



Roj: **STS 373/2025 - ECLI:ES:TS:2025:373**

Id Cendoj: **28079120012025100077**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2025**

Nº de Recurso: **4249/2022**

Nº de Resolución: **96/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 96/2025

Fecha de sentencia: 06/02/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4249/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/02/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4249/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 96/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 6 de febrero de 2025.



Esta Sala ha visto el recurso de casación 4249/2022 interpuesto por: **1) Imanol** , representado por el procurador don Ricardo Estévez Cernadas, bajo la dirección letrada de don Nicolás González-Cuéllar Serrano; **2) Leon** , representado por la procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago, bajo la dirección letrada de don Gonzalo Rodríguez-Mourullo Otero; 3) Matías , representado por el procurador don José Antonio Fandiño Carnero, bajo la dirección letrada de don Xulio Teixeira Rodríguez; y 4) Oscar , representado por el procurador don José Antonio Fandiño Carnero, bajo la dirección letrada de don Manuel Cisneros Rodríguez, contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2022 por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, en el Rollo de Apelación 424/2021, que estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los ahora recurrentes, revocándose parcialmente la sentencia dictada el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Pontevedra, en el Procedimiento Abreviado 178/2020, en el sentido de absolver a Imanol , Leon , Matías y a Oscar , del delito de fraude a la Administración por el que venían condenados, manteniendo su condena como autor de un delito de prevaricación en el caso de Imanol y como cooperadores necesarios del mismo delito al resto de recurrentes.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Pontevedra incoó Diligencias Previas 450/2018 por presuntos delitos de prevaricación y fraude contra, entre otros, Imanol , Leon , Matías y Oscar , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal n.º 3 de Pontevedra. Incoado Procedimiento Abreviado 178/2020, con fecha 5 de febrero de 2021 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara que en la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Pontevedra de fecha 16-12-2011 se aprobó un convenio de colaboración entre la Diputación y el Concello de Moaña para la instalación de hierba artificial en el campo de fútbol "El Buelo" y obras de edificación anexas.

El 30-12-2011 se firmó el convenio de colaboración entre la Diputación y el Concello de Moaña, asumiendo la Diputación la redacción del proyecto por importe de 21.122 euros y la construcción por importe de 999.561,23 euros a través de una subvención discrecional del presidente de la Diputación. Firmaron el convenio Imanol , mayor de edad, sin antecedentes penales, como presidente de la Diputación Provincial y Florencia , mayor de edad sin antecedentes penales, como alcaldesa del Concello de Moaña.

En Junta de Gobierno de la Diputación se acordó adjudicar la obra "Campo de Fútbol y edificación anexa en Moraña" a la empresa Construcciones Eiriña SL.

En Junta de Gobierno de la Diputación de 6-9-2013 se acordó la aprobación del proyecto modificado de la obra campo de fútbol y edificación anexa en Moraña con el objeto de ajustarse a las nuevas necesidades surgidas durante la ejecución y ello sin coste adicional sobre el presupuesto inicial firmándose por el acusado, Leon , mayor de edad y sin antecedentes penales, como director de infraestructuras, Oscar , mayor de edad y sin antecedentes penales, como representante de la empresa Construcciones Eiriña SL y Marta , arquitecta del proyecto.

En junta de gobierno de la Diputación de 30-10-2013 se aprobó el reconocimiento de pago de la certificación 11 que correspondía al modificado uno anteriormente señalado, haciéndose constar en dicha certificación que no constaba pendiente de ejecutar obra alguna.

Como la empresa Eiriña había realizado obras no contempladas en el Proyecto, presentó el día 12 de diciembre de 2013 una certificación 12 fechada el 9-12-2013, que venía coincidiendo con la 11, pero aumentando algunas partidas, por importe de 86.816,47 euros. No obstante, como se trataba de una obra ejecutada con subvención la legislación impedía rebasar el importe subvencionado, motivo por el que no fue atendida dicha certificación por esa vía.

Como ya en verano de 2013 era previsible que no se pudiese abonar ese incremento de obra realizado voluntariamente (es decir al margen del proyecto aprobado) por la empresa, por cuanto la funcionaria encargada de velar por la tramitación de las subvenciones a los ayuntamientos señalaba que era ilegal rebasar el importe de la subvención concedida, se ideó un sistema artificioso, en fraude de ley, tendente a abonar a la empresa Eiriña el importe que reclamaba sobre el presupuesto aprobado.

De este modo, con el acuerdo del presidente de la Diputación, Imanol , el director de infraestructuras de la misma, Leon , el representante de la empresa Eiriña, Oscar , Matías , como administrador de la empresa Eiriña



SL, Florencia , como alcaldesa del Concello de Moraña y Estanislao , como arquitecto, se elabora y ejecuta el plan siguiente:

La alcaldesa del Concello de Moraña, Florencia , solicitó el 7 de agosto de 2013 una nueva subvención a la Diputación Provincial de Pontevedra para "melloras en vestuario e graderío do campo de fútbol o Buelo". Dicha petición fue acompañada de un proyecto técnico firmado por el arquitecto Estanislao , en el que se hacía referencia a la ejecución de obras que, al menos parcialmente, ya habían sido realizadas.

En Junta de Gobierno presidida por Imanol , el 9 de agosto de 2013 se concedió al Concello de Moraña la cantidad de 86.829,84 euros con cargo a la partida NUM000 (de libre disposición del presidente).

Como los acusados anteriormente mencionados habían ya acordado que, con simulación aparente de aplicar la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la obra iba a ser adjudicada a Construcciones Eiriña SL, por resolución de la diputada delegada en materia de contratación, Enriqueta , que actuaba desconociendo el plan de los acusados, limitándose a firmar, se aprobó el proyecto y expediente de contratación, el pliego de cláusulas económico administrativas (procedimiento negociado sin publicidad), el gasto por importe de 86.829,84 euros, y se acordó dar traslado de la resolución a las empresas Eiriña SL, Construcciones E.C. Casas SL y Canalizaciones y Construcciones Saines SL. Como la invitación a estas últimas empresas era mera apariencia, sin propósito serio de valorar sus proposiciones, con el consentimiento de los administradores de estas, en resolución de 8 de octubre de 2013, la diputada delegada en materia de contratación adjudicó a la empresa Eiriña SL la obra de mejora subvencionada por importe de 71.332,10 euros más 14.979,74 euros de IVA, lo que hace un total de 86.311,84 euros.

El acusado, Romualdo , mayor de edad, sin antecedentes penales, -administrador de la empresa canalizaciones y Construcciones Salnés SL- y Teodoro , mayor de edad y sin antecedentes penales, -administrador de Construcciones **Enrique** Casas SL- accedieron a participar en el proceso negociado sin publicidad sabiendo que se trataba de un mero trámite para adjudicar la obra a Eiriña SL y consecuentemente presentaron ofertas con los datos que la propia empresa Eiriña SL a través de su representante y administrador les proporcionó, con la finalidad de que en todo caso la obra fuese adjudicada a ésta última por ser la más ventajosa, como así ocurrió.

El 21 de octubre se firmó el contrato para la realización de la obra entre la diputada delegada, Enriqueta y Matías como administrador de Construcciones Eiriña SL.

El 4 de noviembre se firmó el acta de comprobación de replanteo, firmando Oscar por la empresa y Estanislao por la dirección de obra.

Con fecha 22 de noviembre se emite documento de certificación de obra por el director técnico Estanislao , con el conforme de Leon , y, asimismo consta la recepción de la obra firmando los dos anteriores y Oscar por la empresa Construcciones Eiriña SL.

Finalmente, el 18 de diciembre de 2013, por la delegada en materia de contratación, se aprueba el reconocimiento y obligación de pago de la mencionada certificación.

Consta que al menos parte de las obras a las que se refiere el proyecto firmado por el arquitecto Estanislao , ya habían sido realizadas antes de la presentación de la solicitud de la subvención por parte de la alcaldesa de Moraña, Florencia y especialmente antes de que se firmase el acta de comprobación de replanteo. Así consta que al menos ya estaba ejecutadas las siguientes obras incluidas en el proyecto del arquitecto indicado:

- casetón para la bomba hidráulica de riego y el filtro que consta ya realizado el 1-8-2013.
- cuartos bajo el graderío (almacenes) que constan ya realizados el 1-8-2013.
- cerramientos sobre muros de escaleras de hormigón que consta ya realizado el 12-10-2013.
- soleras de hormigón pulido frente a galería y vestuario que constan ya realizadas a fecha 1-8-2013 al menos la solera de hormigón frente a graderío.

Por otro lado, se preveía en el proyecto la construcción de un muro anexo a los vestuarios que no consta que haya sido realizado en esta fecha.

Aunque la decisión administrativa de conceder la subvención por importe de 86.829,84 euros se tomó en Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Pontevedra, presidida por el acusado, Imanol con cargo a la partida presupuestaria de su libre disposición, la misma no hubiese sido posible sin la solicitud de la acusada, Florencia , sin el proyecto técnico firmado por el arquitecto Estanislao , y sin la preparación previa fundamental de los acusados Leon , Matías y Oscar .



Asimismo, estas personas necesariamente eran conocedoras de la invitación realizada a los acusados, Romualdo , como administrador de Canalizaciones y Construcciones Salnés SL y a Teodoro , como administrador de Construcciones **Enrique** Casas SL, para que participasen en el proceso negociado sin publicidad.

Matías y Oscar se concertaron con Leon para que este intermediase con Imanol con la finalidad de que se les adjudicase el proyecto de mejora de vestuarios y graderío do campo de fútbol o Buelo, sabiendo que era la única posibilidad de obtener una compensación que no les correspondía por cuanto la obra había sido adjudicada por un importe de 999.561,23 euros que procedían de una subvención, y consecuentemente era inalterable. No obstante, no consta que para realizar el acto del convencimiento sobre Leon los acusados Matías y Oscar se hubiesen prevalido de una situación de dominio o fuerza moral sobre el mismo."

SEGUNDO.- Dicho Juzgado de lo Penal emitió el siguiente pronunciamiento:

"FALLO

Que debo CONDENAR y CONDENO a:

- Imanol , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal en concurso medial (artículo 77.1.3 del Código Penal) con un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas durante ocho años.
- Leon , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas durante ocho años.
- Florencia , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperadora necesaria de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autora de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas durante ocho años.
- Matías , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de cuatro años.
- Oscar , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso media) del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de cuatro años.
- Estanislao , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de cuatro años.
- Romualdo , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor penalmente responsable de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal, a la pena de un año de



prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de dos años.

- Teodoro , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor penalmente responsable de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de dos años.

Con imposición de 1/8 parte de las costas a cada uno.

Se acuerda el decomiso de la cantidad cobrada por la empresa Eiriña SL con motivo del proyecto de mejora de gradas y vestuarios del campo de fútbol O Buelo en Moraña (86.311,84 euros), así como de la cantidad cobrada por el firmante del proyecto Estanislao .

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de Apelación por ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra en el plazo de DIEZ DIAS."

TERCERO.- Recurrida la anterior sentencia en apelación por las representaciones procesales de Imanol , Leon , Matías y Oscar , y completado el trámite de alegaciones, se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, que incoado Rollo de Apelación 424/2021, con fecha 3 de mayo de 2022 dictó Sentencia n.º 121/22, en la que declaró probados los siguientes

"HECHOS PROBADOS

SE MODIFICAN EN PARTE LOS HECHOS QUE SE DECLARAN PROBADOS SUSTITUYÉNDOSE POR LOS SIGUIENTES:

Probado y así se declara que en la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Pontevedra de fecha 16-12-2011 se aprobó un convenio de colaboración entre la Diputación y el Concello de Moraña para la instalación de hierba artificial en el campo de fútbol "El Buelo" y obras de edificación anexas.

El 30-12-2011 se firmó el convenio de colaboración entre la Diputación y el Concello de Moraña, asumiendo la Diputación la redacción del proyecto por importe de 21.122 euros y la construcción por importe de 999.561,23 euros a través de una subvención discrecional del presidente de la Diputación. Firmaron el convenio Imanol , mayor de edad, sin antecedentes penales, como presidente de la Diputación Provincial y Florencia , mayor de edad sin antecedentes penales, como alcaldesa del Concello de Moraña.

En Junta de Gobierno de la Diputación se acordó adjudicar la obra "Campo de Fútbol y edificación anexa en Moraña" a la empresa Construcciones Eiriña SL, cuyo administrador único era el acusado Matías .

En Junta de Gobierno de la Diputación del 6-9-2013 se acordó la aprobación del proyecto modificado de la obra campo de fútbol y edificación anexa en Moraña con el objeto de ajustarse a las nuevas necesidades surgidas durante la ejecución y ello sin coste adicional sobre el presupuesto inicial firmándose por el acusado, Leon , mayor de edad y sin antecedentes penales, como director de infraestructuras de la Diputación de Pontevedra, Oscar , mayor de edad y sin antecedentes penales, como representante de la empresa Construcciones Eiriña SL y Marta , arquitecta del proyecto.

En junta de gobierno de la Diputación de 30-10-2013 se aprobó el reconocimiento de pago de la certificación 11 que correspondía al modificado uno anteriormente señalado, haciéndose constar en dicha certificación que no constaba pendiente de ejecutar obra alguna.

El día 12 de diciembre de 2013 la empresa Eiriña S.L presentó una certificación 12 fechada el 9-12-2013, que venía coincidiendo con la 11, pero aumentando algunas partidas, por importe de 86.816,47 euros, no obstante, como se trataba de una obra financiada con subvención, la legislación impedía rebasar el importe subvencionado, tanto vía modificados como liquidaciones con incremento de coste, motivo por el que no fue atendida dicha certificación por esa vía sino a través del expediente de reclamación extrajudicial de crédito.

La empresa Eiriña S.L había realizado obras no contempladas en el proyecto y como ya en verano del 2013 era previsible que no se pudiese abonar ese incremento de obra realizado por la empresa al margen del proyecto aprobado, por cuanto la funcionaria encargada de velar por la tramitación de las subvenciones a los ayuntamientos señalaba que era ilegal rebasar el importe de la subvención concedida, se ideó un



sistema artificioso, en fraude de ley, tendente a abonar a la empresa Eiriña el importe que reclamaba sobre el presupuesto aprobado.

De este modo, con el acuerdo del presidente de la Diputación, D. Imanol , del director de infraestructuras de la misma, D. Leon , el representante de la empresa Eiriña, D. Oscar , D. Matías , como administrador de la empresa Eiriña SL, se elabora y ejecuta el plan siguiente:

La alcaldesa del Concello de Moraña, Florencia , solicitó el 7 de agosto de 2013 una nueva subvención a la Diputación Provincial de Pontevedra para "melloras en vestuario e graderío do campo de fútbol o Buelo". Dicha petición se amparaba en un proyecto técnico firmado por el arquitecto Estanislao , pero elaborado por la propia empresa Eiriña y en el mismo se hacía referencia a la ejecución de obras que, al menos parcialmente, ya habían sido realizadas.

En Junta de Gobierno presidida por Imanol , el 9 de agosto de 2013, se concedió al Concello de Moraña la cantidad de 86.829,84 euros con cargo a la partida NUM000 (de libre disposición del presidente).

Como los acusados anteriormente mencionados habían ya acordado que, con simulación aparente de aplicar la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas, la obra iba a ser adjudicada a Construcciones Eiriña SL, por resolución de la diputada delegada en materia de contratación, D^a. Enriqueta , que actuaba desconociendo el plan de los acusados, limitándose a firmar, se aprobó el proyecto y expediente de contratación, el pliego de cláusulas económico-administrativas (procedimiento negociado sin publicidad), el gasto por importe de 86.829,84 euros, y se acordó dar traslado de la resolución a las empresas Eiriña SL, Construcciones E.C. Casas SL y Canalizaciones y Construcciones Salnés SL.

Como la invitación a estas últimas empresas era mera apariencia, sin propósito serio de valorar sus proposiciones, con el consentimiento de los administradores de estas, en resolución de 8 de octubre de 2013, la diputada delegada en materia de contratación adjudicó a la empresa Eiriña SL la obra de mejora subvencionada por importe de 71.332,10 euros más 14.979,74 euros de IVA, lo que hace un total de 86.311,84 euros.

Los acusados, Romualdo , mayor de edad, sin antecedentes penales, administrador de la empresa canalizaciones y Construcciones Salnés SL- y Teodoro , mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador de Construcciones **Enrique** Casas SL- accedieron a participar en el proceso negociado sin publicidad sabiendo que se trataba de un mero trámite para adjudicar la obra a Eiriña SL y consecuentemente presentaron ofertas con los datos que la propia empresa Eiriña SL, a través de su representante y administrador les proporcionó, con la finalidad de que en todo caso la obra fuese adjudicada a ésta última por ser la más ventajosa, como así ocurrió.

El 21 de octubre se firmó el contrato para la realización de la obra entre la diputada delegada, Enriqueta y Matías como administrador de Construcciones Eiriña SL.

El 4 de noviembre se firmó el acta de comprobación de replanteo, firmando Oscar por la empresa y Estanislao por la dirección de obra.

Con fecha 22 de noviembre se emite documento de certificación de obra por el director técnico Estanislao , con el conforme de Leon , y, asimismo consta la recepción de la obra firmando los dos anteriores y Oscar por la empresa Construcciones Eiriña SL.

Finalmente, el 18 de diciembre de 2013, por la delegada en materia de contratación, se aprueba el reconocimiento y obligación de pago de la mencionada certificación.

Al menos parte de las obras a las que se refiere el proyecto firmado por el arquitecto Estanislao , ya habían sido realizadas antes de la presentación de la solicitud de la subvención por parte de la alcaldesa de Moraña y especialmente antes de que se firmase el acta de comprobación de replanteo. Así consta que al menos ya estaba ejecutadas las siguientes obras incluidas en el proyecto firmado por el arquitecto indicado:

- casetón para la bomba hidráulica de riego y el filtro que consta ya realizado el 1-8-2013.
- cuartos bajo el graderío (almacenes) que constan ya realizados el 1-8-2013.
- cerramientos sobre muros de escaleras de hormigón que consta ya realizado el 12-10-2013.
- soleras de hormigón pulido frente a gradería y vestuario que constan ya realizadas a fecha 1-8-2013, al menos la solera de hormigón frente a graderío.

Por otro lado, se preveía en el proyecto la construcción de un muro anexo a los vestuarios que no consta que haya sido realizado en esta fecha.



Preexistía un muro perimetral de diferentes características y alejado del proyectado, el cual fuera objeto de una ampliación.

No consta que las cantidades cobradas por Eiriña S.L no se correspondieran con obras efectivamente realizadas, ni que hubiera aplicado precios superiores a los del mercado.

Matías y Oscar se concertaron con Leon para que éste intermediase con Imanol con la finalidad de que se les adjudicase el proyecto de mejora de vestuarios y graderío do campo de fútbol o Buelo, sabiendo todos ellos que era la única posibilidad de obtener una compensación que no les correspondía de la Diputación Provincial de Pontevedra, por cuanto la obra había sido adjudicada por un importe de 999.561,23 euros que procedían de una subvención otorgada por la Diputación y era inalterable. No consta que para realizar el acto del convencimiento sobre Leon los acusados Matías y Oscar se hubiesen prevalido de una situación de dominio o fuerza moral sobre el mismo.

Aunque la decisión administrativa de conceder la subvención por importe de 86.829,84 euros con cargo a la partida presupuestaria de libre disposición del Presidente, se tomó en Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Pontevedra, presidida por Imanol, la decisión de conceder la subvención no hubiese sido posible sin la preparación previa fundamental de los acusados Leon, Matías y Oscar.

Asimismo, todos ellos necesariamente eran conocedoras de la invitación realizada a los acusados, Romualdo, como administrador de Canalizaciones y Construcciones Salnés SL y a Teodoro, como administrador de Construcciones **Enrique** Casas SL, para que participasen sin propósito serio de concurrir, en el proceso negociado sin publicidad.

Y dictó el siguiente FALLO:

"Estimando parcialmente el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Imanol, le absolvemos libremente del delito de fraude a la Administración por el que había sido condenado y manteniendo su condena como autor de un delito de prevaricación, le imponemos la pena de SIETE AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas, así como el 50% de 1/8 de las costas del proceso.

Estimando parcialmente el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Leon, le absolvemos libremente del delito de fraude a la Administración por el que había sido condenado y manteniendo su condena como cooperador necesario de un delito de prevaricación, le imponemos la pena de SIETE AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas, así como el 50% de 1/8 de las costas del proceso.

Estimando parcialmente el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Matías, le absolvemos libremente del delito de fraude a la Administración por el que había sido condenado y manteniendo su condena como cooperador necesario de un delito de prevaricación, le imponemos la pena de SIETE AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas, así como el 50% de 1/8 de las costas del proceso.

Estimando parcialmente el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Oscar, le absolvemos libremente del delito de fraude a la Administración por el que había sido condenado y manteniendo su condena como cooperador necesario de un delito de prevaricación, le imponemos la pena de SIETE AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas, así como el 50% de 1/8 de las costas del proceso.

Estimando sustancialmente los recursos de apelación presentados por las respectivas representaciones procesales de Da. Florencia y de D. Estanislao, les absolvemos libremente de los delitos de prevaricación y fraude a la Administración por los que fueron condenados.

Estimando los recursos de apelación presentados por las respectivas representaciones procesales de D. Romualdo y de D. Teodoro, les absolvemos libremente del delito de fraude a la Administración por el que fueron condenados.

Declaramos de oficio el resto de las costas procesales no impuestas a las personas condenadas. Se deja sin efecto el decomiso acordado en la sentencia de instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Criminal."



CUARTO.- Notificada en forma esta última sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal y las representaciones procesales de Imanol , Leon , Matías y Oscar , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, a excepción del recurso anunciado por el Ministerio Fiscal, que desiste del mismo en escrito de fecha 29 de junio de 2022, dictándose Decreto en fecha 30 de junio, teniéndolo por desistido.

QUINTO.- El recurso formalizado por Imanol se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por infracción del artículo 404 del Código Penal, por inexistencia de resolución arbitraria (ausencia del tipo objetivo del delito de prevaricación).

El recurso formalizado por Leon se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal, en su redacción vigente en el momento de los hechos, en relación con el artículo 28 b) del Código Penal.

Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 65.3 del Código Penal, en relación con los artículos 28 b) y 404 del mismo texto legal.

Tercero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo, por la indebida inaplicación de los artículos 21.6.^a y 66.1.2.^a del Código Penal, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española, que establece el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

El recurso formalizado por Matías se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida y errónea del artículo 324 de la LECRIM con relación a vulneración de los derechos del artículo 24 de la Constitución Española, y vulneración de los artículos. 238.3.º y 242 de la LOPJ.

El recurso formalizado por Oscar se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Único.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida del artículo 324 de la LECRIM y vulneración de los artículos. 238.3.º y 242 de la LOPJ.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión y, subsidiariamente, impugnó de fondo los motivos de los recursos e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la Vista cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para la Vista prevenida, se celebró el día 5 de febrero de 2025, la cual es grabada dando fe la Letrada de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recursos formalizados por las representaciones de Oscar y Matías .

PRIMERO.- 1.1. El Juzgado de lo Penal n.º 3 de Pontevedra, en su Procedimiento Abreviado n.º 178/2020, dictó Sentencia el 5 de febrero de 2021 en la que condenó: 1) a Imanol , como autor de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, en concurso medial con un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las Administraciones públicas durante ocho años; 2) A Leon , Florencia , Matías , Oscar y Estanislao como cooperadores necesarios de un delito de prevaricación administrativa y autores de un delito de fraude, a las penas para cada uno de ellos de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiendo a los dos primeros la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público durante ocho años y a los tres últimos la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o incentivos fiscales o de seguridad social durante cuatro años y 3) A Romualdo y Teodoro , como autores de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal, a las penas de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o incentivos fiscales o de seguridad social durante dos años.

1.2. Contra esta resolución se interpuso por los condenados recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, que fue resuelto por su Sección Segunda en Sentencia 121/2022, de 3 de mayo.



La Sala, estimando en todo o en parte los recursos interpuestos, absolvió a Florencia y Estanislao de los dos delitos por los que venían condenados. A Romualdo y Teodoro les absolvió del mismo delito, único por el que habían sido condenados. Y al resto de acusados, absolviéndoles del fraude, les mantuvo las condenas como autor o cooperadores necesarios al delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, aplicando las siguientes penas: a) para Imanol, en concepto de autor del delito de prevaricación, la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con las Administraciones públicas y b) A Leon, Matías y Oscar, en concepto de cooperadores necesarios para la comisión del delito de prevaricación, la misma pena que la impuesta a su ejecutor material.

1.3. Contra esta resolución se alzan los cuatro condenados interponiendo sendos recursos de casación. Los presentados por las representaciones de Oscar y Matías se han formalizado por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 324 de la LECRIM, afectando al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a un procedimiento con todas las garantías recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española.

En el desarrollo de sus alegatos, los recurrentes denuncian que en la tramitación de la causa se han inobservado normas esenciales del procedimiento, generando indefensión para los acusados. Concretamente, reprochan que algunas diligencias de investigación se solicitaron, acordaron y practicaron con posterioridad a vencer el plazo de duración máxima de la instrucción que entonces recogía el artículo 324 de la LECRIM, pese a lo cual, sus resultados fueron tenidos en cuenta para dictar el Auto de prosecución del procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado, además de que el Ministerio Fiscal propuso esas fuentes de prueba para su práctica en el acto del plenario.

1.4. La reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015, de 5 de octubre, al introducir en el artículo 847.1 b) la posibilidad de interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, facilitó que la función nomofiláctica de esta Sala pudiera impulsarse respecto de todos los delitos previstos en el Código Penal, con la única exclusión de los delitos leves, generalizando para ello el recurso de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por exclusiva "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849", cuya admisión queda condicionada a la existencia de un verdadero interés casacional.

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que resolvió de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

Y en orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar qué debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

"a) El art. 847 1.º letra b) de la LECRIM debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la LECRIM, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2.º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849 1.º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECRIM).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2.º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una



doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".

1.5. Lo expuesto muestra que los motivos a los que hemos hecho anteriormente referencia no son susceptibles de impugnación casacional en este supuesto. Lo que los recurrentes plantean, desde una consideración de legalidad ordinaria, es la indebida aplicación de un precepto normativo de contenido procesal cual es el artículo 324 de la LECRIM, que regula el plazo de duración de la instrucción y el efecto que puede asignarse al material probatorio obtenido después de su vencimiento. Y como ellos mismos significan, plantean también que el quebranto procesal determina una restricción de su garantía constitucional al proceso debido y un menoscabo de sus posibilidades de defensa. Aspectos todos ellos que quedan fuera del cauce procesal empleado y de las posibilidades de casación facilitadas por el legislador contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. Consecuentemente, lo que en su día fue motivo de inadmisión, se torna en este momento procesal en legítima causa de desestimación.

Recursos interpuestos por las representaciones de Imanol y Leon .

SEGUNDO.- Planteamiento de los recurrentes.

2.1. El único motivo formulado por la representación de Imanol y el primero de los motivos formulado por Leon , han sido formalizados por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 404 del Código Penal.

2.2. En su alegato y en esencia, la representación de Imanol aduce que la sentencia de la Audiencia Provincial aplica indebidamente el artículo 404 del Código Penal conforme a la interpretación que de este precepto ha realizado el Tribunal Supremo. Reprocha que se haya confirmado una condena que el Juzgado de lo Penal basó en una actuación administrativa arbitraria cuando en realidad la actuación no era antijurídica. Argumenta que el ordenamiento jurídico no exige seguir en este caso un proceso de contratación negociado y sin publicidad, tal y como la sentencia recurrida pretende, pues la Ley General de Subvenciones permite otorgar ayudas para obras ya ejecutadas y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) admite que las obras complementarias de otras que ya hayan sido adjudicadas puedan encomendarse directamente al contratista inicial. De este modo, aduce, el hecho de que se tramitara un procedimiento *negociado sin publicidad* para pagar unas obras ya realizadas y que en ese procedimiento se diera entrada a terceros que no tenían una intención real de contratar, resultó irrelevante o intrascendente y no puede determinar que la decisión de adjudicación sea tachada de prevaricadora.

2.3. La representación de Leon aduce, en esencia, que el delito de prevaricación no exige de una simple ilegalidad o irregularidad administrativa, sino que precisa que la decisión entrañe un resultado materialmente injusto. Sostiene que no es contraria a derecho la concesión de una subvención para ejecutar obras que no estaban incluidas en un previo contrato de ejecución de obra subvencionado, por más que aquellas ya estuvieran ejecutadas cuando se otorgó la segunda subvención. Considera que no resulta de aplicación a este supuesto el artículo 234 del TRLCSP, en el que el Tribunal de apelación ha hecho descansar el delito de prevaricación, pues la normativa estatal y autonómica autorizan la posibilidad de otorgar una subvención para un proyecto pese a que esté ya ejecutado. Y aunque para contratar la ejecución de las nuevas obras se hubiera seguido un *procedimiento negociado sin publicidad* sabiendo que se iba a desprestigiar la oferta de cualquier otro licitador y que las obras se adjudicarían en todo caso a la entidad que ya había ejecutado los trabajos (Construcciones Eiriña SL), el recurrente refiere un conjunto de sentencias que contemplan el comportamiento como una mera irregularidad administrativa que no puede integrar el delito de prevaricación, además de identificar otras sentencias en las que la condena por prevaricación exigió que la desviación del procedimiento de contratación genere la efectiva lesión del derecho de alguien directamente afectado por la resolución o del interés público, lo que considera que no ha existido en el presente supuesto por las razones que esgrime y por tratarse de obras de carácter complementario al proyecto inicial. Desde esta consideración, el recurrente expresa que su comportamiento no es susceptible de constituir un delito de prevaricación, sino que trató de solventar los problemas derivados de la ejecución de la obra y superar las limitaciones que surgieron alrededor de su previsión de pago.

TERCERO.- Sobre el sustrato fáctico.

3.1. Puesto que los dos motivos que ahora analizamos han sido formalizados por infracción de ley e indebida aplicación de un precepto sustantivo, en concreto del artículo 404 del Código Penal referido a la prevaricación administrativa, es ineludible plasmar antes el sustrato fáctico en el que se asentó el juicio de subsunción en lo que a este procedimiento interesa.

3.2. El Juzgado de lo Penal n.º 3 de Pontevedra enjuició a Imanol , que era presidente de la Diputación Provincial de Pontevedra a la fecha de los hechos enjuiciados, y le condenó como autor de un delito de prevaricación



de naturaleza activa, esto es, por la emisión voluntaria y consciente de una resolución administrativa injusta (art. 404 del Código Penal); además de condenarle como autor de un delito de fraude a la Administración del artículo 436 del mismo texto punitivo, considerando que realizó una manipulación de los procedimientos administrativos de adjudicación de obras a fin de posibilitar que la constructora *Eiriña SL* cobrara dos veces la ejecución del mismo trabajo.

Estos pronunciamientos de la sentencia de instancia se hicieron descansar en un relato de hechos probados que, en lo sustantivo, proclamó que la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Pontevedra aprobó el 16 de diciembre de 2011 un convenio con el Ayuntamiento de Moraña para instalar hierba artificial en el campo de fútbol "*El Buelo*" de ese municipio, así como una serie de obras de edificación anexas. Según indica la sentencia, la propia Diputación confeccionó después el proyecto de obras, asumiendo la construcción y la subvención de las obras por un importe de 999.561 euros.

Puesto en marcha el proyecto, la Diputación Provincial adjudicó la realización de los trabajos a la empresa *Construcciones Eiriña SL*, que ejecutó las obras del campo de fútbol, tal y como recogen los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado de lo Penal y en la posterior sentencia de la Audiencia Provincial que ahora se recurre.

3.3. No obstante, el relato fáctico de la sentencia de la Audiencia Provincial, al que debemos sujetarnos en atención al cauce procesal empleado, describe que las obras terminaron ejecutándose con determinadas actuaciones que desbordaron lo inicialmente previsto. En concreto:

- i. Un casetón para ubicar y cubrir la bomba hidráulica de riego.
- ii. Unos cuartos destinados a almacén que se ubicaron bajo el graderío.
- iii. Unos cerramientos de alambre sobre las escaleras.
- iv. Unas soleras de hormigón pulido frente a la gradería.
- v. Unas soleras de hormigón pulido frente al vestuario y
- vi. La ampliación de un muro perimetral existente.

La sentencia proclama que todas esas actuaciones ya estaban hechas a la terminación de las obras subvencionadas, sin otra duda que la solera de hormigón pulido existente frente al vestuario, de la que no se acreditó el momento de su ejecución. En todo caso, se incide que en estas obras fueron efectivamente realizadas y que se cuantificaron en un precio de 86.829 euros, declarando el Tribunal que la valoración de los trabajos se ajustó a los precios de mercado. En concreto, se recoge en el *factum* de la sentencia que "no consta que las cantidades cobradas por Eiriña S.L no se correspondan con obras efectivamente realizadas y que hubiera aplicado precios superiores a los del mercado".

3.4. Debe significarse que el procedimiento no ha indagado ni definido la razón por la que se abordaron estos últimos trabajos, ni quién tomó la decisión de ejecutarlos. Pudo ser por decisión del director técnico de la obra o por decisión del director de infraestructuras, resueltos, cualquiera de ellos, a culminar el proyecto con una mayor perfección. Pudo ser por indicación de la alcaldesa de la localidad de Moraña, con la misma pretensión. Cabe también la posibilidad de que las obras fueran resultado de la decisión espontánea de los equipos directivos de la constructora, con la intención de alcanzar una mayor base de facturación o, incluso, que fuera una decisión conjunta de todos o algunos de ellos.

En todo caso, lo que la sentencia refleja es que el Imanol se mantuvo ajeno a la decisión de emprender las obras no proyectadas y que su intervención surgió cuando ya habían sido ejecutadas por *Construcciones Eiriña SL*. Así resulta, no solo de que se argumente que Imanol tuvo que saber de la existencia de estas actuaciones con ocasión de la visita inaugural que realizó al estadio, sino de que los hechos probados proclamen que estando hechas las obras "*Matías y Oscar se concertaron con Leon para que éste intermediase con Imanol, con la finalidad de que se les adjudicase el proyecto de mejora de vestuarios y graderío do campo de fútbol o Buelo, sabiendo todos ellos que era la única posibilidad de obtener una compensación que no les correspondía de la Diputación Provincial de Pontevedra*".

3.5. A partir de ahí, como quiera que la base *Decimocuarta* del Plan de Inversiones de la Diputación Provincial de Pontevedra 2009-2011 no permitía elevar el importe de la subvención inicialmente concedida, ni siquiera como consecuencia de modificados o de complementos de los proyectos, se desplegó una iniciativa distinta para afrontar su coste.

En concreto, se procedió a contemplar estas obras como un proyecto de obra separado y dotado de una subvención independiente, lo que comportaba abordar un nuevo procedimiento de contratación, considerando que no se trataba de obras complementarias de las previstas en el art. 171.1.b del Real Decreto Ley 3/2011, por



el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público entonces vigente, pues aunque se trataban de obras que no figuraban en el proyecto ni en el contrato, no eran actuaciones imprevisibles y que fueran necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba inicialmente descrita e inseparables técnica o económicamente del contrato primitivo. En todo caso, puesto que las obras estaban realmente finalizadas, no solo se abordó una nueva licitación por el procedimiento *negociado sin publicidad*, sino que resultaba ineludible que el contrato se adjudicara a la entidad que había ejecutado los trabajos y que merecía su cobro.

3.6. Es en ese contexto en el que el relato de hechos probados proclama que *"con el acuerdo del presidente de la Diputación, D. Imanol, del director de infraestructuras de la misma, D. Leon, el representante de la empresa Eiriña, D. Oscar, D. Matías, como administrador de la empresa Eiriña SL, se elabora y ejecuta el plan"* que se llevó a término y que la sentencia describe del siguiente modo:

A. El 7 agosto de 2013 la alcaldesa de Moraña, Florencia, solicitó a la Diputación una nueva subvención para que se pagaran estas mejoras, lo que aprobó la Junta de Gobierno de la Diputación dos días después. Una subvención de 86.829 euros *"con cargo a la partida NUM000 (de libre disposición del presidente)"*.

B. Con posterioridad se llevó a término la licitación y la adjudicación de las obras, que la Diputada Delegada en materia de contratación de obras de la Diputación de Pontevedra abordó desconociendo las circunstancias en las que se iba a desarrollar, al limitarse a firmar los expedientes que le pasaban los funcionarios intervinientes.

En concreto, para el procedimiento *negociado sin publicidad* se invitó a la entidad *Construcciones Eiriña SL*, así como a las entidades *Construcciones EC Casas SL* y *Canalizaciones y Construcciones Salnés SL*, estando los administradores de estas dos últimas conformes con que el procedimiento se adjudicara finalmente a *Construcciones Eiriña SL*, como así aconteció.

C. Tras la adjudicación de las obras, se firmó con la constructora el nuevo contrato de ejecución y se firmó después el acta de comprobación de replanteo; emitiéndose más tarde la correspondiente certificación de obra y, finalmente, por la Diputada Delegada en materia de contratación, se acabó aprobando el reconocimiento y obligación de pago de la certificación.

CUARTO.- Sobre el delito de prevaricación administrativa.

4.1. El artículo 404 del Código Penal sanciona a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo". El delito surge así cuando, con ocasión del dictado de una resolución administrativa, se dota a esta de un contenido arbitrario, a sabiendas de su injusticia.

4.2. Pacífica jurisprudencia de esta Sala tiene descrito que el bien jurídico que el tipo penal protege es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, de modo que opere con plena observancia del sistema de valores constitucionales, esto es, que la Administración sirva con objetividad a los intereses generales, rigiendo su actividad con pleno sometimiento a la ley y al derecho (arts. 103 y 106 CE).

4.3. De este modo, la Sala ha descrito que el tipo penal precisa, no solo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que: a) Adopte una decisión en asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo; b) Que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el derecho; lo que puede manifestarse no solo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino también por la falta de competencia para resolver o decidir una cuestión concreta o, también, por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y c) Que se dicte a sabiendas de esa injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión (SSTS 443/2008, de 1 de julio, o 1021/2013, de 26 de noviembre, entre muchas otras).

4.4. Más en detalle, hemos puntualizado que por resolución debe entenderse aquellos actos administrativos de carácter constitutivo y declarativo, excluyéndose los actos carentes de carácter decisorio como son los actos de trámite, los informes, las consultas, las circulares o los dictámenes; lo que no significa que sólo tengan aquel carácter las decisiones que ponen término a un concreto expediente. En concreto, en nuestra STS 504/2003, de 2 de abril, considerando la actuación de un concejal que había ordenado la realización de unas obras y la inclusión de determinadas empresas entre las convocadas a la adjudicación de obras, declaramos que su decisión satisfacía las exigencias de resolución en cuanto que incorporaba los requerimientos de declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los derechos de los administrados y a la colectividad en general. Concretamente puntualizábamos que el que el acto no fuera definitivo porque estaba sujeto a posteriores aprobaciones y autorizaciones, no excluía su condición de acto decisorio.



4.5. La prevaricación administrativa precisa así de una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los administrados, si bien el delito exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de que, además de contrariar la razón, la justicia y las leyes, lo haga desviándose de la normopraxis administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad pues, como señala la doctrina jurisprudencial (sentencias núm. 674/1998, de 9 de junio; 1015/2002, de 31 de mayo de 2002 o 815/2014, de 24 de noviembre, entre otras) "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona..."

Como hemos dicho en otras ocasiones, para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una *contradicción patente y grosera* (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de *resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso* (STS de 16 de mayo de 1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de *una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad* que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Se trata, por tanto, del ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa. Como recogía nuestra STS 82/2017, de 13 de febrero "Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria".

4.6. Por último, las desviaciones normativas que hemos subrayado no son suficientes para la tipicidad de la conducta. Ya hemos indicado que el delito de prevaricación exige de una actuación "*a sabiendas*", esto es, con conciencia y con voluntad de actuar contraviniendo la exigencia legal, quedando excluida la punibilidad incluso en los supuestos de actuación con dolo eventual.

En nuestra STS 1658/2003, de 4 de diciembre, entre una jurisprudencia constante, decíamos: "Si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución", esto es, el funcionario debe tener plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto. Y añadíamos en la Sentencia 82/2017, de 13 de febrero "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".

QUINTO.- Sobre la sentencia impugnada.

5.1. En el presente supuesto, el Juzgado de lo Penal condenó a Imanol como autor de un delito de prevaricación.

Basó la condena en que concedió una nueva subvención para hacer frente a las obras que desbordaron el proyecto. En concreto, la sentencia del Juzgado de lo Penal establece (págs. 31 y 32) que "*Tal actuación del acusado Imanol, concediendo la subvención para el Proyecto de Mellora, es constitutiva de un delito de prevaricación*". Conclusión que argumenta diciendo que los requisitos del delito de prevaricación "*...se dan en el presente caso, toda vez que hay que partir de que Imanol, como presidente de la Diputación, sabía de primera mano (por haber visitado el campo con motivo del anterior proyecto también subvencionado por la Diputación) que cuanto menos la mayoría de las obras para las que aprobó una nueva subvención, ya estaban ejecutadas. Y pese a ello, y dada la negativa de Florencia de admitir un modificado en la subvención inicial superando el importe de esta, lo que hizo fue conceder una subvención nueva con cargo presupuestario al 20% de libre disposición del presidente. Y tal conducta del acusado, Imanol, evidencia una voluntad manifiesta en contra de*



la legalidad, sabiendo que la subvención que concede es claramente arbitraria y contraria a derecho. Y por las razones antes esgrimidas no cabe duda de que se dictó a sabiendas de su injusticia, ya que, de hecho, para salvar el obstáculo de que no se aceptó el pago como modificado de la subvención anterior, aprobó la nueva subvención con cargo a la partida presupuestaria de su libre disposición. Esto es, la decisión de conceder la subvención para el proyecto de mejora, que es la constitutiva de este delito, se decide con la conciencia y voluntad de que se está haciendo de manera ilegal y además arbitraria".

5.2. Además, el Juzgado de lo Penal le condenó como autor de un delito de fraude a la Administración del artículo 436 del Código Penal, imponiéndole la pena de dos años de prisión.

La condena por fraude se hizo descansar en la desviación en el procedimiento de adjudicación y porque las obras no incluidas en el proyecto, no hubieran podido pagarse con un aumento de la primera subvención. Dice la sentencia de instancia que el fraude existió porque las obras excesivas: " fueron pagadas emitiéndose, en fecha 25 de noviembre de 2013 ,factura con cargo a la Diputación de Pontevedra por importe de 86.311,84 euros. Y además, a la vista de la certificación final aportada por la defensa de Oscar al inicio de las sesiones del juicio oral, (llamando la atención que no se hubiera remitido por la Diputación con el Expediente), parece que las referidas obras fueron pagadas incluso dos veces, ya que con motivo del Proyecto de Modificado 1 del campo de futbol, la certificación final (excesos) que como expuso Florencia no se aceptó como modificado por cuanto suponía un incremento en la subvención, finalmente fue pagada a través del procedimiento extrajudicial de reconocimiento de deuda en fecha 21 de febrero de 2014 por un importe prácticamente igual (86.816,47 euros) al del Proyecto de Mejora de vestuarios y graderío.

Y añade que "En consecuencia, la actuación de los acusados resulta incardinable en el artículo 436 del Código Penal en la redacción introducida por la LO 5/2010, vigente en la fecha de comisión de estos hechos que establece: "La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años"" (pág. 36). Argumentando al respecto que, en el caso enjuiciado: "el propósito no puede ser otro que la defraudación al ente Público, en este caso la Diputación de Pontevedra, creándose una subvención ad hoc para un proyecto que no se ejecutó en los términos proyectados, por cuanto las partidas de obras más importantes o bien ya estaba ejecutadas, o no se ejecutaron en los términos contemplados en el proyecto, y pese a ello, se abonaron a la empresa Eiriña, constituyendo un verdadero fraude. Y ello porque, ya desde la creación de la subvención para la ejecución del proyecto de mejora, el propósito era que la empresa adjudicataria de este fuera la empresa Eiriña, dándole apariencia de legalidad al procedimiento de contratación, si bien en la práctica, todos los intervinientes en el mismo estaban concertados para que se adjudicase a la empresa Eiriña, como así ocurrió".

5.3. La Audiencia Provincial, al resolver los recursos de apelación interpuestos por los acusados, confirmó la condena por el delito de prevaricación sobre la base de que se había aprobado una segunda subvención, además de por haberse iniciado y resuelto un procedimiento de contratación que siempre estuvo predeterminado para adjudicar la ejecución de los trabajos a la entidad *Construcciones Eiriña SL*.

En concreto, dice en su pág. 67: "El delito de prevaricación por el que se condena consistió en que los acusados, cada uno en su condición, se pusieron de acuerdo en crear y desarrollar un procedimiento administrativo ficticio para que la Diputación Provincial abonara a Eiriña unas cantidades que ésta reclamaba por obras realizadas al margen del proyecto de una obra subvencionada por dicho organismo. A través de tal procedimiento se concedió por la Diputación Provincial una nueva subvención ad hoc justificada en un supuesto proyecto de mejoras cuya adjudicación mediante un simulado negociado sin publicidad, estaba decidida de antemano a favor de aquella empresa y comprendía obras ya realizadas así como otras nuevas; con infracción de la normativa administrativa en la materia (entre otros arts. 234.2, 234.3,1 del entonces vigente TRLCSP), del principio de concurrencia que rige en la contratación pública y de las prohibiciones contenidas en las Bases Reguladoras do Plan de Inwestimentos da Deputación Provincial de Pontevedra 2009-2011 (décimo cuarta), en cuanto no admitían ni modificados ni liquidaciones con incremento a cargo de la Diputación".

En lo que insiste en la página 70 de la sentencia al decir que: "En el presente caso se prescindió absolutamente del procedimiento legalmente establecido; primero se decide o permite que determinadas obras, ajenas al proyecto inicial, se ejecuten por Eiriña S.L sobrepasando los límites de la subvención concedida y, ante la imposibilidad de incluirlas en un modificado con incremento de coste para el órgano de contratación al impedirlo las bases de la subvención, se realiza la tramitación de aquel expediente ficticio para remover las



barreras legales, con infracción del principio de transparencia en la actuación y poniendo en riesgo los intereses de la Administración".

5.4. Pero el Tribunal, modificando en parte los hechos probados, revocó la condena por el delito de fraude a la Administración y dejó sin efecto la pena de prisión que se impuso por tal delito.

En concreto, argumenta que (pág. 74): "*El concierto entre funcionarios y particulares ha quedado acreditado, pero coincidimos con los apelantes en que al margen de que no se ha acreditado un daño efectivo al patrimonio de la Administración, lo que como dijimos no es necesario para la consumación, tampoco se ha objetivado un concreto peligro más allá del riesgo derivado de haber burlado las barreras establecidas para proteger sus derechos y no ponerlos en riesgo, entre otros su patrimonio, lo que consideramos suficiente para conformar, en las circunstancias del caso, el delito de prevaricación pero no, además, para conformar un delito de fraude. Tampoco se ha acreditado que la actuación de los acusados fuera dirigida a defraudar al patrimonio de la Administración.*"

No consta que se haya cobrado por más de lo efectivamente realizado como tampoco a precios superiores a los del mercado, ni siquiera se ha planteado tal debate por la acusación que, a propósito de la partida más debatida, la construcción del muro proyectado, llegó a afirmar (7:01:50 de la grabación, sesión 1ª), "que se hizo un muro no lo negó el Ministerio Fiscal pero que el del proyecto no es el de las fotos de la causa".

SEXO.- Sobre el delito de prevaricación y la concesión de una nueva subvención para hacer frente a las obras no incluidas en el proyecto inicialmente subvencionado.

Contrariamente a lo que se indica en la sentencia impugnada, el delito de prevaricación no puede asentarse en la decisión de conceder una nueva subvención y la eventual contradicción de esta medida con el ordenamiento jurídico.

6.1. La sentencia argumenta que la decisión se enfrentaba a los artículos 234.2 y 234.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público entonces vigente (TRLCSP), al quebrantar el principio de concurrencia que se recogía en tales preceptos. En concreto reprocha que se "concedió por la Diputación Provincial una nueva subvención ad hoc justificada en un supuesto proyecto de mejoras cuya adjudicación mediante un simulado negociado sin publicidad, estaba decidida de antemano a favor de aquella empresa y comprendía obras ya realizadas así como otras nuevas; con infracción de la normativa administrativa en la materia (entre otros arts. 234.2, 234.3,1 del entonces vigente TRLCSP), del principio de concurrencia que rige en la contratación pública y de las prohibiciones contenidas en las Bases Reguladoras do Plan de Invetimentos da Deputación Provincial de Pontevedra 2009-2011 (décimo cuarta), en cuanto no admitían ni modificados ni liquidaciones con incremento a cargo de la Diputación".

Pero los criterios de ilegalidad que se esgrimen en la sentencia de apelación no son correctos.

La modificación de un contrato público surge cuando cambian algunas de las necesidades del órgano de contratación o cuando aparecen hechos nuevos que resultaban imprevisibles en el momento de planificar el contrato. Para estos supuestos, el artículo 234.1, 234.2 y 234.3 del TRLCSP entonces vigente, establecía un mecanismo de determinación del precio de las modificaciones entre las partes contratantes y no la obligación de derivar su ejecución a una nueva licitación con terceros como parece pretenderse.

En concreto establecían que, en caso de que la modificación supusiera la supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tenía derecho a reclamar indemnización alguna. Por el contrario, cuando las modificaciones supusieran la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difirieran de las fijadas en éste, el precio aplicable a las modificaciones debía ser fijado por la Administración previa audiencia del contratista. Sólo si éste no aceptaba los precios fijados novedosamente por la Administración, el órgano de contratación podía contratar las modificaciones con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente, lo que aquí no se proclama que ocurriera. Y preceptuaba, también, que cuando fuera el Director facultativo de la obra el que considerara necesario hacer una modificación del proyecto, debía pedir previamente autorización al órgano de contratación para abordarlo; estableciéndose un procedimiento para fijar entre ellos el precio si la modificación desbordaba el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto y representaba un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato.

Consecuentemente, ni la norma establece ningún impedimento para introducir modificaciones o aumentos en un proyecto, ni desde luego conduce a que necesariamente deba abrirse, con concurrencia de terceros, un procedimiento de licitación para su ejecución.



6.2. Tampoco la ley prohibía la concesión de una nueva subvención para obras que no estaban recogidas en el proyecto inicial. Ni la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, prohíbe sufragar actuaciones que no estén reflejadas en una subvención anterior (conurrencia de subvenciones), ni siquiera para otorgar una ayuda económica puede ser obstáculo que las obras subvencionadas estén ya ejecutadas y terminadas, pues, como indican los recurrentes, el artículo 2.1.b) del texto normativo reconoce como subvención cualquier disposición numeraria sujeta "al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar". Y de igual modo se posiciona la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, que redacta su artículo 2.1.b) en los mismos términos que la norma nacional.

6.3. Sostiene la sentencia que la concesión de la nueva subvención se enfrentaba a lo dispuesto en la Decimocuarta de las Bases Reguladoras del Plan de Inversiones de la Diputación Provincial de Pontevedra para los años 2009-2011 que, sobre las "*Modificaciones de los contratos*", indicaba que "El órgano contratante de la Diputación no autorizará la realización de modificados ni complementarios de los proyectos, ni liquidación alguna por excesos de medida. Asimismo, tampoco autorizará la aplicación de bajas de adjudicación ni para éste, ni para otros proyectos".

Pero lo que la norma veta con esa previsión es que unas obras subvencionadas puedan, por vía de modificaciones u obras complementarias, romper las posibilidades presupuestarias de la Diputación Provincial inicialmente computadas para ese periodo temporal, no que las modificaciones de obra no puedan abordarse o que la Diputación Provincial no pueda asumir su pago con mecanismos que eludan ese riesgo.

En concreto, en el párrafo siguiente al anteriormente transcrito, la norma recogía que "Si excepcionalmente fuese necesario el incremento del coste será con cargo al crédito del ayuntamiento, que habrá de renunciar a la ejecución de alguna otra obra si fuera preciso. En este caso deberá realizarse el ingreso con carácter previo al expediente de modificación"; haciendo con ello referencia a la Caja de Crédito Municipal, a través de la cual la Diputación concede anticipos reintegrables a los municipios para financiar la aportación económica que estos hagan a los Planes Provinciales de Obras y Servicios de la Diputación o a cualquier otro Plan que apruebe la Diputación para obras y servicios.

Consecuentemente, la cobertura económica de unas obras diferentes de las inicialmente subvencionadas, con cargo a unos presupuestos distintos y en un ejercicio posterior al trienio contemplado por la norma, no podía descomponer la previsión presupuestaria de la Diputación, que es lo que la base decimocuarta no permitía.

Con todo, no puede entenderse que exista un fraude normativo cuando el propio Tribunal de apelación declara que la decisión de conceder la segunda subvención, adoptada por toda la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial y no sólo por su Presidente, vino referida a unas obras que: a) efectivamente se habían hecho; b) eran diferentes de las que se habían incluido en el proyecto de obra inicialmente subvencionado; c) se facturaron conforme a los precios de mercado y d) se atendieron finalmente con cargo a la partida presupuestaria NUM000, que era de libre disposición del Presidente de la Diputación y correspondía al presupuesto del trienio posterior, esto es, del año 2013. Máxime, si consideramos que estas obras tampoco se abordaron por una connivencia entre los acusados para simular o generar artificialmente su necesidad, pues ese concierto no se refleja en ningún punto de los hechos probados y no se ha hecho ningún esfuerzo probatorio por definir cuáles fueron las causas y los responsables del aumento de las obras o si existió alguna actuación desviada de los contratistas o de los funcionarios para realizarlas.

Dicho de otro modo, no puede apreciarse un fraude de ley en la decisión de afrontar el pago de las obras que excedían del proyecto, cuando el relato de hechos probados de la Audiencia Provincial proclama que estas obras estaban realmente ejecutadas, se facturaron a precio de mercado, se pagaron por la Diputación sin descomponer el presupuesto del año en el que se otorgó la subvención del proyecto inicial, y no aparece en el procedimiento ningún marcador que refleje que las obras se hicieran por un interés ilegítimo de los involucrados.

SÉPTIMO.- Sobre el delito de prevaricación y la decisión de licitar la ejecución de las obras por el procedimiento negociado sin publicidad, así como la decisión de adjudicar el contrato a la entidad que ya había ejecutado las obras, con la subsiguiente decisión de abonar los trabajos.

7.1. La sentencia de apelación impugnada también hace descansar el delito de prevaricación en que los acusados, cada uno en su condición, se pusieron de acuerdo para crear y desarrollar un procedimiento administrativo ficticio con la intención de que la Diputación Provincial pudiera adjudicar los trabajos y abonar el importe de la segunda subvención a *Construcciones Eiriña SL*, al ser ésta la empresa que ya había ejecutado materialmente las obras que estaban fuera del proyecto final.



En concreto la sentencia proclama que, tras concederse la nueva subvención, Enriqueta , diputada delegada en materia de contratación, desconociendo el plan de los acusados porque se limitaba a firmar los documentos que le presentaban, aprobó el proyecto y expediente de contratación, acordando invitar al concurso público a las empresas *Eiriña SL*, *Construcciones E.C. Casas SL* y *Canalizaciones y Construcciones Salnés SL*. Y afirma también que, como la invitación a las dos últimas empresas fue sin el propósito real de valorar sus propuestas, la Diputada delegada en materia de contratación -por resolución del 8 de octubre de 2013- adjudicó la ejecución de las obras ya efectuadas a la empresa *Construcciones Eiriña SL*. Posteriormente, el 21 de octubre, firmó el contrato con Matías , como administrador de Construcciones Eiriña SL. Y una vez presentada la certificación de la obra el 22 de noviembre de 2013, la diputada delegada aprobó el 18 de diciembre el reconocimiento de la obligación de pagar la mencionada certificación.

7.2. Reconoce la sentencia de apelación, con acierto, que la realización de un expediente de contratación en el que el adjudicatario está previamente definido y en el que los otros licitantes son invitados por su intención de no adjudicarse el contrato, supone la vulneración de los principios de concurrencia, igualdad y transparencia que rigen la contratación de la obra pública , como así recogían los artículos 131, 133, 139, 169 o 178 del RDL 3/2011, entonces vigentes.

Proclama también que la decisión que se tacha de ilegal no fue adoptada por Imanol , sino por la diputada delegada, que ejercía por sí misma la competencia encomendada de la contratación. Pero atribuye a aquel la responsabilidad porque el presidente de la Diputación era plenamente consciente de las irregularidades desplegadas para la contratación, reprochando así una comisión por omisión que parece extraerse de que, cuando el artículo 35.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece que el Presidente de la Diputación puede delegar el ejercicio de cometidos específicos a cualquier diputado, y entre ellos su facultad de dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras cuya titularidad o ejercicio corresponde a la Diputación Provincial [art. 34.1.d), de la Ley 7/1985], el delegante asume un implícito deber legal de supervisión de lo realizado por el delegado.

7.3. No obstante, como indica la defensa, en todas las resoluciones de esta Sala que se recogen en la sentencia de apelación impugnada, la perversión en la adjudicación de la obra siempre estuvo acompañada de un desvalor que se añadía al mero incumplimiento de las exigencias de garantía inherentes al procedimiento administrativo de contratación.

En el supuesto de la STS 600/2014, de 3 de septiembre, un Teniente de Alcalde no solo prescindió de todo expediente administrativo para efectuar la contratación de un supuesto asesor de las empresas municipales, sino que lo hizo para contar con su asesoramiento personal y para facilitar al contratado unos ingresos por una actividad que nunca abordó. En aquel supuesto proclamamos la existencia del delito de prevaricación no solo *porque se prescindió de todo procedimiento y se obvió todo trámite para la "contratación"*, sino porque respondía "al mero voluntarismo erigido como única fuente de la decisión, estando lo decidido en función del mero clientelismo político (beneficiar a un militante del partido) y en las antípodas del correcto funcionamiento de las instituciones. Existió un evidente daño a la causa pública".

En la STS 606/2016, de 7 de julio, relativa a un caso de contrato negociado sin publicidad, en el que se admitió la alegación del recurrente de que el trabajo contratado se había realizado correctamente y a precio de mercado (por lo que se le absolvió del delito de fraude del art. 436 del Código Penal por el que también había sido condenado), se mantuvo el delito de prevaricación porque la designación de la persona contratada efectuada de antemano, se había basado simplemente en que el beneficiado era "*amigo y correligionario*" de quien efectuó la contratación, declarando la Sala que la resolución arbitraria requiere ser objetivamente injusta y ser pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto activo, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

En la STS 311/2019, de 14 junio, no solo se trataba de un supuesto en el que se produjo la contratación de un determinado arquitecto para la ejecución de una obra con simulación del procedimiento administrativo seguido por la Administración, sino que la designación por el presidente de la Comunidad Autónoma había tenido lugar "sin que existieran razones objetivas, más allá de sus propios deseos y de su voluntad". En concreto, en dicha sentencia argumentamos "De los hechos probados se desprende con claridad que esa contratación se efectuó por el recurrente, directamente llegando a un acuerdo con el arquitecto, e indirectamente ordenando la confección del expediente que lo justificara aparentemente, sin ajustarse en modo alguno a dichos procedimientos administrativos de contratación, impidiendo la concurrencia de otros profesionales que pudieran estar capacitados para aquella finalidad, sin que existieran razones objetivas, más allá de sus propios deseos y de su voluntad, para sostener de forma razonable que solamente el [indicado arquitecto] era capaz de la ejecución de lo pretendido".



En el supuesto de la STS 695/2019, de 19 de mayo de 2020, la existencia de un resultado materialmente injusto conectado a la adopción de la resolución arbitraria había quedado de manifiesto, entre otras razones, porque la licitación constituyó *una farsa a través de la que conseguir dinero para poder pagar a la subcontratada*, pues la persona a la que se habían adjudicado directa y previamente otros contratos carecía de capacidad técnica para ejecutarlos y hubo de acudir a la subcontratación para cumplir la encomienda.

En la STS 507/2020, de 14 de octubre, la contratación pública se impuso arbitrariamente en favor de unos adjudicatarios que habían ofrecido el pago de importantes comisiones a los responsables.

Y en la STS 1002/2021, de 17 de diciembre, se trataba de la venta de terrenos públicos con infracción de la legalidad de fondo y procedimental, pues la transmisión de los bienes raíces se hacía por menor precio del de mercado para primar el interés particular de los intervinientes.

7.4. Sin embargo, no es esto lo que aconteció en este supuesto pues, según el propio relato fáctico de la Audiencia Provincial, las obras que excedieron del proyecto inicial, no se ha probado que se abordaran por un concierto ilegítimo de ninguno de los acusados; además, estaban realmente hechas, se habían facturado conforme a los precios de mercado y Imanol supo de su existencia cuando ya estaban terminadas.

Y dando la Audiencia Provincial esa realidad por probada, debemos contemplar la jurisprudencia contencioso-administrativa que hace referencia a esta cuestión.

La STS 930/2003, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, señalando asimismo su sentencia de 9 de octubre de 2020, destaca que el exceso en la ejecución de las obras efectivamente realizadas y entregadas a la Administración, tanto sea a consecuencia de actos de la propia Administración como de la dirección facultativa de la obra, produce un enriquecimiento injusto para aquella y un empobrecimiento para la contratista que impone a la Corporación la obligación de pagar el coste de las obras.

La misma sentencia, así como la sentencia de la misma Sala de 16 de octubre de 2000, reflejan que siempre que se realizan obras, unidades de obra u obras complementarias que no estaban comprendidas en el proyecto que sirvió de base al contrato administrativo, se están llevando a cabo modificaciones de dicho proyecto, siendo aplicable a todos estos supuestos el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración.

Y en la misma resolución se recuerda, invocando una doctrina ya plasmada en las Sentencias de 12 de febrero de 1979, 21 de noviembre de 1981 o 15 de junio de 1999, que si efectivamente fueron ordenadas unas obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que este pueda percibir su importe. Lo relevante es que conste acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad de la contratación administrativa.

7.5. Nuestra jurisprudencia ha indicado que la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal precisa de un plus de antijuridicidad, de modo que la resolución cuestionada introduzca un grave trastorno de la actividad normal de los organismos públicos; y recordábamos antes nuestra STS 82/2017, de 13 de febrero, en la que subrayamos que "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".

Sin embargo, en el caso enjuiciado no se declara probado un contenido injusto que venga derivado de la irregularidad en la contratación. Antes al contrario, lo que se declara probado es que la actuación de los acusados respetó la proscripción del enriquecimiento injusto que censura la jurisprudencia contencioso-administrativa antes indicada. Se afirma por la Audiencia, que la irregularidad que se desplegó para la contratación administrativa no estuvo pervertida por un interés ilegítimo del Presidente de la Diputación de Pontevedra o porque se concertara con otros para lograr beneficios particulares o contrarios a las obligaciones de la Administración. Lo que la sentencia proclama es que Imanol conoció que se habían realizado unas actuaciones no incluidas en el proyecto de obra, cuando los trabajos habían sido ya ejecutados. Proclama también que no se ha acreditado que el contratista actuara con mala fe cuando *realizó las obras al margen del proyecto inicial* (pág. 75 de la sentencia de apelación impugnada). Por último, subraya que *no consta que se haya cobrado por más de lo efectivamente realizado, ni tampoco a precios superiores a los del mercado* (pág. 74).

En tal coyuntura, el Presidente no podía ordenar la demolición de unas modificaciones al proyecto que estaban ya ejecutadas, pues hubiera supuesto, además de la pérdida del servicio que iban a prestar las obras no previstas, la obligación de pagar al contratista una indemnización por los trabajos desmantelados y por los gastos de derrumbe.



En modo alguno puede asumirse que la demolición de la obra o el impago de los trabajos recibidos, fuera la actuación que imponía el ordenamiento jurídico al Presidente de la Diputación y que fueran precisamente esos los comportamientos garantizados con la amenaza de la sanción penal que le ha sido impuesta. La obligación impuesta por el ordenamiento jurídico era, como se ha subrayado con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, el pago de las modificaciones desarrolladas. Como reflejamos en nuestro ATS de fecha 16 de abril de 2021, Causa Especial 20490/2015, no es factible que se tache de ilegal o de injusto el pago de unos servicios irregularmente contratados pero que materialmente han llegado a obtenerse, pues lo contrario sería un claro supuesto de enriquecimiento injusto.

Podemos así concluir que el deber de pagar todas las modificaciones abordadas en la obra y el hecho de que estuvieran definidos los sujetos recíprocamente concernidos por la deuda, determinó que el expediente administrativo se desviara de sus exigencias legales, buscando únicamente que pudieran desbloquearse unos fondos correctamente asignados y que pudiera pagarse con ellos a la constructora que realmente había abordado los trabajos. Una consideración de atipicidad penal que no equivale proclamar la irrelevancia de los hechos, eventualmente sujetos a las oportunas responsabilidades administrativas o contables, si a ello hubiera lugar y se tuviera por conveniente.

Los motivos deben ser estimados y, de conformidad con el artículo 903 de la LECRIM, deben extenderse sus efectos a quienes, como el acusado Leon, fueron condenados como partícipes *extraneus* del delito de prevaricación atribuido a Imanol.

OCTAVO.- Conforme al artículo 901 de la LECRIM, procede la declaración de oficio de las costas derivadas de la tramitación de los recursos interpuestos por todos ellos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar los motivos que, por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, fueron interpuestos por Imanol y Leon, en el sentido de entender indebidamente aplicado el artículo 404 del Código Penal por el que fueron condenados.

En consecuencia, casamos la sentencia y anulamos su condena como autor y cooperador necesario, respectivamente, del delito de prevaricación administrativa; extendiéndose esa anulación a las condenas impuestas a Oscar y Matías como cooperadores necesarios del delito antes indicado.

Todo ello absolviéndoles de las costas que les fueron impuestas en las anteriores instancias, además de declararse de oficio las costas derivadas de la tramitación de los recursos interpuestos por todos ellos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesándole 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.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 4249/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García



D. Pablo Llarena Conde

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 6 de febrero de 2025.

Esta Sala ha visto el Rollo de Apelación 424/2021, seguido por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, para la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia n.º 35/21, dictada el 5 de febrero de 2021 por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Pontevedra, en el Procedimiento Abreviado 178/2020, dimanante de las Diligencias Previas 450/2018, instruidas por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Pontevedra, por presuntos delitos de prevaricación y fraude, contra **Imanol , Leon , Matías y Oscar** .

En la referida causa de la Audiencia Provincial se dictó Sentencia n.º 121/22, el 3 de mayo de 2022, que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia rescindente estimó el motivo de casación que por infracción de ley e indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal formularon las representaciones de Imanol y Leon , declarándose que el pronunciamiento era igualmente aplicable a los acusados Oscar y Matías . En su consecuencia, se anuló la condena impuesta en la sentencia de apelación impugnada y, en esta segunda sentencia, procede absolver a los acusados del delito por el que venían condenados.

FALLO

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

Que debemos absolver a Imanol , Leon , Oscar y Matías , del delito de prevaricación administrativa del que venían siendo acusados , declarando la nulidad del pronunciamiento contenido en Sentencia n.º 121/22, dictada el 3 de mayo de 2022, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su Rollo de Apelación 424/2021.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García