



Roj: **STS 2878/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2878**

Id Cendoj: **28079120012021100616**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2021**

Nº de Recurso: **3992/2019**

Nº de Resolución: **646/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 646/2021**

Fecha de sentencia: 16/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3992/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 14/07/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3992/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 646/2021**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de julio de 2021.



Esta sala ha visto con el número 3992/2019, los recursos de casación interpuestos por infracción de ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional por: **D<sup>a</sup> Ariadna** , representada por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de D. Sebastián Martínez-Risco Valdivielso; por el **Ministerio Fiscal**, y por la acusación popular **D. Eloy** , representado por el procurador D. Miguel ángel Castillo Sánchez y bajo la dirección letrada de D. José Francisco Pazos González, y por contra la sentencia n.º 155/2019, de 12 de abril, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el Rollo de Sala 103/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado número 822/2014 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Betanzos, por la que se acuerda la absolución de los acusados Faustino y Ariadna , del delito de prevaricación administrativa que se les imputaba y, condenando a la Sra. Ariadna por delito de tráfico de influencias. Es parte el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida **D. Faustino** , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Sandra Amor Vilariño y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Martínez García.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de instrucción número 1 de Betanzos incoó Procedimiento Abreviado con el número 822/2014, por delitos de prevaricación administrativa y tráfico de influencias, contra los encausados D. Faustino y Doña Ariadna y, concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de A Coruña cuya Sección Segunda dictó, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado n.º 103/2017, sentencia n.º 155/2019, de 12 de abril, que contiene los siguientes **hechos probados**:

PRIMERO. - Se ha probado y así se declara que Ariadna , nacida el NUM000 de 1964 y con antecedentes penales no computables, con la excusa de tratar de ayudar en su labor municipal -que creía entorpecida por los empleados públicos del ayuntamiento- a Faustino , nacido el NUM001 de 1970, sin antecedentes penales, alcalde del ayuntamiento de Sada en la fecha de los hechos, puso en marcha un plan urdido para lograr la contratación administrativa de la acusada en el referido municipio como personal directivo. De tal manera diseñó un procedimiento *ad hoc*, dirigido a crear el puesto -inexistente hasta entonces en el organigrama municipal- de coordinador general.

Para lograr su propósito, la acusada presionó al Sr. Faustino para dar una serie de Pasos dirigidos a aquel fin como proceder a la modificación del artículo 3 del Reglamento Orgánico Municipal del ayuntamiento de Sada (ROM) y también de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT). Ariadna los días 27 y 28 de noviembre de 2012 remitió a Faustino sendos correos electrónicos con unos documentos adjuntos. En el primero, fechado el 27 de noviembre de 2012, se adjuntaron dos documentos, una propuesta de modificación del ROM y los pasos a seguir hasta la aprobación inicial de la modificación del ROM y de la RPT. En él ya se anunciaba por la acusada que las bases de la convocatoria de la plaza las redactaría ella y deslizaba que no creía que se presentase mucha gente a la plaza porque casi todo el mundo sabía que tenía nombre. También advertía de que había que ir pensando en los funcionarios que tenían de confianza para formar parte de la comisión de valoración de los candidatos, añadiendo que si no los había en Sada se traerían de otros concellos, Xunta..., e incluso ella misma podría aportar alguno de Culleredo. En el otro documento enviado como archivo adjunto se incluía la <Proposta da alcaldía ao Pleno: modificación do artigo número 3 do regulamento orgánico do Concello de Sada". En el segundo de los correos electrónicos, fechado el 28 de noviembre de 2012, D.<sup>a</sup>. Ariadna le indica al alcalde nuevamente los pasos a seguir para proceder a la creación y adjudicación del puesto de coordinador general para la acusada.

SEGUNDO.- Estos textos fueron sometidos al pleno del Ayuntamiento de Sada de fecha 21 de diciembre de 2012 por el alcalde, el acusado Faustino , modificando tan solo su fecha (que se cambió por la de 5 de diciembre de 2012). En el punto 4º del orden del día figuraba "Proposta da alcaldía sobre a modificación do artigo nº 3 do Regulamento orgánico municipal para a creación de un órgano directivo". Previamente, el secretario titular del ayuntamiento había emitido en fecha 14 de diciembre de 2012 un informe desfavorable en el que manifestaba que la propuesta incurría en ilegalidades de tal magnitud que no procedía la aprobación de la propuesta de modificación del ROM para la creación de un órgano directivo. Sin embargo, fue aprobada dicha modificación del artículo 3 del reglamento orgánico municipal. Ello hizo posible la creación del puesto de "coordinador xeral" entre los órganos directivos del ayuntamiento, eliminando toda referencia a su carácter funcional, de forma que el nombramiento pudiera recaer no solo entre funcionarios de carrera, condición que no reunía Ariadna , sino también entre personal laboral fijo de las entidades locales, condición ésta que sí concurría en la acusada que se encontraba contratada en otro ayuntamiento, el de Culleredo.

El secretario accidental del ayuntamiento de Sada, Sr. Anton , había emitido un informe favorable a la tesis de la creación de la plaza, y también se solicitó otro a la Dirección Xeral de Administración Local que la amparaba.



Sin embargo, el interventor municipal, Sr. Augusto , había mostrado igualmente su oposición estimando que la creación de la misma era ilegal.

TERCERO.- D<sup>a</sup> Ariadna en fecha 8 de enero de 2013 se dirige al Sr. Cecilio , a la sazón secretario particular del alcalde, remitiéndole las bases de la convocatoria de la plaza preparadas con formato de resolución. Es entonces cuando, para hacer posible la materialización del nombramiento, el acusado Faustino dicta el Decreto número 51, de 14 de enero de 2013, con un texto coincidente con el enviado por D<sup>a</sup>. Ariadna por el que se aprobaba la convocatoria y las bases para la designación del personal directivo en el puesto de "coordinador xeral", siendo que estas bases de la convocatoria fueron redactadas por la propia acusada Ariadna en su propio interés.

CUARTO.- En fecha 18 de enero de 2013, D<sup>a</sup> Ariadna remite otro correo al alcalde enviándole el texto de los anuncios para el BOE y el DOG, advirtiéndole de que si imprimía eso, tuviera cuidado con el remitente. Publicada tal convocatoria en el DOG de 22 de febrero de 2013, Ariadna presentó su solicitud el 12 de marzo de 2013, siendo la única candidata y, a sabiendas de que, en todo caso, resultaría elegida para el puesto por ser ésta la voluntad del alcalde. En fecha 27 de febrero de 2013, D<sup>a</sup>. Ariadna había remitido un nuevo correo al secretario particular, Sr. Cecilio , para que le hiciese llegar al alcalde toda la documentación que se incorporase al expediente y para que estuviese pendiente de las posibles personas que se presentasen a la plaza y quienes eran y su *curriculum vitae*.

QUINTO.- El 2 de abril de 2013, mediante Decreto 470/2013, el alcalde eleva a definitiva la propuesta formulada por el presidente de la Comisión evaluadora por escrito de 27 de marzo de 2013 y declara que D<sup>a</sup>. Ariadna había superado el proceso selectivo convocado para el puesto de Coordinadora Xeral, personal de alta dirección.

SEXTO.- Por Decreto 586/2013 de fecha 17 de abril de 2013, el alcalde resuelve contratar como personal de alta dirección desde el 2 de mayo de 2013 a D<sup>a</sup>. Ariadna .

SÉPTIMO.- Ariadna estuvo vinculada al ayuntamiento de Sada desde el 2 de mayo de 2013 hasta el 4 de septiembre de 2013 (disfrutando de vacaciones desde el 21 de agosto de 2013 al 4 de septiembre de 2013). El 20 de agosto de 2013 se dictó Resolución de la alcaldía en el que se acordaba la extinción del contrato de trabajo con fecha de efecto 4 de septiembre de 2013 por desistimiento unilateral de Ariadna . Durante este tiempo la acusada percibió del Concello de Sada un total de 14.248,79 euros líquidos en concepto de salario."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos absolver y absolvemos a Faustino y Ariadna del delito de *prevaricación administrativa* por el que venían siendo acusados, con declaración de oficio de las 2/3 partes de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Ariadna como autora criminalmente responsable de un delito de *tráfico de influencias*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 1 año y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 24.000 euros de multa, con una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de 3 meses de privación de libertad.

Asimismo, Ariadna indemnizará al Ayuntamiento de Sada en la cuantía de 14.248,79 euros en concepto de responsabilidad civil con los intereses indicados en la fundamentación jurídica de esta resolución.

Le condenamos también al pago de 1/3 de las costas procesales, incluidas las relativas a la acusación popular."

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el Ministerio Fiscal, Doña Ariadna y D. Eloy , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Las representaciones procesales de los recurrentes, basan su recurso de casación en los siguientes motivos:

**D.<sup>a</sup> Ariadna :**

Primer motivo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., que autoriza dicho motivo de casación, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por aplicación indebida del art. 429 del Código Penal, que regula el delito de tráfico de influencias.

Segundo motivo.- Por infracción de ley de carácter sustantivo, por la indebida desestimación de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas como muy cualificada, prevista en el art. 21.6 del Código Penal. Dicho motivo de casación está autorizado por el del art. 849.1º LECrim.



Tercer motivo.- Por infracción de ley de carácter sustantivo, por la indebida aplicación de la responsabilidad civil prevista en el art. 116 del Código Penal. Dicho motivo de casación está autorizado por el del art. 849.1º LECrim.

Cuarto motivo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española, por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Dicho motivo de casación está autorizado por el art. 852 de la LECrim.

#### **El Ministerio Fiscal.**

Primero y único motivo: Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del art. 404 del Código Penal.

#### **D. Eloy**

Único motivo.- Infracción de Ley. Inaplicación de preceptos de derecho sustantivo: Artículo 404 del Código Penal.

**QUINTO.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 885.1º y 2º LECrim y, subsidiariamente la desestimación, de los motivos de los recursos, a excepción del único motivo de la acusación popular que lo apoya.

La representación procesal del recurrente D. Eloy, se adhiere al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, e interesa la inadmisión de cada uno de los motivos formulados por D.<sup>a</sup> Ariadna y, subsidiariamente para el caso de que fueran admitidos a trámite impugna e interesa su desestimación.

Las representaciones procesales de: D.<sup>a</sup> Ariadna y de la parte recurrida D. Faustino, impugnan los recursos de casación interpuestos por el M. Fiscal y la acusación popular. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 22 de junio de 2021, se señala el presente recurso para celebración de vista y fallo el día 14 de julio de 2021, que se llevó a cabo, con la asistencia de los letrados de los recurrentes y recurridos, quienes informaron en defensa de sus respectivas posiciones. El Ministerio Fiscal y la Acusación Popular sostuvieron su recurso e impugnarón el recurso formulado por la representación de la Sra. Ariadna, ampliándolo sucintamente la Acusación Popular y remitiéndose el Ministerio Fiscal a su dictamen obrante en el rollo.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial A Coruña, dictó sentencia núm. 155/2019, de 12 de abril, por la que condenó a D.<sup>a</sup> Ariadna como autora criminalmente responsable de un delito de tráfico de influencias, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 24.000 euros de multa, con una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de 3 meses de privación de libertad.

Asimismo, D.<sup>a</sup> Ariadna fue condenada a indemnizar al Ayuntamiento de Sada en la cuantía de 14.248,79 euros en concepto de responsabilidad civil con los intereses correspondientes, y al pago de un tercio de las costas procesales, incluidas las relativas a la acusación popular.

La misma sentencia absolvió a D. Faustino y a D.<sup>a</sup> Ariadna del delito de prevaricación administrativa por el que venían siendo acusados, declarando de oficio de las dos terceras partes de las costas procesales.

Frente a esta sentencia recurren en casación D.<sup>a</sup> Ariadna, el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular ejercitada por D. Eloy.

Recurso formulado por D.<sup>a</sup> Ariadna.

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 849.1º de LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, por aplicación indebida del art. 429 CP.

En su desarrollo, señala que en el relato fáctico de la sentencia no concurren todos los requisitos del mencionado tipo penal, en especial no se ha acreditado que ostentara una determinada situación de ascendencia sobre el funcionario influenciado y tampoco se ha acreditado una situación de prevalimiento, fundamental para configurar el delito de tráfico de influencias. Insiste en que el art. 429 del Código Penal exige una situación de prevalimiento que es aprovechada para la obtención de una resolución que le pueda beneficiar a él o a un tercero, de manera directa o indirecta. Considera que en los hechos probados de la sentencia



recurrida no se hace mención de ningún comportamiento por su parte que pudiera valorarse como un acto de presión moral sobre el Alcalde de Sada. Tampoco existe en los hechos probados la descripción de una situación en la que la única explicación a la conducta del funcionario o autoridad sea la existencia de aquella presión, constitutiva del acto de influencia. No se describe la existencia de una relación de naturaleza personal entre ella y D. Faustino, Alcalde de Sada, ni consta acreditada una actuación concreta por su parte dirigida a influir al Sr. Faustino, entendida la influencia en el sentido de "la utilización de procedimientos capaces de conseguir que otro realice la voluntad de quien influye". Del contenido de los correos que remitió al Alcalde no se extrae en modo alguno que los remitiera con el fin de presionar o influir en el Alcalde, ni que se prevaleciera de ninguna relación con un tercero que pudiera influir en el funcionario.

Muy relacionado con este motivo se encuentra el cuarto motivo del recurso que se formula al amparo de dispuesto en los arts. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE. En análogos términos, en su desarrollo expresa que no ha concurrido en su actuar ni influencia ni prevalimiento, elementos ambos integrantes del delito de tráfico de influencias por el que ha sido condenada.

Alega que ni siquiera consta claro en la sentencia recurrida cuál o cuáles sean los hechos base que deberían estar plenamente acreditados y de los cuales se infiere la comisión del delito, sin que se puedan obtener deducciones diferentes más favorables al reo. Estima que la sentencia carece de un razonamiento lógico, coherente y dotado de racionalidad y razonabilidad, suficiente y necesario para fundamentar un pronunciamiento de culpabilidad, capaz de excluir otras posibilidades igualmente razonables y de entidad bastante como para enervar la presunción de inocencia. Añade que los hechos probados no describen ninguna actuación de prevalimiento o influencia que la recurrente hubiera podido ejercer sobre el alcalde.

1. En el mismo sentido referido por el recurrente, la doctrina de esta Sala ha perfilado los elementos integrantes del delito de tráfico de influencias por el que la Sra. Ariadna ha sido condenada. Así, como señalábamos en la sentencia núm. 485/2016, de 7 de junio, "los elementos que tipifican la antijuridicidad punible, diferenciándola de conductas que, socialmente adecuadas o no, no merezcan sanción penal, los siguientes:

a) La influencia entendida como presión moral eficiente sobre la voluntad de quien ha de resolver (STS 573/202 de 5 de abril) para alterar el proceso motivador de aquél introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida ( STS 29 de junio de 1994). Siquiera no sea necesario que la influencia concluya con éxito, bastando su capacidad al efecto.

b) La finalidad de conseguir de los funcionarios influidos una resolución que genere directa o indirectamente un beneficio económico, para el sujeto activo o para un tercero entendiendo el concepto de resolución en sentido técnico-jurídico. Como recuerda la STS 300/2012, avala esta conclusión la comparación de la descripción de los tipos de tráfico de influencia y los de cohecho. Si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar, en donde se hace referencia a cualquier acto contrario a los deberes inherentes a la función pública del influido.

(...)

c) En el caso del artículo 429 del Código Penal, que aquella influencia sea actuada en el contexto de una situación típica: la relación personal del sujeto activo con el funcionario. Lo que hace de éste un delito especial ya que solamente puede ser autor quien se encuentra en dicha situación.

d) Tal tipificación busca proteger la objetividad e imparcialidad de la función pública ( SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Referencia al bien jurídico que es trascendente en la medida que sirve como un instrumento valorativo del comportamiento, ya que la indemnidad del bien protegido, por la inocuidad de aquél, debe llevar a la exclusión de su tipicidad. Si la finalidad se refiere a una resolución exigible y lícita podría considerarse socialmente adecuada como razón que excluyera la antijuridicidad, en la medida que, exenta de lo espurio, la resolución no vulneraría el bien jurídico protegido, ya que con la sanción se busca la imparcialidad en cuanto instrumental para la salvaguarda de la corrección jurídica de las decisiones.

Como recuerda nuestra más reciente STS 300/2012 antes citada, en lo que concierne al elemento de la influencia se excluye las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente.

De la misma manera que se excluye del artículo 428 la actuación de funcionarios que se dirigen al que ha de resolver incluso siendo superiores si no se abusa de la jerarquía, tampoco basta que un ciudadano trate de





influir espuriamente en el funcionario que resuelve si no mantiene con él una relación que deba considerarse de naturaleza "personal" y, además, se prevale de la misma."

Más recientemente, hemos dicho ( STS 491/2018 de 23 octubre) que "El tipo exige la existencia de una relación personal del sujeto con una autoridad o funcionario público. Pero no es suficiente la existencia de la misma, sino que, además, es necesario que el sujeto actúe prevaliéndose de ella y que, de esa forma, influya en quien debe resolver. Precisamente, porque el tipo exige que esa influencia vaya orientada a conseguir una resolución, y no cualquier otra clase de comportamiento.

La influencia ha sido entendida por la jurisprudencia como una presión moral eficiente sobre la voluntad del que debe resolver, con capacidad para alterar el proceso de motivación introduciendo en él elementos distintos del interés público al que debe atender. En este sentido, se decía en la STS nº 214/2018, de 8 de mayo, que el art. 429 del Código penal exige una situación de prevalimiento que es aprovechada para la obtención de una resolución que le pueda beneficiar al autor o a un tercero, de manera directa o indirecta. La utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento es sugerente del contenido de la tipicidad: situación objetiva de prevalimiento, por razones de amistad, jerarquía, etc., a la que debe sumarse un acto de influencia. No basta la mera sugerencia y la conducta debe ser realizada por quien ostenta una posición de prevalencia que es aprovechada para la influencia", concluyendo que, por lo tanto, "la influencia debe consistir en una presión moral eficiente sobre la acción o la decisión de otra persona, derivada de la posición o status del sujeto activo ( STS 335/2006, de 24 de marzo)".

Así, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida ( SSTS 29 de octubre de 2001 y 5 de abril de 2002, citadas y reiteradas en la de 7 de abril de 2004). La sentencia de esta Sala nº 1312/1994, de 24 de Junio, señala que: "El tipo objetivo consiste en "influir"... es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad", que, en el caso del artículo 429 debía venir derivada de la relación personal del autor con la autoridad o funcionario sobre el que se influye o sobre otra autoridad o funcionario público.

No es suficiente con una conducta omisiva, ( STS nº 480/2004, de 7 de abril, citada por la STS nº 300/2012, de 3 de mayo).

Como consecuencia de estas exigencias típicas, en el relato de hechos probados debe constar una conducta que pueda considerarse como una presión moral eficiente. O, en otro caso, la descripción de una situación en la que la única explicación a la conducta del funcionario o autoridad sea la existencia de aquella presión, constitutiva del acto de influencia."

2. En nuestro caso, tal y como sostiene el recurrente, los hechos probados no describen ninguna situación objetiva de prevalimiento, por razones de amistad, parentesco, jerarquía, etc., a la que debe sumarse un acto de influencia.

El hecho probado describe todo el plan urdido por Ariadna y D. Faustino para lograr la contratación administrativa de la primera en el municipio de Sada como personal directivo, para lo cual lograron que se creara un puesto específico de coordinador general hasta entonces inexistente en el Ayuntamiento.

Todo el procedimiento que se describe fue diseñado por la Sra. Ariadna . Fue ella también la que dirigió el proceso, remitiendo al Alcade Sr. Faustino , a través de su secretario personal, Sr. Cecilio , todos los documentos e indicaciones necesarias para tal fin.

De esta forma, envió dos correos. "En el primero, fechado el 27 de noviembre de 2012, se adjuntaron dos documentos, una propuesta de modificación del ROM y los pasos a seguir hasta la aprobación inicial de la modificación del ROM y de la RPT. En él ya se anunciaba por la acusada que las bases de la convocatoria de la plaza las redactaría ella y deslizaba que no creía que se presentase mucha gente a la plaza porque casi todo el mundo sabía que tenía nombre. También advertía de que había que ir pensando en los funcionarios que tenían de confianza para formar parte de la comisión de valoración de los candidatos, añadiendo que si no los había en Sada se traerían de otros concellos, Xunta..., e incluso ella misma podría aportar alguno de Culleredo. En el otro documento enviado como archivo adjunto se incluía la "Proposta da alcaldía ao Pleno: modificación do artigo número 3 do regulamento orgánico do Concello de Sada". En el segundo de los correos electrónicos, fechado el 28 de noviembre de 2012, DI. Ariadna le indica al alcalde nuevamente los pasos a seguir para proceder a la creación y adjudicación del puesto de coordinador general para la acusada."



Y fueron esos mismos textos los que se aprobaron por el Ayuntamiento, pese al informe desfavorable del Secretario y del Interventor. Precisamente por ello se encargaron otros dos informes, uno de ellos al secretario accidental y otro la Dirección Xeral de Administración Local.

Creado el puesto, refiere el hecho probado que fue la Sra. Ariadna quien también redactó las bases de la convocatoria para cubrir el puesto, que fueron aprobadas por Decreto por el Alcalde, sin variación alguna. En aquellas bases, la Sra. Ariadna trazó un perfil ajustado a sus propios méritos académicos y profesionales. Entre otras cosas, se abrió no solo a funcionarios, sino a personal laboral fijo como era su caso.

También fue ella quien preparó y remitió al Alcalde el texto de los anuncios para el BOE y el DOG, advirtiéndole de que si imprimía eso, tuviera cuidado con el remitente. Igualmente, el 27 de febrero de 2013 la recurrente envió un nuevo correo al secretario particular, Sr. Cecilio, para que le hiciese llegar al alcalde toda la documentación que se incorporase al expediente y para que estuviese pendiente de las posibles personas que se presentasen a la plaza y quienes eran y su curriculum vitae.

De esta manera logró finalmente el puesto de coordinadora general.

Sin perjuicio de la consideración ética que merezcan los hechos enjuiciados, incluso de su calificación como constitutivos de otros ilícitos penales, la conducta descrita, por sí sola, no integra el tipo penal contemplado en el art. 429 CP.

Como señalábamos en la sentencia núm. 485/2016, de 7 de junio, con cita a su vez de la sentencia núm. 300/2012 de 3 de mayo, "La consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta ( art. 4.1º CP) que prohíbe taxativamente la analogía "in malam partem", es decir la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él."

En el supuesto ahora examinado, aun cuando el hecho probado afirma expresamente que la acusada "presionó al Sr. Faustino", en ningún momento se describe en que consistieron aquellos actos desplegados por la Sra. Ariadna que constriñeron la voluntad del Sr. Faustino. No se expresa la relación existente entre ellos ni los motivos concretos que asistieron al Sr. Faustino para seguir exactamente y en todo momento las pautas marcadas por la recurrente. En definitiva, el hecho probado no contempla el verbo nuclear contenido en el tipo objetivo, esto es, influir con prevalimiento. Tampoco la situación que describe es reveladora de que la actuación del Sr. Faustino fuera consecuencia de aquella presión sobre la que se pretende asentar el acto de influencia. Es indicadora más bien de la existencia de un acuerdo de voluntades entre ambos y su actuación concurrente en la consecución de un fin concreto, como era colocar a la Sra. Ariadna como coordinadora general en el Ayuntamiento de Sada. Incluso en la fundamentación jurídica de la sentencia expresa el Tribunal su duda de si "quien auspició todo el proceso fuera el Sr. David, a la sazón presidente provincial del Partido Popular en A Coruña, con quien -en palabras del testigo Sr. Eloy - el Sr. Faustino tenía un compromiso de colocar a Dª. Ariadna".

Por todo ello el motivo debe ser estimado con las consecuencias que se establecen en la sentencia que dictamos como segunda tras esta de casación.

### **Recurso formulado por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Popular.**

**TERCERO.-** El único motivo por el que se formula recurso por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Popular se deduce por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 404 CP.

Señala que el Tribunal de instancia ha absuelto a los acusados del delito de prevaricación pese a que en los hechos declarados probados refieren la existencia de un acuerdo previo entre el Sr. Faustino y la Sra. Ariadna para crear una plaza de coordinador general y diseñar y ejecutar un procedimiento ad hoc para que la plaza fuera cubierta por la Sra. Ariadna, dictando el Sr. Faustino como Alcalde las resoluciones que en aquellos se relacionan. Así, se da por probado que el procedimiento fue tramitado ad hoc y diseñado por la acusada con el fin de que ella resultara ser la elegida por el mero capricho o voluntad del alcalde, la arbitrariedad de la resolución devendría del hecho de constituir la expresión pura e inmotivada del favoritismo del alcalde, con evidente desviación de poder al infringir los principios de igualdad en el proceso de selección y los de mérito, capacidad e idoneidad en la designación y en última instancia con infracción del deber de objetividad, imparcialidad y legalidad que estaba obligado a cumplir. Considera de este modo que concurren los elementos del delito previsto en el art. 404 CP: 1) la condición de autoridad pública del Alcalde y la participación en las resoluciones dictadas de la acusada Sra. Ariadna, partícipe como extraneus al diseñar paso a paso todo el procedimiento tendente a su nombramiento. 2) las resoluciones administrativas son cada uno de los decretos dictados por el alcalde. Tales son el decreto de 14 de enero de 2013 por el que se aprueba la convocatoria y



las bases para la designación del personal directivo, tal y como se redactó por la coacusada, quien se encargó de suprimir el requisito de funcionario, condición que ella no reunía, lo cual también se declara probado en la sentencia; el decreto de 2 de abril de 2013 por el que el acusado eleva a definitiva la propuesta formulada por la Comisión evaluadora; y el decreto de 17 de abril de 2013 en el que el acusado como alcalde resuelve contratar como personal de alta dirección desde el 2 de mayo de 2013 a la coacusada Ariadna. En definitiva, todas aquellas resoluciones dictadas con el fin de eludir torticeramente las normas establecidas para proceder a la correcta contratación ( artículo 103 y 91 Ley de Bases del Régimen Local), aparentando la existencia de un procedimiento de selección basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad y de una actuación objetiva de la Administración que nunca existió.

Termina solicitando que se condene a ambos acusados como responsables de un delito de prevaricación imponiendo a D. Faustino la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público consistente en alcalde, concejal de ayuntamiento o cualquier otro cargo electivo de la Administración Local, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Estatal, y a la segunda la misma pena y costas. Asimismo, ambos abonarían conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de Sada la cantidad de 14.248,79 euros, con aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el mismo sentido se expresa la Acusación Popular, señalando que las diversas resoluciones contrarias a derecho, dictadas por el alcalde determinaron sucesivas modificaciones de la normativa municipal, impropias de un ayuntamiento de las características del de Sada, en contra de los informes de los funcionarios garantes de la legalidad del Ayuntamiento, con el fin de contratar a una persona cercana, con un alto salario y que es la que da todas las indicaciones para el puesto al que ella misma va a optar, que, finalmente le es adjudicado. Conducta que se realiza a sabiendas de la ilegalidad e injusticia de la acción, y así lo manifiestan en las comunicaciones que se cruzan los investigados a través del correo electrónico, y que encuadra perfectamente en el delito continuado de prevaricación administrativa descrito en el citado artículo 404 del Código Penal.

En consonancia con ello solicita que se condene a D. Faustino como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, previsto y penado en el art. 404 CP, a la pena de diez años de inhabilitación especial consistente en alcalde, concejal de ayuntamiento o cualquier otro cargo electivo de la Administración Local, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Estatal y pago de las costas. Asimismo, abonarían conjunta y solidariamente con D.<sup>a</sup> Ariadna al Ayuntamiento de Sada la cantidad de 14.248,79 euros, con aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.108 CC y 576 LEC.

1. Conforme a una doctrina ya reiterada de esta Sala, (SSTS 892/2016, de 25 de noviembre; 421/2016, de 18 de mayo; 22/2016, de 27 de enero; 146/2014, de 14 de febrero, 122/2014; de 24 de febrero; 1014/2013, de 12 de diciembre; 517/2013, de 17 de junio y 58/2017, de 7 de febrero, entre otras), al solicitarse por la parte recurrente (en este caso el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular) la condena de quien ha resultado absuelto en la sentencia de instancia es necesario precisar el ámbito de revisión de las sentencias absolutorias del que dispone esta Sala en casación.

La doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado.

Son numerosas las resoluciones de esta Sala que recuerdan que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias, como la que nos ocupa, cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

En definitiva, los márgenes que autoriza la facultad de revisión por esta Sala de sentencias absolutorias a través del cauce casacional de infracción de ley es muy restringido toda vez que no admite la audiencia del reo. En el Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, se decidió que "La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en La Ley", ( STS 400/2013, de 16 de mayo). Y sin audiencia personal del reo, la facultad de revisión se concreta en la corrección de errores de subsunción en el tipo penal correspondiente a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, la que está totalmente vetada.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen, no obstante, los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, siempre que la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible





la corrección cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. También cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ella las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le esta manifiestamente vedado.

La consecuencia de esta doctrina, desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley pura del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ( STS. 58/2017, de 7 de febrero).

2. En nuestro caso éste ha sido precisamente el cauce casacional elegido por el Ministerio Fiscal y Acusación Particular ( art. 849.1º LECrim), el cual obliga a respetar los hechos que el Tribunal ha considerado probados ( art. 884.3º LECrim).

Partimos pues de los hechos que el Tribunal ha declarado probados sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia y que es plenamente acertada en este caso.

En los mismos se describen todos y cada uno de los elementos subjetivos y objetivos que integran el tipo comprendido en el art. 404 CP:

1º) La existencia de varias decisiones adoptadas por el Sr. Faustino en virtud de las cuales, se aprobaron las bases de la convocatoria, se elevó a definitiva la propuesta de la Comisión calificadora y se resolvió contratar a la Sra. Ariadna como personal de alta dirección.

Señala la Audiencia como justificación de la absolución de ambos acusados por delito de prevaricación que las actuaciones del Sr. Faustino plasmadas en resoluciones contaron con informes en los que sustentarse jurídicamente, y que algunos actos fueron adoptados por el pleno del ayuntamiento sin que fueran impugnados.

Sin embargo, no se refieren las acusaciones a los textos referentes a la propuesta de modificación del Reglamento Orgánico Municipal y la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Sada que fueron aprobados en el Pleno del Ayuntamiento celebrado el día 21 de diciembre de 2012, únicos que contaban con informes, dos favorables elaborados por el Secretario accidental del ayuntamiento y por la Dirección General de Administración Local, y dos desfavorables elaborados por el Secretario Titular del Ayuntamiento y por el Interventor Municipal. Por el contrario, reseñan los Decretos dictados por el alcalde Sr. Faustino con fechas 14 de enero de 2013, 2 de abril de 2013 y 17 de abril de 2013. Se refieren todos ellos a actuaciones posteriores a través de las cuales se aprobaron las bases de la convocatoria para la provisión del puesto, la elevación a definitiva de la propuesta formulada por el presidente de la Comisión evaluadora y a la decisión de contratar como personal de alta dirección a la Sra. Ariadna .

Se tratan todos ellos de actos administrativos que contenían una declaración de voluntad de contenido decisorio.

2º) Tales resoluciones eran contrarias a Derecho. La Audiencia señala que las resoluciones estaban fundamentadas, habían sido dictadas por el órgano competente y no se omitieron trámites esenciales. Ello no obstante, conforme se desprende del hecho probado, aquellas se dictaron de forma injusta y arbitraria



porque mediante ellas se facilitó el acceso a un puesto de trabajo en el Ayuntamiento sin respetar los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, como condicionamientos constitucionales de la contratación administrativa y los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad.

3º) Ambos acusados conocían la injusticia de la resolución. El hecho probado refiere que " Ariadna , (...) con la excusa de tratar de ayudar en su labor municipal -que creía entorpecida por los empleados públicos del ayuntamiento- a Faustino , (...), alcalde del ayuntamiento de Sada en la fecha de los hechos, puso en marcha un plan urdido para lograr la contratación administrativa de la acusada en el referido municipio como personal directivo. De tal manera diseñó un procedimiento ad hoc, dirigido a crear el puesto -inexistente hasta entonces en el organigrama municipal- de coordinador general.

(...)

D.<sup>a</sup> Belia en fecha 8 de enero de 2013 se dirige al Sr. Cecilio , a la sazón secretario particular del alcalde, remitiéndole las bases de la convocatoria de la plaza preparadas con formato de resolución. Es entonces cuando, para hacer posible la materialización del nombramiento, el acusado Faustino dicta el Decreto número 51, de 14 de enero de 2013, con un texto coincidente con el enviado por D.<sup>a</sup> Ariadna por el que se aprobaba la convocatoria y las bases para la designación del personal directivo en el puesto de "coordinador xeral", siendo que estas bases de la convocatoria fueron redactadas por la propia acusada Ariadna en su propio interés.

En fecha 18 de enero de 2013, D.<sup>a</sup> Ariadna remite otro correo al alcalde enviándole el texto de los anuncios para el BOE y el DOG, advirtiéndole de que, si imprimía eso, tuviera cuidado con el remitente. Publicada tal convocatoria en el DOG de 22 de febrero de 2013, Ariadna presentó su solicitud el 12 de marzo de 2013, siendo la única candidata y, a sabiendas de que, en todo caso, resultaría elegida para el puesto por ser ésta la voluntad del alcalde. En fecha 27 de febrero de 2013, D.<sup>a</sup> Ariadna había remitido un nuevo correo al secretario particular, Sr. Cecilio , para que le hiciese llegar al alcalde toda la documentación que se incorporase al expediente y para que estuviese pendiente de las posibles personas que se presentasen a la plaza y quienes eran y su curriculum vitae.

El 2 de abril de 2013, mediante Decreto 470/2013, el alcalde eleva a definitiva la propuesta formulada por el presidente de la Comisión evaluadora por escrito de 27 de marzo de 2013 y declara que D.<sup>a</sup> Ariadna había superado el proceso selectivo convocado para el puesto de Coordinadora Xeral, personal de alta dirección.

Por Decreto 586/2013 de fecha 17 de abril de 2013, el alcalde resuelve contratar como personal de alta dirección desde el 2 de mayo de 2013 a D.<sup>a</sup> Ariadna ."

Tales hechos expresan sin lugar a dudas la voluntad del alcalde de designar para el puesto a la Sra. Ariadna . Todo el proceso fue dirigido a aparentar una situación sobre la que sustentar las decisiones que culminaron con el nombramiento de la Sra. Ariadna como coordinadora general del Ayuntamiento de Sada. De esta forma, conociendo los designios de ésta, siguió sus indicaciones, aprobando las bases elaboradas por la misma en atención a su exclusiva conveniencia. Conociendo también la forma en que aquélla había resultado elegida por la comisión evaluadora, dictó un segundo Decreto por el que elevó a definitiva la propuesta formulada por ella. Y finalmente, firmó un tercer decreto por el que resolvió contratar como personal de alta dirección a la Sra. Ariadna , culminando con ello todo aquel procedimiento llevado a cabo por ambos acusados para lograr que la Sra. Ariadna accediera finalmente al puesto de coordinadora general del Ayuntamiento de Sada.

En su actuar, ambos acusados eran conscientes de los defectos insubsanables con los que contaba tal nombramiento sin atender a los conceptos de mérito y capacidad.

4º) Y provocó un resultado injusto, pues permitió que accediese al puesto de trabajo una persona cuya elección no era el resultado de un proceso selectivo justo y transparente llevado a cabo sin cumplir los requisitos constitucionales ( art. 103 CE) de la contratación pública, como son publicidad, igualdad, mérito y capacidad a los que expresamente se refiere el art 103 en relación con el art. 91.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. De esta forma se omitió la necesidad de dar satisfacción a una demanda de la sociedad, que lógicamente quiere que quien va a estar a su servicio sea el mejor en las funciones que se le reclaman, el de mayor mérito y capacidad de entre los aspirantes.

3. Conforme reiterada doctrina de esta Sala, el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser partícipe en un delito de prevaricación cometida por funcionario (intraneus) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario ( SSTS 501/2000, de 21-3; 76/2002, de 25-1; 627/2006, de 8-6; 222/2010, de 4-3; 303/2013, de 26-3; y 773/2014, de 28 de octubre).

El reproche penal a título de partícipe en el hecho del autor requiere que quien así actúa no sólo persiga la realización del hecho delictivo, sino que, además, debe tener intención de participar, en el sentido de colaborar en el hecho delictivo de otro. El partícipe ha de actuar dolosamente, por lo que su aportación al delito requiere



sea realizada con conocimiento de que su aportación presta la ayuda necesaria al autor para la realización del hecho delictivo. Es por ello que doctrinalmente se ha considerado la exigencia de un "doble dolo" en el partícipe, dirigido a favorecer el hecho y que va dirigida a ayudar a la realización del hecho por el autor.

Conforme a la citada doctrina, la perspectiva expuesta procede calificar de partícipe, no solo al acusado Sr. Faustino, sino también a la Sra. Ariadna. El hecho probado refiere que existió un acuerdo entre los dos acusados: "Ariadna, (...) con la excusa de tratar de ayudar en su labor municipal -que creía entorpecida por los empleados públicos del ayuntamiento- a Faustino, (...), alcalde del ayuntamiento de Sada en la fecha de los hechos, puso en marcha un plan urdido para lograr la contratación administrativa de la acusada en el referido municipio como personal directivo. De tal manera diseñó un procedimiento ad hoc, dirigido a crear el puesto -inexistente hasta entonces en el organigrama municipal- de coordinador general."

Además, fue la Sra. Ariadna la que confeccionó y remitió al Sr. Faustino los documentos necesarios base de las distintas resoluciones dictadas por éste que llevarían a la consecución del buen fin de la operación. De esta forma se expresa en los hechos probados que "D.<sup>a</sup> Ariadna en fecha 8 de enero de 2013 se dirige al Sr. Cecilio, a la sazón secretario particular del alcalde, remitiéndole las bases de la convocatoria de la plaza preparadas con formato de resolución. Es entonces cuando, para hacer posible la materialización del nombramiento, el acusado Faustino dicta el Decreto número 51, de 14 de enero de 2013, con un texto coincidente con el enviado por D.<sup>a</sup> Ariadna por el que se aprobaba la convocatoria y las bases para la designación del personal directivo en el puesto de "coordinador xeral", siendo que estas bases de la convocatoria fueron redactadas por la propia acusada Ariadna en su propio interés.

En fecha 18 de enero de 2013, D.<sup>a</sup> Ariadna remite otro correo al alcalde enviándole el texto de los anuncios para el BOE y el DOG, advirtiéndole de que, si imprimía eso, tuviera cuidado con el remitente. Publicada tal convocatoria en el DOG de 22 de febrero de 2013, Ariadna presentó su solicitud el 12 de marzo de 2013, siendo la única candidata y, a sabiendas de que, en todo caso, resultaría elegida para el puesto por ser ésta la voluntad del alcalde. En fecha 27 de febrero de 2013, D.<sup>a</sup> Ariadna había remitido un nuevo correo al secretario particular, Sr. Cecilio, para que le hiciese llegar al alcalde toda la documentación que se incorporase al expediente y para que estuviese pendiente de las posibles personas que se presentasen a la plaza y quienes eran y su curriculum vitae.

El 2 de abril de 2013, mediante Decreto 470/2013, el alcalde eleva a definitiva la propuesta formulada por el presidente de la Comisión evaluadora por escrito de 27 de marzo de 2013 y declara que D.<sup>a</sup> Ariadna había superado el proceso selectivo convocado para el puesto de Coordinadora Xeral, personal de alta dirección.

Por Decreto 586/2013 de fecha 17 de abril de 2013, el alcalde resuelve contratar como personal de alta dirección desde el 2 de mayo de 2013 a D.<sup>a</sup> Ariadna.

La sentencia refiere pues el acuerdo entre el Alcalde y la Sra. Ariadna para dar una aparente cobertura jurídica al acto arbitrario, apareciendo la conducta de esta última como participación por cooperación necesaria en el hecho del autor, ya que su aportación revela un dominio del hecho y supone una aportación causal, además de integrar el núcleo de la organización de las conductas típicas. Resulta incuestionable que coadyuvó consciente y deliberadamente en la actuación delictiva del otro acusado, lo que justifica su condena.

4. Existe en la actuación de los acusados unidad natural de acción al tratarse de comportamientos jurídicos penalmente equivalentes, concebidos con el mismo propósito o finalidad, que constituyen la ejecución del mismo plan desarrollado por los acusados y tienen lugar en un mismo ámbito espacial reducido y en un contexto temporal breve. Su fin único era dar apariencia legal a la adjudicación del puesto de coordinadora general a la Sra. Ariadna. Por ello procede excluir la continuidad delictiva propuesta sin explicación alguna por la Acusación Popular.

En base a lo expuesto, procede estimar el motivo.

**CUARTO.-** La estimación de los recursos formulados por la Acusación Popular y por el Ministerio Fiscal nos lleva a examinar las dos cuestiones planteadas por la defensa de la Sra. Ariadna en los motivos segundo y tercero de su recurso, puestos lógicamente en relación con el delito de prevaricación por el que los acusados resultan finalmente condenados.

El primero de ellos se refiere a la no apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, que a su juicio debe ser apreciada como muy cualificada.

Expone que desde que se inició la instrucción (septiembre de 2014) hasta la celebración del juicio (marzo de 2019) transcurrieron 4 años y seis meses, sin que la causa tuviera excesiva complejidad. Estima que el proceso se demoró más de lo razonable, no siendo apreciable por parte de los acusados una actitud obstruccionista. Entiende que el lapso de tiempo transcurrido desde la denuncia del Ministerio Fiscal hasta el enjuiciamiento



(4 años y seis meses) sería suficiente para estimar la atenuante. La instrucción no fue compleja, pues solo se recibió declaración a los dos denunciados y a seis testigos. Y los recursos formulados por los acusados en modo alguno han paralizado el procedimiento, por no tener efectos suspensivos, siendo éste además un razonamiento inadecuado para inaplicar la atenuante de dilaciones.

1. Conforme se exponía en la sentencia núm. 169/2019, de 28 de marzo, "este Tribunal viene señalando (sentencias núm. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6<sup>a</sup> del Código Penal.

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 703/2018, de 14 de enero, "el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6<sup>a</sup> del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

También debe recordarse que es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS 440/2012, de 29 de mayo; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 553/2008, de 18 de septiembre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 1288/2006, de 11 de diciembre y la expresada por el Tribunal de instancia, núm. 277/2018, de 8 de junio), la que considera (STS 1394/2009 de 25 de enero) que "la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, correremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud." En este mismo sentido, exponíamos en la sentencia núm. 1123/2007, de 26 de diciembre, "como fecha de inicio para la determinación de posibles dilaciones no puede tomarse la de la ocurrencia de los hechos, ni tan siquiera la de la denuncia efectuada ante la autoridad judicial, sino aquella fecha en la que el denunciado/querrellado comenzó a sufrir las consecuencias del proceso. Por decirlo con las palabras del TEDH en las sentencias Eckle vs. Alemania de 15 de Julio de 1982 ó López Solé vs. España, de 28 de Octubre de 2003 "...el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos....".

2. En el caso de autos, la recurrente declaró como investigada el día 17 de diciembre de 2014. El día 30 de junio de 2016 se dictó auto de transformación de la causa en procedimiento abreviado. Se dictó auto de apertura de juicio oral el día 3 de mayo de 2017. Tras elevarse los autos a la Audiencia Provincial, el día 4 de diciembre de 2018 se dictó auto por la Audiencia Provincial resolviendo sobre la admisión de pruebas propuestas por las partes. Se señaló juicio oral y se celebró entre los días 20 y 21 de marzo de 2019. Finalmente, con fecha 12 de abril de 2019, se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de A Coruña.





Atendiendo a tales hitos temporales no puede apreciarse que la causa haya sufrido una dilación extraordinaria. Transcurrieron cuatro años y tres meses desde que la recurrente prestara declaración como investigada hasta la celebración del Juicio Oral y el dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial. No se detecta ninguna paralización importante, máxime teniendo en cuenta que ha sido precisa la práctica de múltiples diligencias y que han tenido que ser resueltos varios recursos de cuya interposición no se efectúa crítica a la defensa, a quien sin lugar a dudas asiste el derecho al recurso, sino que lo que se pone de manifiesto es la necesidad de proceder a su tramitación y resolución, lo que implica la necesidad de invertir mayor tiempo en la instrucción sin que ello suponga una dilación indebida. Por el contrario ha de ser calificada como dilación debida precisamente en aras a salvaguardar el derecho de defensa del encausado.

Además, la recurrente omite hacer mención especial de las razones que permiten calificar determinados espacios temporales como injustificados o que determinan el carácter desmedidamente excepcional de aquella duración. Igualmente elude cualquier referencia a las consecuencias gravosas de la dilación para ella, lo que nos lleva al rechazo de esta pretensión con arreglo a los parámetros jurisprudenciales anteriormente expuestos.

**QUINTO.-** La segunda cuestión se refiere a la declaración de responsabilidad civil derivada de los hechos que han sido calificados como delito.

Entiende que no procede la condena al pago de responsabilidad ya que no consta acreditado ningún daño o perjuicio al Ayuntamiento de Sada. La cantidad a cuyo pago se condena en tal concepto se corresponde con los salarios percibidos por ella desde que accedió al puesto de Coordinadora General del Ayuntamiento de Sada hasta su cese. Dichas cantidades fueron percibidas como salario por un trabajo desempeñado. Señala que no hay ninguna resolución que haya declarado ilegal o ilícito ni la creación del puesto, ni su acceso a la plaza de Coordinadora General del Ayuntamiento de Sada.

Como ya se ha expresado en fundamentos anteriores, los hechos probados recogen todo un proceso llevado a cabo de forma torticera y contraria al ordenamiento jurídico. Con su actuación, la recurrente logró que se creara una plaza de coordinadora general hasta entonces inexistente. Una vez creada la plaza, también logró que se aprobaran las bases de la convocatoria que ella misma confeccionó a su propia conveniencia y ajustadas a sus propios méritos académicos y profesionales, abriendo incluso la plaza, no solo a funcionarios a quienes únicamente debería haber sido asignada, sino a personal laboral fijo como era su caso. De esta manera, como señala el hecho probado, estuvo vinculada al ayuntamiento de Sada cuatro meses, desde el 2 de mayo de 2013 hasta el 4 de septiembre de 2013, percibiendo por ello un total de 14.248,79 euros.

Pero lo que no expresa el hecho probado es que durante esos meses la Sra. Ariadna no desempeñara trabajo efectivo alguno. De hecho, la creación de la plaza fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Sada por estimarla necesaria. La actividad prevaricadora no se residencia en la creación de la plaza, sino en el modo en que ésta fue creada y adjudicada arbitrariamente a la Sra. Ariadna. Ello no obstante, no consta reflejado en el hecho probado que el trabajo no fuera realizado. Así pues, debe entenderse que las cantidades recibidas por la Sra. Ariadna se corresponden con los servicios prestados en el desempeño de su función como coordinadora general del Ayuntamiento.

Por ello no procede efectuar declaración de responsabilidad civil derivada del delito de prevaricación.

**SEXTO.-** La estimación de los recursos formulados por la representación de D.<sup>a</sup> Ariadna y por la representación de D. Eloy determina la declaración de oficio de las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim. Igual pronunciamiento procede en cuanto al recurso del Ministerio Fiscal cuya posición institucional condiciona el tratamiento legal de este punto.

## FALLO

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

1º) **Estimar** los recursos de casación interpuestos por la representación de D.<sup>a</sup> Ariadna, por **el Ministerio Fiscal y por** la representación procesal de **D. Eloy**, contra la sentencia núm. 155/2019, de 12 de abril, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el Rollo de Sala 103/2017, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2º) **Declarar** de oficio las costas correspondientes a los recursos formulados por la representación de D.<sup>a</sup> Ariadna, por el Ministerio Fiscal y por la representación de D. Eloy.

**Comunicar** esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia 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.: 3992/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de julio de 2021.

Esta sala ha visto la causa Rollo n.º 103/2017, seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 103/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Betanzos, por delitos de prevaricación administrativa y tráfico de influencias contra D. Faustino y contra la recurrente en casación D.<sup>a</sup> Ariadna, con DNI NUM002, intervienen además como recurrentes en casación, la acusación popular **D. Eloy y el Ministerio Fiscal**; se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial el 12 de abril de 2019, recurrida en casación que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, 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.-** Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

**SEGUNDO.-** Conforme a los razonamientos expresados nuestra anterior Sentencia de Casación, procede:

1) Absolver a Ariadna del delito de tráfico de influencias por el que venía siendo acusada.

2) Condenar a Faustino y a Ariadna como autores responsables de un delito de prevaricación, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena individualizada de ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público consistente en alcalde, concejal de ayuntamiento o cualquier otro cargo electivo de la Administración Local, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Estatal. Se impone la pena en su mitad inferior y próxima al límite mínimo en atención a que no concurren en ellos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, si bien no se impone en su mínima extensión en atención a las múltiples actuaciones descritas en la sentencia de instancia, llevadas a cabo por los mismos a lo largo de cinco meses para obtener su propósito final de nombrar a la Sra. Ariadna coordinadora general del Ayuntamiento.

Tales pronunciamientos deben producir también sus efectos en las costas procesales de la primera instancia. De modo que conforme a lo dispuesto en el art. 123 CP y 240 LECrim, Ariadna Faustino abonarán, cada uno de



ellos, la cuarta parte de las costas causadas en la primera instancia, incluidas las ocasionadas por la Acusación Popular, también en una cuarta parte cada uno, declarando de oficio la mitad de las costas procesales.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

## FALLO

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

**1) Absolver** a Ariadna del delito de tráfico de influencias por el que venía siendo acusada.

**2) Condenar** a Faustino y a Ariadna como autores responsables de un delito de prevaricación, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público consistente en alcalde, concejal de ayuntamiento o cualquier otro cargo electivo de la Administración Local, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Estatal, y al pago cada uno de ellos de la cuarta parte de las costas causadas en la instancia, incluidas las ocasionadas por la Acusación Popular, declarando de oficio la mitad de las costas procesales.

**2) Confirmar**, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 155/2019, de 12 de abril, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el Rollo de Sala 103/2017.

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

Así se acuerda y firma.