delito de un delito de prevaricación por nombramiento ilegal, no concurriendo circunstancias modificativas, a la pena de multa de cuatro meses con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por un año y un mes, y al pago por mitad de las costas del juicio.

2. El recurso se dirige contra la sentencia núm. 60/2021, de 24 de febrero, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Rollo de Apelación 47/2021, sentencia que desestimó el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes contra la sentencia núm. 484/2020, de 9 de diciembre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid en el Juicio Oral 216/2020 dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 23/2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Navalcarnero.

3. Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia.

Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (AATS núm. 662/2019, de 27 de junio, 674/2019, de 27 de junio, 655/2019, de 20 de junio, con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

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

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

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

En el mismo sentido, hemos señalado en la sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre que "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo sin la más mínima alteración, es decir, sin atender a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, además, es especialmente, rigurosa, detallada y elaborada."

Desde esta perspectiva procede analizar los motivos de los recursos que formulan las representaciones de D. Arturo y D. Aurelio.

## Segundo.

El primer motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim, error en la apreciación de la prueba en relación, con la autoría de los hechos calificados como constitutivos de los dos delitos de nombramientos ilegales del art. 405 del CP, así como concurrencia de los elementos del tipo.

Señalan los recurrentes que la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia resulta equivocada, ilógica y contraria, no solo al primer enjuiciamiento realizado de los hechos, sino a los más elementales criterios de valoración y, por ello, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, al aceptar y dar por reproducidos como hechos probados, los que forman parte de la sentencia dictada por Audiencia Provincial y dictar una sentencia condenatoria, asume el error en la apreciación de la prueba en que ésta incurrió, tanto en la relación con la autoría de los hechos calificados como constitutivos de los dos nombramientos ilegales del art. 405 CP, como en cuanto a la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de dicho tipo.

A los efectos previstos en el art. 884.6º LECrim, cita como documento literosuficiente el Decreto nº 519/2015 de fecha 13 de Julio de 2015 a través del cual verifica que fue D. Arturo quien firmó la resolución para llevar a cabo la primera contratación objeto de denuncia y, por tanto, nada tuvo que ver en dicha contratación D. Aurelio, quien, sin embargo, sí realizó junto con el Secretario Interventor del Ayuntamiento en aquellas fechas (año 2016), D. Luciano, todas las gestiones oportunas para la segunda de las contrataciones realizada de la empresa Voltium Ingenieros SL, y firmó el correspondiente Decreto de adjudicación de fecha 22 de Septiembre de 2016, una vez recibido informe de intervención nº 241 de fecha 22 de Julio de 2016, emitido por el entonces Secretario del Ayuntamiento antes manifestado, "sin ningún reparo", no pudiendo tenerse en cuenta para esta segunda contratación, por tanto, los informes de reparo del Secretario existentes en el Ayuntamiento el año anterior (2015), D. Cayetano. Igualmente afirman que en esta segunda contratación nada tuvo que ver D. Arturo. Entienden por ello que debió acordarse la libre absolución de D. Aurelio.

Consideran también que no concurren los elementos integrantes de tipo previsto en el art. 405 CP porque el hecho de que el Técnico Municipal tenga que ser funcionario no es pacífico.

Al efecto argumentan que la Ley de Contratos del Sector Público tanto actual como la vigente en los años 2015 y 2016, regulan sin ambages que los trabajos de ingeniería y arquitectura son servicios que pueden contratarse al amparo de dichos textos y, además, por cuanto no existe un precepto legal que expresamente y con claridad establezca que los Técnicos Municipales (Arquitectos o Ingenieros), tengan que ser funcionarios, sino que se llega a esa conclusión haciendo una interpretación conjunta de varios preceptos legales (9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y 92.3 de la Ley de Bases de Régimen Local), no resultando claro que impliquen ejercicio de autoridad cuestiones vinculadas a la intervención administrativa, como por ejemplo, la emisión de informes respecto a solicitudes de licencias, que tienen carácter reglado. Así lo manifestaron en sede judicial el resto de los secretarios y secretarios interventores del Ayuntamiento de Casarrubuelos que lo fueron con anterioridad y posterioridad a D. Cayetano, que emitió el mencionado informe de disconformidad de fecha 10 de Julio de 2015, de que deriva la condena.

Indican como documentos literosuficientes que acreditan este error las declaraciones prestadas en la Diligencia de Investigación 15 de Octubre de 2018 por D.ª Fermina, D.ª Flor y documental acompañadas por las mismas y por D. Luciano, así como el informe de la coordinación de los Servicios Jurídico-Técnicos de la Federación de Municipios de Madrid, aportado en el acto del juicio Oral y con el recurso de apelación.

1. Respecto del motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 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, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 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.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo

discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" ( STS 310/2017, de 3 de mayo).

2. Los documentos citados por los recurrentes carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Juzgador haya valorado erróneamente la prueba.

Los informes emitidos por diversos técnicos a los que hace mención el recurrente, además de resultar contradictorios con los emitidos por otros técnicos, son informes jurídicos relativos a la naturaleza de los trabajos contratados por los recurrentes y a la posibilidad de su inclusión en la Ley de Contratos del Sector Público o a si es o no necesario que los Técnicos Municipales deban ser funcionarios. Como tales informes jurídicos no pueden introducirse por la vía del art. 849.2 LECrim, teniendo declarado de forma reiterada este Tribunal que un informe de contenido jurídico sobre cuestiones administrativas, civiles y mercantiles, implicadas en el asunto, por muy bien fundado que esté, y por mucha que sea la autoridad académica o profesional de quien lo emite no puede constituir el documento frente al que contrastar las conclusiones de la sentencia. No aborda cuestiones de prueba, sino problemas jurídicos ( SSTS 277/2018 de 8 de junio, 294/2019 de 3 de junio).

Además, los documentos que citan los recurrentes contienen información contradictoria con el resultado de otras pruebas que el Tribunal ha resuelto, valorando y relacionando tales informes con otros elementos de prueba obtenidos en el acto del juicio oral, razón por la que los mencionados documentos en ningún caso tienen aptitud suficiente para modificar el fallo.

Igualmente, la sentencia distingue con toda claridad que D. Arturo firmó la resolución de fecha el 13 de julio de 2015 para llevar a cabo la primera contratación procediendo D. Aurelio a dictar la resolución de fecha 20 de septiembre de 2016 por la que se adjudicó el segundo contrato. La referencia a los informes de Secretaría de fecha 22 de junio de 2015 y de fecha 10 de julio de 2015, emitidos por D. Cayetano, Secretario del Ayuntamiento de Casarrubuelos no supone ningún error en la valoración de la prueba, al afirmarse que el Sr. Aurelio conocía dichos informes, siendo él quien inició el primer procedimiento encaminado a la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal de ingeniero o arquitecto aun cuando el Decreto de adjudicación fuera firmado por el Sr. Arturo.

Consecuentemente con ello, como indica el Ministerio Fiscal, el Tribunal ha condenado por dos delitos de nombramiento ilegal cometidos sucesivamente en los años 2015 y 2016 por personas diferentes y a través de resoluciones diferentes, aunque de idéntico o similar contenido y, en todo caso, conectados por tratarse del mismo órgano, el Ayuntamiento de Casarrubuelos.

El motivo por ello merece ser desestimado.

### **Tercero.**

El segundo motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 405 LECrim.

Exponen que Voltium Ingenieros SLU, no ejercido ninguna función que conlleve el ejercicio de potestades públicas o que impliquen ejercicio de autoridad, lo que excluye la aplicación de los arts. 404 y 405 CP.

Consideran que en cualquier caso los hechos son atípicos ya que no es una cuestión pacífica que el Técnico Municipal tenga que ser funcionario. A este respecto refieren nuevamente que la Ley de Contratos del Sector Público, tanto actual como la vigente en los años 2015 y 2016, regulan sin ambages que los trabajos de ingeniería y arquitectura son servicios que pueden contratarse al amparo de dichos textos y, además, no existe un precepto legal que expresamente y con claridad establezca que los Técnicos Municipales (Arquitectos o Ingenieros), tengan que ser funcionarios, sino que se llega a esa conclusión - con la que no todo el mundo está de acuerdo -, haciendo una interpretación conjunta de varios preceptos legales.

Señalan que conforme los arts. 92 de la Ley de Bases de Régimen Local y 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no resulta claro que impliquen ejercicio de autoridad cuestiones vinculadas a la intervención administrativa. Añaden que todos los Secretarios que prestaron declaración en el acto del Juicio afirmaron que no existe un precepto legal que expresamente y con claridad establezca que los Técnicos Municipales (Arquitectos o Ingenieros), tengan que ser funcionarios, tratándose de una cuestión muy controvertida. Por ello entienden que nos encontramos ante una infracción administrativa y no ante un ilícito penal.

Insisten en que cuando el Sr. Aurelio inició en fecha 6 de Julio de 2015 el procedimiento encaminado a la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal de ingeniero o arquitecto, no existía ningún informe de disconformidad para el inicio de este procedimiento y fue el Alcalde en funciones, D. Arturo, quien en fecha 13 de Julio de 2015 dictó Decreto nº 519/2015, por el que se adjudicó el referido contrato a la mercantil Voltium

Ingenieros SLU, convencido que no había otra alternativa atendiendo a la urgente necesidad de buscar soluciones a la situación que se encontraron en el Ayuntamiento y convencido de la legalidad de dicha resolución puesto que era y es una práctica habitual en los ayuntamientos proceder a la contratación de técnicos para auxiliar en la realización de los informes preceptivos para la concesión de licencias. Respecto al segundo de los contratos señalan que cuando el Sr. Aurelio dictó resolución, en fecha 20 de Septiembre de 2016, por la que se adjudicó nuevo contrato a Voltium Ingenieros SLU, el Secretario del Ayuntamiento por aquellas fechas D. Luciano realizó todos los trámites junto con el Alcalde y no puso ningún reparo (informe de disconformidad) a la contratación. En todo caso, indican, ambos actuaron convencidos de su legalidad y no consta acreditado que al administrador de Voltium Ingenieros S.L.U., se le haya dado posesión de puesto funcional o de cargo público alguno, pues se hace para ejercer labores de asesoramiento que no suponen el ejercicio de facultades públicas.

En definitiva consideran que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 405 CP no debería haberles sido impuesta la pena de inhabilitación, sino la de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de un año y un mes.

1. En atención al motivo invocado, debemos atenernos al relato de hechos probados.

En el mismo se relatan dos actuaciones diferenciadas que han dado lugar a la condena por dos delitos de nombramiento ilegal cometidos sucesivamente en los años 2015 y 2016 por cada uno de los acusados en la tramitación de dos expedientes distintos cuya conexión estriba en que ambos tuvieron lugar en el Ayuntamiento de Casarrubuelos.

La primera se refiere al año 2015: "El 6 de julio de 2015, el Alcalde del Ayuntamiento de Casarrubuelos, Aurelio, inició el procedimiento encaminado a la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal de ingeniero o arquitecto para desempeñar las funciones de "elaboración de informes del ámbito urbanístico y atención presencial y vecinos en relación a: Obra menor/mayor. Actividades. Declaraciones y comunicaciones responsables. Segregación/Parcelación. Cédulas Urbanísticas. Ordenes de Ejecución. Infracciones. Callejero. Valoraciones y Planeamiento. Y Asistencia Técnica en mesas de contratación".

El 10 de julio de 2015, D. Cayetano, Secretario del Ayuntamiento de Casarrubuelos, informó en disconformidad, dictaminando que las funciones objeto del contrato no podían ser objeto de contratación administrativa, al conllevar el ejercicio de potestades públicas, y, además, que la modalidad de contratación en ningún caso podía ser la del contrato menor mediante adjudicación directa.

No obstante, los informes de Secretaría, el 13 de julio de 2015 Arturo, Alcalde en funciones del Ayuntamiento, dictó Decreto nº 519/2015 por el que adjudicó el referido contrato a la mercantil VOLTUUM INGENIEROS, S.L.U., empleando la modalidad de contrato menor mediante adjudicación directa, sin alegar justificación legal alguna".

La segunda tuvo lugar en 2016: " El 22 de julio de 2016, el Alcalde del Ayuntamiento de Casarrubuelos, D. Aurelio, dictó Providencia por la que inició el procedimiento encaminado a la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal para desempeñar las funciones de "elaboración de informes del ámbito urbanístico. A pesar de los informes de Secretaría de fecha 22 de junio de 2015 y de fecha 10 de julio de 2015, emitidos por D. Cayetano, Secretario del Ayuntamiento de Casarrubuelos, Aurelio, el 20 de septiembre de 2016, dictó resolución por la que se adjudicó el referido contrato a VOLTUUM INGENIEROS, S.L.U."

2. La condena dictada por la Audiencia Provincial se sustenta en el razonamiento efectuado por la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 29 de septiembre de 2020 que anuló la sentencia inicial que había sido dictada por la Audiencia Provincial de fecha 9 de julio de 2020 en el mismo procedimiento, y por la que los acusados hoy recurrentes habían resultado absueltos.

En su segunda sentencia, como decíamos, la Audiencia se limita a remitirse a lo que había sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia. De esta manera, expresa que "Como expone la sentencia dictada por el TSJ de Madrid, en su fundamento 4º, que este Tribunal asume: "los hechos probados reflejan sin duda alguna que el procedimiento seguido en el Ayuntamiento de Casarrubuelos para la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal de ingeniero o arquitecto para desempeñar las funciones de elaboración de informes del ámbito urbanístico ..."constaba un explícito informe del Secretario Municipal en el que se ponía un indiscutible reparo de legalidad a la iniciativa: "informó en disconformidad dictaminando que las funciones objeto del contrato no podían ser objeto de contratación administrativa, al conllevar el ejercicio de potestades públicas...".....Nos hallamos, por lo tanto ante un acto de contratación perfeccionado contra la explícita opinión jurídica del encargado del asesoramiento legal del Ayuntamiento y carente de toda justificación legal".

En conclusión, la actuación municipal se apartó abiertamente del dictamen técnico legal, se dictó sin ninguna justificación legal y es arbitraria."

A estos escuetos razonamientos se añaden los ofrecidos por el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de fecha 24 de febrero de 2021, que es objeto del presente recurso, en la que se señala que en lo que ha de repararse "no es tanto en el hecho de si la empresa contratada llegó a desempeñar las funciones propias del objeto del contrato, sino en la vulneración por parte de los acusados de su obligación de respeto a las exigencias de adecuación de su actuar a la legalidad, (...)"

Para ello se fija en el hecho probado, del que destaca que ambos acusados conocieron y desoyeron los dictámenes jurídicos, emitidos por quien tenía la competencia legal para ello advirtiéndolo que no podían contratarse

los servicios de asesoramiento urbanístico por la forma sencilla y directa que quería llevar adelante el alcalde. Ello se hizo sin justificación alguna y sin expresar razones que pudieran explicar por qué contravenían decididamente la opinión legal, llevándose a cabo la adjudicación de forma directa y como si se tratase de un contrato menor, a la empresa seleccionada por el alcalde. En base a ello considera que "Esa ausencia de justificación legal alguna para contradecir la opinión jurídica asesora es lo que otorga naturaleza penal a la conducta enjuiciada, excediendo de lo que puede ser -según el recurso- un mero ilícito administrativo."

Más adelante, después de exponer la doctrina de esta Sala en relación con los tipos penales contemplados en los arts. 405 y 406 CP, concluye que la actuación de los acusados supone "una contravención con las advertencias jurídicas palmaria e injustificada" lo que fundamenta su condena en base al tipo contemplado en el art. 405 CP.

3. El art. 405 CP en su actual redacción, tras la reforma operada mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo en vigor a partir del día 1 de julio de 2015, castiga "A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

En nuestras sentencias núm. 357/2012, de 16 de mayo y 692/2016, de 27 de julio, con referencia a la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2001, expresábamos la doctrina de esta Sala en relación a este tipo penal, señalando que aunque el nombramiento ilegal parezca, a primera vista, una especialidad de la resolución injusta, lo que podría llevar a considerar el art. 405 CP como precepto especial, sin embargo, cuando la actuación del acusado no es meramente ilegal, sino injusta y arbitraria porque mediante ella se facilitó el acceso a puestos de trabajo en la Administración Pública Municipal, haciendo caso omiso de las normas que lo regulan y de los principios constitucionales que inspiraron esa normativa legal, la conducta encaja en la tipicidad del art. 404 CP.

Estaremos ante un delito definido en el art. 405 CP cuando el nombramiento es ilegal por no concurrir en una persona los requisitos para servir ese puesto de trabajo, vulnerándose con ello una normativa de legalidad ordinaria. Sin embargo, cuando lo que es ilegal es el procedimiento en su conjunto utilizado para el acceso a la función pública de los distintos funcionarios que fueron nombrados, y no se refiere a un nombramiento puntual, sino a una conducta o comportamiento global que tiene mayor entidad por vulnerarse los derechos constitucionales recogidos en el art. 23.2 CE y garantizar los principios de publicidad mérito y capacidad a que se refiere el art. 103.3 CE, la conducta tendrá su encaje en el art. 404 CP.

En el supuesto sometido a consideración la actuación que se imputa a ambos recurrentes es el haber utilizado la figura del contrato administrativo para la prestación de servicios que implicando ejercicio de autoridad estarían reservados a funcionario público y por ello no podían ser ejercitadas ni atribuidas a un contratista de la administración, carente de las condiciones de objetividad e imparcialidad que en estos casos son exigibles. Con ello se encubría un nombramiento ilegal al no concurrir en la persona que habría de desempeñar tales funciones la condición de funcionario público.

Además, en el primer contrato se utilizó la forma de contrato menor cuando ello era contrario a la legalidad.

4. Procede por ello en primer lugar determinar si las funciones a realizar por el adjudicatario en la relación contractual convenida con el Ayuntamiento suponían el ejercicio de funciones reservadas a funcionario.

El art. 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en su apartado 2 dispone que "Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario", disponiendo el apartado 3 que "Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

El citado precepto no especifica qué concretas funciones han de ser desempeñadas por funcionario. Ello no obstante sienta unas bases: funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, y en general aquellas en las que sea necesario garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, que deja abierto al desarrollo de la propia ley.

Por su parte, el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público determina como funciones públicas que deben obligatoriamente ser ejercidas por funcionarios de carrera la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

Según la doctrina mayoritaria este precepto se refiere esencialmente a las funciones que tengan trascendencia para la situación jurídica de los ciudadanos, afectando a sus derechos y obligaciones, que es donde con mayor exigencia se requiere la objetividad e imparcialidad del estatuto público.

Junto a los anteriores preceptos, el art. 301.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), vigente en el momento de los hechos, en relación con los contratos de servicios, establecía que "que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos".

Es por ello por lo que el Ministerio Fiscal ha venido manteniendo a lo largo del procedimiento que los informes técnicos en los expedientes de concesión de licencias, en cuando que implica trascendencia en la situación jurídica de los ciudadanos, afectando a sus derechos y obligaciones, así como las funciones de inspección y disciplina urbanística, deben ser realizadas por personal funcionario. Ello determinaría que los actos de adjudicación del contrato adoptados por los investigados son objetivamente ilegales, al atribuirse al contratista de la Administración una serie de funciones de carácter público, que entrañan el ejercicio de la autoridad, por lo que el propósito era que, llegado el caso, ejerciera tales funciones, aun cuando las mismas no hayan llegado a ejercitarse efectivamente.

Ello no obstante, como bien señala el recurrente la doctrina no es unánime sobre este particular. La discrepancia se produce fundamentalmente porque no existe un catálogo de funciones que deban ser prestadas ineludiblemente por funcionario.

Conforme a los preceptos relacionados, el arquitecto contratado mediante la LCSP no puede efectuar ninguna función que comporte el ejercicio de autoridad administrativa. Sin embargo, no queda excluida la posibilidad de contratación externa para funciones que no entrañen el ejercicio de la autoridad. Aun cuando los distintos expertos que han informado o testificado en la causa discrepan sobre la posibilidad de la celebración del contrato administrativo en atención a las funciones que entrañan el cometido de arquitecto o ingeniero municipal, todos ellos han coincidido en que determinadas funciones, como podría ser actuar de instructor de un expediente de disciplina urbanística, instructor de un expediente sancionador, instructor de un expediente disciplinario y otras similares, sí son objeto de reserva legal. De esta forma, D.<sup>a</sup> Fermina declaró que la disciplina urbanística es claramente una potestad pública que debe ser ejercida por funcionario de carrera. D.<sup>a</sup> Flor señaló que ciertas funciones, entre las que se encuentran las de inspección urbanística, no pueden desempeñarse por un contrato administrativo como indica el art. 301 TRLCSP. Sobre este mismo precepto, D. Cayetano indicó que en términos generales reconocía la existencia de un debate doctrinal y jurisprudencial acerca de las funciones que implican ejercicio de autoridad, ratificando su informe de fecha 10 de julio de 2015 y refiriéndose principalmente a las funciones de disciplina urbanística como aquellas que eran objeto de reserva legal. Igualmente, en su informe de fecha 22 de junio de 2015 consideraba la dificultad que planteaba determinar cuales son los ámbitos de actuación reservados a los poderes públicos, puesto que no existe una definición legal de los servicios que implican el ejercicio de la autoridad.

De todo ello se desprende que aun cuando existen múltiples funciones reservadas a los arquitectos funcionarios, el arquitecto contratado puede efectuar informes sobre otras cuestiones o hechos que no supongan el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos que están reservadas expresamente a los funcionarios.

5. Sentado lo anterior, procede analizar por separado la conducta que se atribuye a cada uno de los acusados a los que se atribuye de forma individualizada la adjudicación del contrato a Voltium Ingenieros SLU en el año 2015, el Sr. Arturo, y en el año 2016 el Sr. Aurelio. La cuestión radica en determinar el carácter justo o injusto de la resolución, por un lado, y la conciencia de esa ilegalidad en cada uno de los investigados.

5.1. En relación con el primer decreto de adjudicación firmado por D. Arturo, el acusado pudo acudir al nombramiento de un funcionario interino. Así lo exponía el Secretario Sr. Cayetano en el informe emitido con fecha 22 de junio de 2015 en el que explicaba que procedía dicha cobertura mediante funcionario interino hasta la cobertura definitiva, sin que las restricciones impuestas al efecto por la Ley 22/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 fueran de aplicación al caso, conforme a su art. 21, excluyendo en todo caso la figura del contrato administrativo de prestación de servicios. La explicación contenida en el mencionado informe era muy clara y el acusado fue conocedor de su contenido. La forma legal de proveer la plaza era el nombramiento de un funcionario interino hasta la cobertura definitiva por funcionario de carrera. No concurría la prohibición de aumento de la plantilla municipal, precisamente por el carácter urgente e inaplazable de la provisión, al afectar a un servicio público esencial.

Se acudió además al empleo de contrato menor mediante adjudicación directa, que no correspondía tal y como había sido expresamente informado por el Secretario Sr. Cayetano, en lugar de procedimiento abierto, dado el carácter permanente del puesto que se pretendía cubrir bajo la fraudulenta fórmula de limitación anual. Aun cuando se ha defendido que se pidieron varias ofertas, lo único que consta en el expediente es que se remitió por correo electrónico la oferta de contratación de asesoramiento técnico a cinco sociedades, desconociéndose el criterio seguido para ello. Tampoco constan las ofertas, si es que las hubo, de las distintas empresas. Por ello resulta cuanto menos cuestionable que se diera la debida publicidad propia de un procedimiento abierto, como había aconsejado el secretario Sr. Cayetano.

Como exponíamos, ello se llevó a cabo pese a la claridad del informe prestado por el Sr. Cayetano el día 10 de julio de 2015, al haberse prestado el servicio mediante otro contrato administrativo previo durante un plazo de tres años, por lo que, en caso de contrato administrativo correspondería un contrato abierto.

Con ello se conculcaron además los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

Además, como ha venido sosteniendo el Ministerio Fiscal, se ha producido la atribución ilegal de funciones públicas que implican ejercicio de autoridad y que pueden generar derechos y obligaciones en la esfera jurídica de los administrados, al haberse conferido el ejercicio de tales funciones a persona en la que no concurren los requisitos de objetividad e imparcialidad.

Ninguna limitación de funciones se llevó a cabo, ni al realizar la oferta a las cinco sociedades, ni al dictarse el decreto de adjudicación, ni al notificar la adjudicación del contrato a Voltiun, SLU. Lejos de ello en la descripción de tareas se contemplaba la elaboración de informes de ámbito urbanístico y atención presencial a vecinos con relación a obra menor/mayor en su caso, actividades, declaraciones y comunicaciones responsables, segregación/parcelación, cédulas urbanísticas, órdenes de ejecución, infracciones, callejero, valoraciones y planeamiento. También se incluía la asistencia técnica en mesas de contratación. No cabe duda que muchas de ellas suponen el ejercicio de autoridad reservadas expresamente a los funcionarios en cuando que pueden afectar a la situación jurídica de los ciudadanos, a sus derechos y obligaciones, y otras son las funciones propias de inspección y disciplina urbanística.

El acusado Sr. Arturo además conocía que actuaba con conciencia de la ilegalidad que constituía su acción ya que contaba con dos informes jurídicos emitidos al efecto por el Secretario del Ayuntamiento en fechas muy próximas a la resolución adoptada, en los que claramente se expresaba que tal acuerdo era contrario a la legalidad en los términos que han sido expuestos.

No cabe error de prohibición, ya que como expresa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, sin ser jurista ni poseedor de conocimientos especializados en Derecho Administrativo de contratación, contaba con dos informes emitidos por el técnico jurídico del Ayuntamiento en los que claramente le exponía el modo de actuar y la patente ilegalidad de proceder como finalmente se hizo, contratando directamente a la empresa por él seleccionada para el desempeño de una actividad reservada a funcionario.

Es además indiferente que el nombrado llegara o no a ejercer funciones reservadas al arquitecto o ingeniero municipal, ya que lo que el tipo contemplado en el art. 405 CP castiga es el nombramiento para el ejercicio de un determinado cargo público de persona en la que no concurren los requisitos para servir ese puesto de trabajo.

5.2. No ocurre lo mismo respecto al segundo decreto de adjudicación firmado por D. Aurelio.

Aun cuando el Sr. Aurelio conociera el contenido de los informes de fecha 22 de junio y 10 de julio de 2015 emitidos por el Sr. Cayetano, el procedimiento seguido para la contratación del servicio que se firmó el día 20 de septiembre de 2016 fue el legalmente establecido. Igualmente, contaba con el informe favorable del entonces Secretario del Ayuntamiento, D. Luciano emitido con fecha 22 de julio de 2016, y se llevó a cabo conforme a las consideraciones contenidas en éste, mediante procedimiento abierto, buscando la oferta más ventajosa y atendiendo a determinados criterios de adjudicación, mediante la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, y anunciando la convocatoria de la licitación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

A diferencia del caso anterior, aun cuando en las condiciones jurídicas, económicas y técnicas de ejecución del contrato se hacía referencia expresa a funciones de asesoramiento urbanístico en iguales términos a los recogidos en el contrato adjudicado en 2015, expresamente se hacía constar en el mismo que "en ningún caso, las funciones de asesoramiento técnico externo de este contrato implicarán el ejercicio de funciones reservadas a funcionarios públicos" en consonancia con lo indicado por el Secretario y con el contenido del pliego de condiciones, anexo III.

Tampoco consta en los hechos probados, y ni siquiera se ha efectuado indicación por la acusación, que el citado contrato encubriera la ejecución de funciones reservadas a funcionario o que, de facto, tales funciones se hubieran llevado a cabo por el adjudicatario del contrato.

Así pues, en este caso la resolución contó con un informe en el que se sustentaba jurídicamente, estaba fundamentada, había sido dictada por el órgano competente y no se omitieron trámites esenciales.

En consecuencia, sin perjuicio de los efectos que pudieran declararse en la vía contencioso-administrativa, no aparece que la conducta del acusado Sr. Aurelio fuera, de forma patente, contraria a las normas reguladoras de la contratación administrativa y a los principios proclamados en la Constitución sobre el funcionamiento de la Administración.

Debe efectuarse una última consideración. La segunda sentencia dictada por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia, aun cuando mantiene prácticamente intactos los hechos probados de la primera, sin embargo, en el fundamento de derecho tercero, asienta la autoría del Sr. Aurelio en que "el 6 de julio de 2015 inició el procedimiento encaminado a la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal de ingeniero o arquitecto y el 22 de julio de 2016, el Alcalde del Ayuntamiento de Casarrubuelos, Aurelio, dictó Providencia por la que inició el procedimiento encaminado a la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal". Nada refleja sobre el decreto dictado el día 20 de septiembre de 2016, por el que se adjudicó el contrato a Voltium Ingenieros, S.L.U. Y su participación en el primer contrato no puede justificar su responsabilidad penal en los hechos, ya que el Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación le imputó un solo delito de prevaricación

o, subsidiariamente de nombramiento ilegal en base exclusivamente a la actividad que desarrolló hasta llegar a la firma de la adjudicación del contrato de 2016. Por ello su condena por el primer hecho, adjudicación del contrato de 2015, supondría una contravención del principio acusatorio.

6. Igualmente, conforme señalan los recurrentes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 405 CP en su actual redacción, vigente en la fecha en que se produjeron los hechos, no procede en ningún caso la imposición de una pena de inhabilitación, por no ser esta la prevista en el mencionado precepto, sino la de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Se trata de dos penas distintas con distinto alcance, como resulta de los arts. 42 y 43 CP, resultando más grave la pena de inhabilitación especial. Además, esta última no fue la solicitada por el Ministerio Fiscal, sino la de suspensión.

Procede en consecuencia la estimación parcial del motivo.

#### **Cuarto.**

1. El tercer motivo del recurso se formula por infracción de precepto constitucional por vulneración del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE.

En su desarrollo reproducen lo ya expresado en los dos motivos anteriores, por lo que, a fin de evitar reiteraciones innecesarias procede en este momento remitirnos a los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la presente resolución.

2. También se denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ex art. 24 CE en relación con el delito de nombramiento ilegal del art. 405 CP.

Habiendo sido estimado en parte el segundo motivo del recurso, que implica la absolución de D. Aurelio, nos limitaremos al examen de esta queja únicamente con relación a D. Arturo.

Después de exponer diversa doctrina de esta Sala sobre el derecho a la presunción de inocencia y valoración de la prueba, insiste en que el hecho de que el Técnico Municipal tenga que ser funcionario no es algo pacífico, reproduce los argumentos esgrimidos en anteriores motivos para fundamentar que no resulta claro que determinadas funciones que pueden ser realizadas por aquel impliquen ejercicio de autoridad. Por ello estima que nos encontramos a lo sumo ante una infracción administrativa, pero no ante un ilícito penal y, por ello, teniendo en cuenta que el Derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el Derecho Penal para las infracciones más graves, severas y dolosas, conforme al principio de intervención mínima del derecho. Sostiene el Sr. Arturo, si bien procedió a la firma de la resolución de fecha 13 de Julio de 2015, para la primera de las contrataciones de la mercantil Voltium Ingenieros SLU, lo hizo convencido de que no había otra alternativa atendiendo a la urgente necesidad de buscar soluciones a la situación que se encontraron en el Ayuntamiento recién tomada posesión en el cargo, ya que días antes se había extinguido el contrato de la técnico municipal y había numerosas licencias de obra y actividad que informar, así como, convencido de la legalidad de dicha resolución puesto que era y es una práctica habitual en los ayuntamientos proceder a la contratación de técnicos para auxiliar en la realización de los informes preceptivos para la concesión de licencias. Añade que nada tuvo que ver en la contratación realizada en septiembre de 2016. Considera también que no se ha acreditado ninguna actuación administrativa concreta por parte de Voltium Ingenieros SLU, que conlleve el ejercicio de potestades públicas o que impliquen ejercicio de autoridad; Así como, que no consta acreditado que el administrador de la empresa Voltium Ingenieros, S.L.U. se le haya dado posesión de puesto funcional o de cargo público alguno.

Estas cuestiones también han obtenido contestación en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la presente resolución a los que de nuevo y expresamente nos remitimos.

3. Igualmente invoca que ha sido conculcado el principio in dubio pro reo.

Expone la doctrina jurisprudencial sobre este principio y el derecho a la presunción de inocencia. Estima que existe un error en la formación de la convicción del Tribunal que influye en la concurrencia o no de los elementos subjetivos del tipo y en la incorrecta aplicación de los principios de presunción de inocencia e "in dubio pro reo", cuyas diferencias expone a continuación.

Considera que el principio "in dubio pro reo" ha sido vulnerado desde el momento en que la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial ha dictado dos sentencias totalmente contradictorias, la primera absolutoria y la segunda condenatoria, mediando entre ambas menos de seis meses, resultando por ello evidente la duda aun cuando esta no se plasme de manera expresa en la segunda de las sentencias, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia.

Por último, se denuncia vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la obtención de una resolución motivada. Reitera los razonamientos anteriores y excluye nuevamente la participación del Sr. Aurelio en la contratación llevada a cabo en 2015, firmando el decreto de adjudicación en septiembre de 2016 con el informe favorable del secretario Sr. Luciano.

3.1. Tal y como expresábamos en la sentencia núm. 302/2019, de 7 de junio, el principio "in dubio pro reo" "no es un principio absoluto, sino algo que debe impregnar la interpretación en el caso de duda razonable del juzgador; solo cuando, tras la valoración conjunta de la prueba, dos opciones son igualmente posibles, entra en funcionamiento este principio, debiéndose acoger siempre la que sea más favorable para el acusado. Es obvio que ello no concurre en el presente caso, en el que la convicción judicial de la forma de ocurrir los hechos ha sido formulada sin dudas.

Este principio no tiene acceso a la casación. Expone la sentencia de esta Sala 817/2017, de 13 de diciembre, que "La STS 666/2010, de 14-7, insiste en que "el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación ( STS 709/97, de 21-5 ; 1667/2002, de 16-10 ; 1060/2003, de 25-6 ). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11, con cita en la STS 939/98 de 13-7, que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr, pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda ( STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12 )".

3.2. En nuestro caso ninguna duda alberga el Tribunal de instancia sobre el modo en que, a su juicio, tuvieron lugar los hechos. Estos no han sido modificados. Permanecen inalterados desde la primera sentencia dictada por la Audiencia Provincial, a salvo la última afirmación que se realiza en los mismos que declaró que no se había probado ninguna actuación administrativa concreta por parte de Voltium Ingenieros, S.L.U..

La Audiencia Provincial, en su primera sentencia, justificaba la absolución por el delito de nombramiento ilegal razonando que no constaba que "al administrador de la empresa VOLTUUM INGENIEROS, S.L.U. se le haya dado posesión de puesto funcional o de cargo público alguno. Se le ha contratado para ejercer labores de asesoramiento, que, en principio no suponen el ejercicio de facultades públicas".

Aquella sentencia fue recurrida por el Ministerio Fiscal, quien solicitó su nulidad por haber sido vulnerado el derecho a la tutela efectiva en su vertiente de derecho a la obtención de una resolución debidamente motivada.

Tal pretensión fue estimada por el Tribunal Superior de Justicia quien tras exponer las consideraciones legales y jurisprudenciales sobre el tema planteado, concluyó estimando que "Afirmar, con la nitidez que lo hace la sentencia recurrida, que la actuación municipal que da origen a este proceso se apartó abiertamente del dictamen técnico legal, se dictó sin ninguna justificación legal, y pese a ello no puede considerarse arbitraria en los términos que se explica por el Tribunal sentenciador, choca con la razonabilidad (y en alguna medida también con la insuficiencia, al existir otros elementos de necesaria valoración en el asunto) que debe reunir la motivación de las resoluciones judiciales".

Conforme a tales consideraciones acordó la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial por defecto de motivación y consiguiente vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Es claro, como decíamos, que el motivo de nulidad se basaba en la irracionalidad y falta de motivación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Todo el razonamiento llevado a cabo por el Tribunal Superior de Justicia partía del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, aun cuando expresamente declaró no aceptarlos.

En la segunda sentencia, la Audiencia así lo entendió y, en el fundamento de derecho segundo, tras excluir la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de delito de prevaricación del art. 404 CP, y estimar la acusación alternativa propuesta por el Ministerio Fiscal como delito de nombramiento ilegal del art. 405 CP, se limitó a aceptar el razonamiento realizado por el Tribunal Superior de Justicia, expresando que "Como expone la sentencia dictada por el TSJ de Madrid, en su fundamento 4º, que este Tribunal asume: "los hechos probados reflejan sin duda alguna que el procedimiento seguido en el Ayuntamiento de Casarrubuelos para la contratación de persona destinada al asesoramiento técnico municipal de ingeniero o arquitecto para desempeñar las funciones de elaboración de informes del ámbito urbanístico ..."constaba un explícito informe del Secretario Municipal en el que se ponía un indiscutible reparo de legalidad a la iniciativa: "informó en disconformidad dictaminando que las funciones objeto del contrato no podían ser objeto de contratación administrativa, al conllevar el ejercicio de potestades públicas...".... Nos hallamos, por lo tanto ante un acto de contratación perfeccionado contra la explícita opinión jurídica del encargado del asesoramiento legal del Ayuntamiento y carente de toda justificación legal".

En conclusión, la actuación municipal se apartó abiertamente del dictamen técnico legal, se dictó sin ninguna justificación legal y es arbitraria."

Previamente, en el fundamento de derecho primero había reproducido íntegramente el razonamiento seguido en la primera sentencia en relación a la valoración de las pruebas practicadas que sustentaba el relato de

hechos probados, suprimiendo únicamente la referencia a que el Ministerio Fiscal no había concretado ninguna actuación realizada por la empresa contratada, lo cual carece de virtualidad para la calificación de los hechos como delito de nombramiento ilegal, como así ha sido ya analizado en los mismos términos apreciados por el Tribunal Superior de Justicia.

En definitiva, la revocación de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en uso de las facultades que le atribuyen los arts. 846 bis a) y siguientes LECrim vino justificada por la falta de motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial, la que pese al relato fáctico realizado y en evidente contradicción con éste, no consideraba que concurrían todos los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal previsto en el art. 405 CP. Estimó por ello el Tribunal Superior de Justicia que la motivación incurría en contradicciones incompatibles con la lógica, lo que fue reparado por la Audiencia con el dictado de la segunda sentencia siguiendo el criterio marcado por el tribunal superior.

Efectivamente, la segunda resolución dictada por la Audiencia, cuestionada por su contradicción frente a la primera, está respaldada con una argumentación que explica suficientemente su cambio de criterio. Cambio de criterio en todo caso jurídico, asumiendo la decisión del Tribunal Superior de Justicia como órgano superior, y no fáctico, pues, como ya ha sido objeto de análisis, los hechos probados y la valoración de la prueba han permanecido inalterados en la segunda sentencia.

El motivo se desestima.

#### **Quinto.**

La estimación del recurso formulado por conlleva la declaración de oficio de las costas a los recurrentes, de conformidad con las previsiones del 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) Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Arturo y D. Aurelio, contra la sentencia núm. 60/2021, de 24 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Rollo de Apelación núm. 47/2021, en la causa seguida por un delito de prevaricación por nombramiento ilegal y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2) Declarar de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta al mencionado Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

### **RECURSO CASACION NÚM.: 1648/2021**

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 25 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto la causa con origen en el Procedimiento Abreviado núm. 216/2020, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Navalcarnero, seguida por un delito de prevaricación por nombramiento ilegal del art. 405 del Código Penal, contra los hoy recurrentes en casación D. Arturo con DNI núm. NUM000, nacido en Madrid, el NUM001 de 1981, hijo de Teodosio y Violeta y D. Aurelio, con DNI núm. NUM002, nacido en Ciudad Real, el NUM003 de 1970, hijo de Jose Manuel y María Cristina, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia condenatoria el 9 de diciembre de 2020, que fue recurrida en apelación y confirmada por sentencia núm. 60/2021, de 24 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación núm. 47/2021, sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Único.**

Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

De conformidad con el fundamento de derecho tercero de nuestra sentencia de casación procede absolver al acusado D. Aurelio del delito de prevaricación por nombramiento ilegal por el que venía condenado, declarando de oficio la mitad de las costas de la instancia, conforme a las previsiones contenidas en los arts. 123 CP y 240 LECrim.

#### **Segundo.**

Igualmente, conforme a lo expresado en el fundamento de derecho tercero de nuestra sentencia de casación, la pena a imponer a D. Arturo por el delito de prevaricación por nombramiento ilegal es, además de la pena de multa, la de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Por ello procede la imposición de la pena de suspensión, en lugar de inhabilitación, en extensión de un año y un mes, en el sentido interesado por el recurrente.

### **FALLO**

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

- 1).-Absolver al acusado D. Aurelio del delito de prevaricación por nombramiento ilegal por el que venía condenado.
- 2).-Declarar de oficio la mitad de las costas de la instancia.
- 3).-Imponer a D. Arturo la pena de suspensión para empleo o cargo público por tiempo de un año y un mes en lugar de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año y un mes.
- 4).- Confirmar, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 60/2021, de 24 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

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

Así se acuerda y firma.

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.