

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066951

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 808/2023, de 26 de octubre de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 6349/2021

SUMARIO:**Delito continuado de prevaricación. Ilegalidad administrativa. Principio de intervención mínima del derecho penal. Distinción entre ilegalidad administrativa y prevaricación.**

El delito prevaricación administrativa tutela el correcto funcionamiento de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales de servicio prioritario de los intereses generales, el sometimiento a la ley, el derecho, y la absoluta objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines.

Elemento subjetivo del injusto, «a sabiendas» de su injusticia y en este caso concreto hubo contratación directa de trabajadores municipales con absoluta prescindencia del procedimiento adecuado y sin respetar los principios de publicidad, concurrencia, igualdad, mérito y capacidad.

La Alcaldesa, cualquiera que sea su nivel cultural, había sido concejal de la oposición en el Ayuntamiento durante ocho años antes de acceder a la alcaldía, y esa experiencia del funcionamiento de la administración local tenía que bastarle, porque le bastaría a cualquiera, para comprender algo tan elemental como la ilicitud de las contrataciones de trabajadores «a dedo». Es cierto, que había precedentes de contratación directa, pero solo con carácter puntual y excepcional; no del modo sistemático y generalizado con que se sirvió de ella la principal acusada. No puede, alegarse en ningún caso la falta de conocimientos de los acusados o la falta de un asesoramiento adecuado para justificar su conducta. Actuaron como lo hicieron porque así quisieron hacerlo para no sujetarse a ninguna norma legal que pudiera obstaculizar su libérrima voluntad, a sabiendas de la flagrante ilegalidad en que incurrieron y del resultado injusto y objetivamente clientelar a que esa contratación ilegal daba lugar, siendo esa la esencia de la prevaricación. El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, cuales son: 1º) El servicio prioritario de los intereses generales. 2º) El sometimiento a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines. No se trata de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la jurisdicción penal, a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite en los que la actuación administrativa, además de ilegal, es injusta y arbitraria. Es un delito de infracción de deber en el que la infracción delictiva queda consumada en la doble modalidad de acción u omisión y es un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido a título de autores por los funcionarios públicos y los «extraneus», serían, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad. Como norma penal en blanco se exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base. Desde el punto de vista de la causalidad es un delito de resultado, no de mera actividad, pero en el que la actividad coincide con el resultado, el dictado de la resolución, por lo que al no realizar un resultado distanciado espacio-temporalmente de la acción son difícilmente imaginables las formas de tentativa.

En cuanto a la distinción entre ilegalidad administrativa y delito de prevaricación, hemos de partir de que en ésta la acción consiste, en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 24, 65.3, 74 y 404.

Constitución española, arts. 9.1, 24, 103 y 106.

Ley de enjuiciamiento criminal, arts. 849 y 852.

Ley 39/2015 (LPAC), art. 47.

PONENTE:*Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don PABLO LLARENA CONDE
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 808/2023

Fecha de sentencia: 26/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6349/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/10/2023

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

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6349/2021

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 808/2023

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 26 de octubre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 6349/2021, interpuesto por D^a. Miriam y D. Ambrosio , representados por el procurador D. José María Sevilla Ramírez, bajo la dirección letrada de D. Santiago Orosa Vega, contra la sentencia nº 232/2021, de fecha 29 de septiembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 110/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 3 de Arcos de la Frontera instruyó Procedimiento Abreviado nº 85/2018, contra Miriam y Ambrosio, por un delito continuado de prevaricación y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 36/2019, dictó sentencia nº 320/2020, de fecha 2 de diciembre de 2020, que contiene los siguientes hechos probados:

<<Queda probado y así se declara que Miriam era Alcaldesa de la localidad de Alcalá del Valle desde el año 2007, habiendo sido concejal de dicho Ayuntamiento en los ocho años anteriores a ostentar tal cargo, aunque en la oposición. Y era durante el mismo tiempo Concejal de Bienestar Social, Ambrosio.

Ambos, conociendo que el procedimiento era legalmente inadecuado y prescindiendo del preceptivo procedimiento de selección, desde Marzo de 2015 hasta Septiembre de 2015, realizaron numerosos contratos temporales, amparándose en supuestas necesidades sociales de los contratados.

Las contrataciones las formalizaba la Alcaldesa, que los firmaba o lo hacía otro concejal por delegación suya, previa propuesta del Concejal de Bienestar Social. Tras la firma en Marzo de 2015 de unos cincuenta contratos temporales de una duración de unos tres o cuatro días por contrato y sin oferta dirigida al Servicio Andaluz de Empleo, hubo una advertencia el 6 de Marzo de 2015, por parte de la Secretaria Interventora del Ayuntamiento de Alcalá del Valle, Soledad, de que no se ajustaban a Derecho. En este informe se comunicaba a los dos acusados que ninguna de las contrataciones que se estaban haciendo se ajustaban al procedimiento para la selección de personal laboral temporal al servicio de las Administraciones Públicas, habiéndose formalizado al margen del procedimiento establecido, con vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad y habiendo prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto. Así se advertía por la Secretaria Interventora que no constaba, ni informe previo sobre la existencia de crédito para la contratación, ni confección de las bases de selección en las que se determinasen los trabajos a realizar, ni sistema elegido de selección, ni requisitos de los aspirantes, ni méritos a valorar y forma de acreditarlos, ni pruebas a realizar. No se elaboraron unas bases para la contratación, lo cual es competencia del Alcalde, ni hubo convocatoria anunciada en el tablón de anuncios ni en el BOP ni el INEM.

Los contratos se hacían amparándose en supuestas situaciones de necesidad de los contratados, situaciones que con respecto a los casos que a continuación se expondrán, no se recogieron en ningún expediente al efecto. La elaboración de dichos expedientes correspondía a los Servicios Sociales del Ayuntamiento, que estaban bajo la supervisión y mando del acusado y que en su caso deberían haber finalizado con el informe de la trabajadora social del ayuntamiento, Vicenta, dirigido al acusado y en el que se le pondría de manifiesto la existencia de la situación de necesidad y la posibilidad de incluirlo en el programa de trabajos por horas. En estos casos casos no hubo expediente ni informe alguno. Estos supuestos fueron los siguientes:

En el mes de Marzo de 2015 se hicieron los siguientes contratos:

- Como personal de limpieza:

1. Antonia, del 7 al 8
2. Aurelia, del 7 al 8
3. Bárbara, tres contratos, del 7 al 8, el 12 y del 14 al 15
4. María Consuelo, el 9
5. María Inmaculada, del 19 al 20

-Como peón de obras públicas:

6. Eutimio, del 16 al 18
7. Faustino, el 11
8. Feliciano, el 11
9. Felix, el 18
10. Eleuterio del 25 al 27

11. Gervasio, del 25 al 27
12. Gustavo, el 25
13. Herminio, del 23 al 26
14. Hilario, del 12 al 18
15. Ildefonso, del 2 al 6
16. Isaac, el 2
17. Ismael, el 4

En el mes de Abril de 2015, se hicieron los siguientes contratos:

-Como personal de limpieza:

18. Celia, del 2 al 7
19. Clemencia, el 14
20. Consuelo, del 14 al 16
21. Covadonga, del 27 al 29

-Como peón de obras públicas:

22. Justo, el 15
23. Leandro, del 22 al 24
24. Leoncio, del 22 al 26
25. Lorenzo, del 27 al 29
26. Luis, del 27 al 29
27. Marcial, del 30 de Marzo al 5 de abril
28. Isidro, del 28 al 30
29. Marino, del 28 al 30
30. Mateo, del 20 al 22
31. Maximino, del 21 al 23
32. Miguel, del 21 al 23
33. Moises, del 21 al 23
34. Nemesio, del 9 al 12
35. Hermenegildo, del 10 al 13
36. Obdulio, del 10 al 13
37. Onesimo, del 10 al 13

-Como animadores comunitarios:

38. Francisca, del 11 al 12
39. Gema, del 11 al 12

- Como monitores de actividades recreativas:

40. Graciela, el 23

En el mes de Mayo de 2015, se hicieron los siguientes contratos:

-Como profesora de Formación Profesional:

41. Guillerma, del 13 al 15

-Como monitores de actividades recreativas:

42. Isabel, del 25 al 31

-Como personal de limpieza:

43. Roberto, el 11
44. Juana, del 7 al 10
45. Julieta, del 11 al 14
46. Nuria, del 14 al 17
47. Leonor, del 14 al 17
48. Lina, del 14 al 17
49. Loreto, del 21 al 24
50. Luisa, del 21 al 24
51. Pura, del 21 al 24
52. Maite, del 19 al 21

- 53. Margarita, del 25 al 28
 - 54. Maribel, del 23 al 26
 - 55. Rita, del 25 al 28
 - 56. Marisa, del 25 al 28
 - 57. Matilde , el 28 y del 30 al 31
- Como peón de Obras Públicas:

- 58. Victorio, del 2 al 8
- 59. Rosendo, del 11 al 13
- 60. Jose María, del 11 al 14
- 61. Jose Francisco, del 18 al 22
- 62. Jose Ángel, del 2 al 8
- 63. Secundino, del 2 al 8
- 64. Jose Enrique, del 4 al 7
- 65. Carlos Manuel, del 20 al 22
- 66. Carlos Ramón, del 19 al 23
- 67. Carlos Miguel, del 20 al 31
- 68. Luis Angel, del 6 al 8
- 69. Urbano, del 6 al 8
- 70. Luis Alberto, del 26 al 30
- 71. Luis Pedro, del 4 al 10
- 72. Victorino, del 4 al 7
- 73. Luis Pablo, del 4 al 7
- 74. Jesús Manuel, del 2 al 8
- 75. Juan María, del 14 al 18
- 76. Juan Luis, del 13 al 17
- 77. Sebastián, del 13 al 17

En el mes de Junio de 2015, se hicieron los siguientes contratos:

- Como personal de limpieza:

- 78. Serafina, del 5 al 8
- 79. Sofía, el 11, del 13 al 14 y del 19 al 21
- 80. Matilde, el 4
- 81. Tarsila, del 19 al 21
- 82. Teresa, del 22 al 25

-Como peón de Obras Públicas:

- 83. Agustina, del 12 al 13
- 84. Valle, del 12 al 13
- 85. Adriano, del 16 al 18
- 86. Alberto, del 16 al 18
- 87. Alexis, del 5 al 7
- 88. Jesus Miguel, del 5 al 7
- 89. Alonso, del 1 al 4
- 90. María Antonieta, del 12 al 13 y del 15 al 16
- 91. Jose Ángel, del 6 al 8

-Como peones agrícolas en huertas y jardines:

- 92. Juan Pablo, del 15 al 17

En el mes de Julio de 2015, se hicieron los siguientes contratos:

-Como personal de limpieza:

- 93. Bernarda, el 2 y del 4 al 5
- 94. Brigida, del 21 al 24 y el 27
- 95. Adelaida, el 9
- 96. Adriana, del 21 al 24 y el 27
- 97. Carmen., el 23, del 25 al 26 y el 30
- 98. Amelia, el 23, del 25 al 26 y el 30

99. Andrea, el 30

-Como Auxiliares de Vigilantes de Seguridad:

100. Camilo, el 9, el 14, el 16 el 21, 27 y el 29

101. Cecilio, del 13 al 17

102. Celso, el 28

103. Luis, del 28 al 31

-Como trabajadores cualificados en huertas y jardines:

104. Cipriano, del 23 de Julio al 5 de Agosto

105. Cornelio, del 9 al 15

-Como monitores de Actividades Recreativas:

106. Candelaria, del 28 al 31

En el mes de Agosto de 2015, se hicieron los siguientes contratos:

-Como personal de limpieza:

107. Carmen, del 1 al 2

108. Carina, del 13 al 17

109. Esmeralda., del 13 al 17

110. Amelia, del 1 al 2

-Como personal de Obras Públicas:

111. Dimas, del 3 al 9

112. Donato, el 13

113. Jose Enrique, el 10

114. Felicidad, el 11

115. Fermina, el 11

116. Enrique, el 11

117. Ernesto, el 18

118. Eulalio, el 18

En el mes de Septiembre de 2015, se hicieron los siguientes contratos:

-Como personal de limpieza:

119. Dulce, el 5

120. Elisa, el 10

-Como peones de Obras Públicas:

121. Bernardo, del 8 al 10

122. Domingo, el 15

123. Fidel, del 7 al 9

124. Estela, el 16

125. Genaro, del 17 al 18

126. Geronimo, el 10

-Como trabajadores cualificados en huertas, jardines e invernaderos:

127. Gonzalo, del 1 al 3

128. Eusebio, el 4 >>

Segundo.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos condenar y condenamos a los acusados Miriam y Ambrosio, como autores criminalmente responsables de un delito continuado de prevaricación, ya definido, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para el cargo de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal y cualquier cargo de naturaleza electiva y que implique una

participación en el Gobierno municipal, autonómico, estatal o europeo. Y al pago por partes iguales de las costas procesales. >>

Tercero.

Frente a la referida sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados, elevándose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Rollo de Apelación nº 110/2021, dictó sentencia nº 232/2021, de 29 de septiembre de 2021, que aceptó la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, y cuyo fallo tiene el siguiente contenido:

<<Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Sevilla Ramírez, en nombre de los acusados Miriam y Ambrosio, contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2020 por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz en el rollo de procedimiento abreviado n.º 36 de 2019, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia. >>

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, 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 de los recurrentes, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de los recurrentes Miriam y Ambrosio:

Primero. Por infracción de ley del art. 849.2 LECrim al entender que existe error en la valoración de la prueba basada en documento obrante en autos.

Segundo. Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, subdividido en dos:

II.1.- En relación a 852 LECrim, vulnerando e infringiendo el art. 24 CE.

II.2.- Por infracción de ley del art. 849.1, por indebida aplicación e infracción del art. 404 CP.

Sexto.

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

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 25 de octubre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Miriam Y Ambrosio

Preliminar.

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla nº 232/2021, de 29-9, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por Miriam y Ambrosio, contra la sentencia nº 320/2020, de 2-12, de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, Rollo PA 36/19, dimanante del Procedimiento Abreviado 85/18, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Arcos de la Frontera, confirmando la condena de los referidos como autores de un delito continuado de prevaricación administrativa, previsto y penado en el art. 404 en relación con el art. 74 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas, a cada uno de ellos, de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para el cargo de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal y cualquier cargo de naturaleza electiva y que implique una participación en el Gobierno municipal, autonómico, estatal o europeo, así como al pago de costas a partes iguales, se interpone por ambos conjuntamente el presente recurso de casación

por tres motivos: infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba, basado en el Informe de la Secretaria- Interventora del Ayuntamiento de Alcalá del Valle, folio 132 de las actuaciones; infracción de precepto constitucional art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 24 CE respecto a su falta de conocimiento sobre la ilicitud de sus actos; y por infracción de ley, debemos por ello, tal como hemos recordado en reciente STS 723/2023, de 2-10, destacar previamente, como la reforma operada por la Ley 41/2015, en el régimen de recursos del orden jurisdiccional penal supuso que se introdujera un recurso de apelación en los procedimientos que, antes de la reforma se enjuiciaban en única instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Recurso de apelación residenciado en la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

La casación, en este caso concreto, no experimentaba modificación legal en la reforma, pero el hecho de instaurar una segunda instancia previa, cuando antes no existía, suponía necesariamente que el alcance y ámbito del recurso de casación debía variar, para resituarse al mismo en el lugar que le correspondía en la cadena de instancias sucesivas.

En este sentido, la STS 476/2017, de 26-6, fue la primera en resolver un recurso de casación contra una decisión de una Audiencia Provincial, con posterior recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Parte del hecho de que la reforma de 2015 ha instaurado una previa apelación, lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales; de manera que 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. Ello supone que la casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto: ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del Derecho en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. En consecuencia, añade:

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

A la vista de las anteriores consideraciones, la STS 476/2017, de 26 de junio, fija como punto de partida que 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:

- 1) La reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación, pues las cuestiones ya han tenido respuesta desestimatoria.
- 2) El planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

Todas estas ideas que se han señalado sobre esta modalidad de recurso se han plasmado, por ejemplo, en la STS 655/2020, de 3-12, que señala:

<<En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la

queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

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

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

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

- La necesidad de que el recurso tenga relevancia casacional ha sido definida, de manera gráfica por la STS 20/2021, de 18-1, con la siguiente expresión "el recurso de casación no es una apelación bis". Así, recuerda:

"Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales, citamos la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente:

"A partir de la reforma de 2015 lo impugnado en casación es la sentencia dictada en segunda instancia, es decir la que resuelve la apelación (art. 847 LECrim). Cuando es desestimatoria, la casación no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta del previo recurso, como un nuevo intento en paralelo y al margen de la previa impugnación fracasada. El recurso ha de abrir 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 es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal

Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia."

En la sentencia 444/2023, de 14-6, se insiste en que "el recurso de casación ha de proponerse como objetivo, 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."

Primero.

Desde esta perspectiva analizaremos el recurso interpuesto. El motivo primero, como ya hemos señalado, denuncia la infracción de ley del art. 849.2 LECrim al entender que existe error en la valoración de la prueba basada en documentos obrantes en autos, concretamente, el informe de la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento de Alcalá del Valle, D^a. Soledad.

Alegan, en síntesis, los recurrentes, que ostentaban cargos públicos políticos en un municipio con poco más de 5.000 habitantes, sin formación específica de ningún tipo, contando con el único auxilio de la Secretaria-Interventora, que era la que tenía conocimientos.

Sostienen que aunque aquel informe de la Secretaria-Interventora ponía reparos a su actuación, el mismo adolecía de la mínima taxatividad, toda vez que señalaba que los contratos, al haber prescindido del procedimiento legalmente establecido "pueden determinar la nulidad de Pleno Derecho de los referidos contratos", en lugar de indicar, taxativamente, que los mismos eran nulos de pleno derecho.

En base a ello, los recurrentes alegan un pretendido error, manifestando que "es precisamente la errónea valoración del referido informe lo que sustenta la existencia del elemento subjetivo del tipo, necesaria para la comisión del delito que se imputa" a los recurrentes.

El motivo deviene improsperable.

1.1.- Debemos recordar que la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, por todas SSTs 898/2021, de 18-11; 146/2022, de 17-2; 627/2023, de 19-7, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

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

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

"Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede

prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

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

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

"(...) la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 (RJ 2002, 6461) y 5.4.99 (RJ 1999, 4842)) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 (RJ 2002, 10514), es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En síntesis, la finalidad de este motivo consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

1.3.- Siendo así, es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Por ello el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 26.2.2008, 30.9.2005), por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes. Y esta trascendencia o relevancia se proyecta, en definitiva, sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que en cualquiera de ambos casos, la subsunción de la sentencia sometida a recurso queda privada del necesario soporte fáctico.

Por último han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente a la que se impugna.

En el caso que nos ocupa la sentencia de apelación analiza la cuestión -que ahora se reitera- sobre esa falta de conocimientos formulada por los recurrentes y en concreto, la valoración que le merece aquel documento,

que a su juicio, confirma la valoración realizada por el Tribunal de instancia junto con el resto de la prueba, sometida a contradicción en el juicio oral.

Segundo. *El motivo segundo por infracción del art. 852 LECrim vulnerando e infringiendo el art. 24 CE.*

Insisten los recurrentes en el argumento de su falta de conocimiento sobre la ilicitud de sus actos, sin que la Sala haya entrado a valorar y determinar la existencia del necesario convencimiento, por su parte, para actuar y obrar con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, que se deduce de lo manifestado por diversos testigos intervinientes, incluyendo entre los mismos a la Secretaria-Interventora D^a. Soledad, y a los Alcaldes precedentes que reconocieron la existencia de la práctica sostenida a lo largo de los años, tanto en Alcalá del Valle como en otros municipios de la sierra gaditana, sin que hasta ese momento hubieran tenido ni tan siquiera la consideración de ilícitos administrativos.

2.1.- Esta cuestión fue también alegada en apelación y resuelta por el TSJ de forma convincente al entender que tales alegaciones carecían de consistencia disuasoria:

<<1.- Es cierto que el informe advirtiendo de la irregularidad de las contrataciones elevado a la alcaldía por la administrativa en funciones de Secretaria-Interventora del Ayuntamiento no era propiamente un reparo en el sentido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y normativa reglamentaria concordante, y que su contenido, como era de esperar, tampoco era un ejemplo de claridad y contundencia; pero sí era bastante para poner sobre aviso, si fuere preciso, de la ilegalidad del procedimiento que se estaba siguiendo, o, por mejor decir, de la ausencia absoluta de él. No es verosímil, por otra parte, que un informe remitido por la secretaria del Ayuntamiento a la alcaldesa no llegara a conocimiento de esta, como si de un despacho a otro pudiera desaparecer o traspapelarse.

En todo caso, como se ha dicho, la cuestión del informe tiene una importancia muy menor y solo sirve para remachar lo que por sí mismo ya es evidente, esto es, el conocimiento que por fuerza tenía la acusada (y con ella el concejal coacusado) de la ilegalidad de su proceder. La Sra. Miriam, cualquiera que sea su nivel cultural, había sido concejal de la oposición en el Ayuntamiento durante ocho años antes de acceder a la alcaldía, y esa experiencia del funcionamiento de la administración local tenía que bastarle, porque le bastaría a cualquiera, para comprender algo tan elemental como la ilicitud de las contrataciones de trabajadores "a dedo". Es cierto, porque así lo declararon en juicio anteriores responsables municipales, que había precedentes de contratación directa, pero solo con carácter puntual y excepcional; no del modo sistemático y generalizado con que se sirvió de ella la principal acusada.

2.- No deja de resultar paradójico que, cuando la principal línea de defensa de los acusados es su falta de conocimientos y de asesoramiento jurídico, se traiga a colación, para dar una aparente cobertura de legalidad a su actuación, una vieja circular de 1987 que autorizaba la contratación directa por períodos breves en casos de urgencia; norma interna de ínfimo rango que no era aplicable a la administración local y que llevaba desde 2001 derogada y sustituida por otra que no admitía esa excepción. Y lo que es más importante: se olvida que en las normas administrativas sobre contratación la urgencia que permite una simplificación del procedimiento se refiere a la necesidad de prestación inmediata del bien o servicio, que en este caso brillaba por su ausencia; no a la supuesta o real urgencia de las personas o empresas contratadas.

(...) ninguna situación de necesidad en que pudieran encontrarse las personas favorecidas por esos contratos puede justificar el proceder de los acusados, cuando existen procedimientos legales sencillos, breves y hacederos para proporcionar empleos temporales a cargo del municipio a personas en situación de vulnerabilidad o en riesgo de pobreza; expedientes a los que Ayuntamientos más pequeños que el de Alcalá del Valle acuden sin mayores problemas y que el propio Ayuntamiento de los acusados ha utilizado en otras ocasiones, como lo demuestran los anuncios públicos aportados por la defensa de la propia alcaldesa (folios 615 a 624), lo que hace más injustificable su conducta en los casos que dan lugar a su condena.

En el inverosímil supuesto de que los acusados, a su llegada al gobierno del municipio, ignorasen de qué forma legal podían paliar la crisis de empleo y las situaciones de necesidad a que se enfrentaban, y de que la secretaria en funciones no supiera asesorarles al respecto, les bastaba con levantar el teléfono y evacuar una consulta con los servicios técnicos de la Mancomunidad o de la Diputación, o incluso con el alcalde o un concejal de otro municipio, para suplir esa supuesta falta de información y recibir incluso por correo electrónico un modelo de expediente. No puede, pues, alegarse en ningún caso la falta de conocimientos de los acusados o la falta de un asesoramiento adecuado para justificar su conducta. Sencillamente, actuaron como lo hicieron porque así quisieron hacerlo para no sujetarse a ninguna norma legal que pudiera obstaculizar su libérrima voluntad, a sabiendas de la flagrante ilegalidad en que incurrían y del resultado injusto y objetivamente clientelar a que esa contratación ilegal daba lugar. Esa es la esencia de la prevaricación>>.

Lo anteriormente expuesto permite constatar que existió prueba de cargo obtenida con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, siendo su contenido incriminatorio y racionalmente valorada. Prueba que fue revisada por el Tribunal de apelación y suficiente para desvirtuar la inicial presunción de inocencia.

Tercero. *El motivo tercero por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 404 CP.*

Reiteran los recurrentes por este cauce casacional la ausencia del elemento subjetivo del tipo -que se realice la conducta "a sabiendas de su injusticia"- aduciendo que no tenían conocimiento de que con las contrataciones que venían realizando -y ya los alcaldes anteriores- cometían delito alguno.

Y en todo caso ante las dudas planteadas en su conducta sobre la concurrencia de los elementos que integran el delito de prevaricación administrativa, debería haberse optado por un pronunciamiento absolutorio.

El motivo se desestima.

3.1.- Es constante la jurisprudencia de esta Sala SSTS 991/2021, de 16-2; 261/2022, de 17-3; 201/2023, de 22-3; 436/2023, de 7-6; 627/2023, de 19-7, que precisa que el recurso de casación cuando se articula por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

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

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

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

3.2.- Expuesto lo anterior, como dijimos en la STS 507/2020, de 14-10, el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, cuales son:

1º) El servicio prioritario de los intereses generales.

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

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

Por ello, la sanción de prevaricación garantiza el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo; 795/2016, de 27 de octubre; 373/2017, de 24 de mayo; 477/2018, de 17 de octubre).

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

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

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

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

2º) En segundo lugar, se trata de un delito especial propio. Como señala la STS 13 de febrero de 2017 es una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido a título de autores por los funcionarios públicos (art. 24 CP), y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto debe estar dirigido a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al derecho (v. arts. 9.1, 103 y 106 CE) de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Los "extraneus", es decir, quienes no reuniesen las cualidades especiales de autor que predica el legislador, serían, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad y podrá aplicárseles el art. 65.3 del Código Penal rebajando en un grado la pena, aunque no sea preceptivo.

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

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

5º) En cuanto a la distinción entre ilegalidad administrativa y delito de prevaricación, hemos de partir de que en ésta la acción consiste, en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

La desviación de poder ha sido definida como la desviación ideológica en la actividad administrativa desarrollada, o como una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza. En definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto. Así lo proclaman las SSTS de la Sala 3ª, de 20.11.2009 y 9.3.2010, que también señalan que "la desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y con el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico... " o

como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa. S.A. contra Comisión), la desviación de poder concurre "cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso".

3.4.- Ahora bien, para alcanzar la tipicidad del artículo 404 CP, no es suficiente la mera ilegalidad, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión del DP aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala Segunda, al declarar que "el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora".

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. En este sentido, a pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contenían, al igual que ahora en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la STS nº 755/2007, de 25.9, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves.

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

La STS de 11.3.2015 recalca que "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad, lo que se sanciona".

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

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

- 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;

5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones y debe ser de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable, por lo que la ilegalidad debe ser contundente y manifiesta exigiendo para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución, no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente esa flagrante ilegalidad ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular, la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado vigente cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omitiendo totalmente las formalidades procesales administrativas, actuando con desviación de poder, omitiendo en cada caso dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). La arbitrariedad típica debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta de ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, cabrá predicar la arbitrariedad cuando no pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno la resolución dictada, cuando no sea posible sostener el significado de la norma que se realiza por el autor, y ello cualquiera que sea la finalidad de la misma, pues la intención se encuentra ausente del tipo, y puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. (STS. 284/2009 de 13.3). En definitiva, basta el dolo, siendo el móvil indiferente para el legislador, salvo cuando lo convierte en elemento subjetivo de lo injusto, adicional al dolo, lo que en la prevaricación no ocurre.

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

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

Sin embargo, y como dijimos con la nulidad administrativa, tampoco se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992. en el ámbito administrativo, como el artículo 48.2 de la vigente ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

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

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

Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación aparentando la concurrencia de contradicción. Pura ficción al servicio del fraude que mereció condena por prevaricación y falsedad documental.

6º) En cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017, de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en las SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio).

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

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

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

Pero la alegación gratuita del desconocimiento del carácter injusto y arbitrario de la resolución no basta para excluir el tipo subjetivo. Ha de concretarse con cautela ese elemento subjetivo. Como se recordaba en la STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Por ello la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos halláramos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTs de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).

En definitiva para colmar la tipicidad objetiva y subjetiva será necesario lo que sigue: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

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

3.5.- En el caso que se analiza, la sentencia de apelación aceptó en su totalidad los hechos probados en la instancia, que declaró:

" Miriam era Alcaldesa de la localidad de Alcalá del Valle desde el año 2007, habiendo sido concejal de dicho Ayuntamiento en los ocho años anteriores a ostentar tal cargo, aunque en la oposición. Y era durante el mismo tiempo Concejal de Bienestar Social, Ambrosio.

Ambos, conociendo que el procedimiento era legalmente inadecuado y prescindiendo del preceptivo procedimiento de selección, desde Marzo de 2015 hasta Septiembre de 2015, realizaron numerosos contratos temporales, amparándose en supuestas necesidades sociales de los contratados.

Las contrataciones las formalizaba la Alcaldesa, que los firmaba o lo hacía otro concejal por delegación suya, previa propuesta del Concejal de Bienestar Social. Tras la firma en Marzo de 2015 de unos cincuenta contratos temporales de una duración de unos tres o cuatro días por contrato y sin oferta dirigida al Servicio Andaluz de Empleo, hubo una advertencia el 6 de Marzo de 2015, por parte de la Secretaria Interventora del Ayuntamiento de Alcalá del Valle, Soledad, de que no se ajustaban a Derecho. En este informe se comunicaba a los dos acusados que ninguna de las contrataciones que se estaban haciendo se ajustaban al procedimiento para la selección de personal laboral temporal al servicio de las Administraciones Públicas, habiéndose formalizado al margen del procedimiento establecido, con vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad y habiendo prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto. Así se advertía por la Secretaria Interventora que no constaba, ni informe previo sobre la existencia de crédito para la contratación, ni confección de las bases de selección en las que se determinasen los trabajos a realizar, ni sistema elegido de selección, ni requisitos de los aspirantes, ni méritos a valorar y forma de acreditarlos, ni pruebas a realizar. No se elaboraron unas bases para la contratación, lo cual es competencia del Alcalde, ni hubo convocatoria anunciada en el tablón de anuncios ni en el BOP ni el INEM.

Los contratos se hacían amparándose en supuestas situaciones de necesidad de los contratados, situaciones que con respecto a los casos que a continuación se expondrán, no se recogieron en ningún expediente al efecto. La elaboración de dichos expedientes correspondía a los Servicios Sociales del Ayuntamiento, que estaban bajo la supervisión y mando del acusado y que en su caso deberían haber finalizado con el informe de la trabajadora social del ayuntamiento, Vicenta, dirigido al acusado y en el que se le pondría de manifiesto la existencia de la situación de necesidad y la posibilidad de incluirlo en el programa de trabajos por horas. En estos casos no hubo expediente ni informe alguno. Estos supuestos fueron los siguientes:", detallando a continuación hasta 128 contratos entre los meses de marzo y septiembre de 2015.

- Siendo así, esta actuación es constitutiva de un delito continuado de prevaricación administrativa, al tratarse de casos de contratación directa por el Alcalde de trabajadores municipales, con la intervención directa del otro acusado, Concejal de Bienestar Social, con absoluta prescindencia del procedimiento adecuado y sin respetar los principios de publicidad, concurrencia, igualdad, mérito y capacidad, constituyen supuestos paradigmáticos de prevaricación, en cuanto con ellos se infringen no solo los aludidos condicionamientos constitucionales del empleo público, sino también los principios igualmente constitucionales de objetividad e interdicción de la arbitrariedad que rigen la actuación administrativa. La ilegalidad de tal proceder es tan flagrante y de tan general conocimiento que no puede ser ignorada por quien ostenta la máxima autoridad municipal, cuente o no con la advertencia en ese sentido de los funcionarios técnicos del Ayuntamiento; y no menos evidente es la injusticia del resultado provocado, y con ello la arbitrariedad de la resolución, pues la contratación "a dedo", sin publicidad ni igualdad de oportunidades, impide que puedan optar al empleo otros posibles candidatos que puedan tener igual o mayor capacidad para desempeñarlo y necesitarlo tanto o más que la persona favorecida.

En definitiva, los hechos han sido correctamente subsumidos como constitutivos de un delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Cuarto.

Desestimándose el recurso, procede condenar en costas a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a. Miriam y D. Ambrosio , contra la sentencia nº 232/2021, de fecha 29 de septiembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 110/2021.

2º) Imponer a los recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

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.