



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
GUADALAJARA**

-PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10
Teléfono: 949-20.99.00 Correo
electrónico:

Equipo/usuario: AAM
Modelo: N85860
N.I.G.: 19130 43 2 2018 0008776

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000004 /2022-MJ
Delito: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA
Procedimiento de origen: D.P. 1609/18
Órgano de procedencia: Juzgado de Instrucción num. 1 de Guadalajara

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, E.C.P.F. , J.M.R.T. ,
Abogado/a: D/D^a , MARIA EUGENIA BLANCO RODRIGUEZ , MARIA EUGENIA BLANCO RODRIGUEZ
Contra: M.A.J.B. , V.S.V.M. , WTL SOLUCIONES INTEGRALES SL
Procurador/a: D/D^a PABLO CARDERO ESPLIEGO, JOSE MIGUEL SANCHEZ AYBAR , PABLO CARDERO ESPLIEGO
Abogado/a: D/D^a JAIME PEREZ BERNAL, ESTEBAN MESTRE DELGADO , JAIME PEREZ BERNAL

===== **ILMÁS. SRÁS. MAGISTRADAS:** =====

**Da ISABEL SERRANO FRÍAS
Da EVA ESTRELLA RAMÍREZ GARCÍA
Da MARIA ELENA MAYOR RODRIGO**

=====

S E N T E N C I A N° 28/22

En Guadalajara, a cuatro de noviembre de dos mil veintidós.

Visto en juicio oral y público ante esta Audiencia Provincial los autos de Diligencia Previas num. 1609/2018 procedentes del Juzgado de Instrucción num. 1 de Guadalajara, Rollo de esta Sala 4/22 seguidos por un delito de prevaricación administrativa y malversación, frente a V.S.V.M., defendido por el letrado D. Esteban Mestre Delgado y representado por el Procurador Sr. Sánchez Aybar, y M.A.J.B., defendida por el letrado D. Jaime Pérez Bernal y representada por el Procurador Sr. Cardero Espliego, como responsable civil subsidiaria WTS SOLUCIONES



INTEGRALES, asistida por el letrado D. Jaime Pérez Bernal y representada por el Procurador D. Pablo Cardero Espliego, siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL y acusación particular E.C.P.F. y J.M.R.T., defendidos por la letrada D^a María Eugenia Blanco Rodríguez, y designada Magistrada ponente la Ilma. Sra. D^a ISABEL SERRANO FRÍAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Decano de Guadalajara se remitieron diligencias al Juzgado de Instrucción num. 1 de Guadalajara que dieron lugar a las diligencias previas 1609/18.

Seguido el trámite del procedimiento abreviado se formuló escrito de acusación por el Ministerio Fiscal, que consideró los hechos constitutivos de un delito de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos y subsidiariamente de prevaricación administrativa y fraude a la administración pública, interesando la pena de cuatro años de prisión y nueve de inhabilitación para cada acusado.

Las defensas negaron los correlativos del Ministerio Fiscal, interesando la libre absolución.

SEGUNDO.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal y cumplidos los trámites pertinentes se señaló para la celebración del juicio oral el día 25 de octubre de 2022, que se llevó a cabo con el resultado que obra en autos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- En el municipio de Fontanar (Guadalajara) en el año 2006, se iniciaron las obras del proyecto de urbanización del sector cuatro de las normas subsidiarias de Fontanar, que fueron adjudicadas a la empresa PROCODEUR PROMOCIONES URBANAS S.A. Las obras no llegaron a recepcionarse por el ayuntamiento, a la vista del informe desfavorable del Técnico Municipal, de fecha 21 de marzo de 2012, que señaló que las mismas no se encontraban completamente terminadas. Con fecha 30 de mayo de 2012 se acordó por el Pleno del Ayuntamiento la ejecución del aval consignado.

La técnico, arquitecto municipal de Fontanar efectuó comprobación de las obras el 15 de febrero de 2017 describiendo las que faltaban por ejecutar conforme al proyecto aprobado:

- Ajardinamiento de rotonda y zonas verdes.
- Inexistencia de riego en zonas verdes.
- Dotación de mobiliario urbano.
- Existencia de una rejilla de alcantarillado defectuosa.
- Ocho contadores de electricidad caídos.
- Inexistencia de treinta armarios y contadores de agua.
- Inexistencia de ocho señales de paso de peatones, dos ceda el paso y un prohibido el paso.

Señalando que en cuanto a la jardinería podría ser modificada según criterio del Ayuntamiento.

Mediante providencia de la Alcaldía, al frente de la cual estaba V.S.V.M, de 11 de mayo de 2017, se solicitó informe de Secretaría Intervención a efectos de terminar la obra del Sector 4 de las NNSS de Fontanar, vista la incautación de la garantía prestada para la finalización de las mismas.

En dicho informe se hace constar que, atendido el precio del contrato que asciende a 49.127,32 € y 10.316,74 € de IVA, la contratación y tramitación del expediente corresponde al alcalde al no superar el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, ni, en cualquier caso, los seis millones de euros. Asimismo, se trata de un contrato menor de obras, por lo que podrá adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar suficiente y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, de acuerdo con el artículo 138 del TRSCSP, de 14 de noviembre de 2011, vigente a la fecha de los hechos.

En el informe se recomienda para garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, se soliciten tres ofertas siempre que sea posible.

Se señala en el informe que la tramitación del expediente de los contratos menores exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos de las normas de desarrollo de esta ley. En el contrato menor de obras deberá añadirse, además el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran (art. 11 del TRLCSP).



SEGUNDO.- V.S.V.M. contactó para la ejecución de la obra con la coacusada M.A.J.B., a la que conocía por ser adjunta a la dirección del vivero, colaborando para organizar cursos considerando que sería una gestora idónea quien constituyó para ejecutar las obras la sociedad WTL SOLUCIONES INTEGRALES S.L. que a la fecha de la adjudicación de la misma aún no se había constituido, constando únicamente el número correspondiente a la solicitud relativa a si constaba alguna sociedad con el nombre propuesto, no constando que fuera consciente el Sr. S.V.M. de que la sociedad aún no se había creado, teniendo lugar su constitución con fecha 24 de octubre e inscrita el 10 de noviembre, todo ello con posterioridad al acuerdo de adjudicación.

Para desarrollar las obras de terminación del sector cuatro, la acusada, M.A.J.B. contrata a la empresa Construcciones Guarne S.L., quien presentó un presupuesto por importe de 8.500,25 € (IVA incluido) y facturó finalmente 9.581,99 €.

TERCERO.- Las obras de terminación del sector cuatro se llevaron bajo la dirección de M.A.J.B., a quien el Sr. S.V.M. le indicó los cambios a efectuar respecto al proyecto inicial que afectaba a la partida de jardinería y mobiliario, habiéndose valorado la obra finalmente ejecutada en una cantidad similar a la propuesta inicialmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Calificación de los hechos.

Los hechos declarados probados no son constitutivos de delito continuado de Prevaricación tipificado en el artículo 404 del CP en su forma activa y/u omisiva. Ni del delito de malversación del artículo 434 ni el de fraude objeto de calificación subsidiaria del mismo cuerpo legal.

Y ello por la argumentación que exponemos a continuación:

La Prevaricación está tipificada en el artículo 404 CP y dispone que "*a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación*

especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años".

La conexión de este tipo penal con la contratación pública resulta evidente desde el momento que se trata de una de las actividades propias cuyo ejercicio se encomienda a autoridades y funcionarios públicos. Celebración de contratos por las Administraciones públicas que requerirá de la previa tramitación del correspondiente expediente, como señala el art. 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF) con el fin de garantizar que esa contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

La configuración de la prevaricación administrativa en los términos empleados por el referido art. 404 CP, requiere la concurrencia de unos presupuestos y Los requisitos de la prevaricación administrativa conforme a lo establecido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (SSTS de 21 de octubre de 2004 -Rec. Casación 1223/2004-, de 21 de julio de 2005 -Rec. Casación 103/2004- y de 1 de julio de 2009 -Rec. Casación 1859/2008-) se pueden resumir, fundamentalmente, en:

1-Sujeto: Que se trate de autoridad o funcionario público en los términos del art. 24 CP. Aunque se trata de un delito especial propio ello no impide la participación (la intervención) de extraños (de "extraneus" en términos de la jurisprudencia) por lo que resulta posible la participación en la prevaricación de quienes no reúnen la condición ni de autoridad ni de funcionario, y su intervención lo será a título de cooperador necesario, de inductor o de cómplice.

2-Objeto: Que la resolución sea contraria a derecho. Porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas más esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de esta contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

3-Arbitrariedad: No es suficiente, para incurrir en prevaricación administrativa, que la resolución sea contraria a derecho (el control de legalidad Administrativa corresponde al orden Contencioso-Administrativo). Para que constituya delito se requiere que sea injusta ("a sabiendas de su injusticia"), lo que supone un "plus" de contradicción con el derecho. Es preciso que la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa".



El art. 404 CP dispone que ha de tratarse de "una resolución arbitraria" (SSTS de 5 de marzo de 2003 - Rec. Casación 3197/2001- y de 30 de abril de 2012 - Rec. Casación 1257/2012-).

4-Realizada con conocimiento: Se requiere, por último, que actúe a sabiendas "lo que no solo elimina la posibilidad de comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual" (SSTS de 30 de abril de 2012 - Rec. Casación 1257/2012-, de 15 de julio de 2013 - Rec. Casación 1216/2012- y de 23 de septiembre de 2013 - Rec. Casación 1921/2012-).

El delito de prevaricación administrativa puede ser cometido tanto por acción como por omisión (art. 10 CP) y la responsabilidad criminal puede producirse por la participación tanto a título de autor como de cómplice (art. 27 CP).

En el delito de prevaricación administrativa son autores, en sentido estricto, los cargos públicos que dictan las resoluciones administrativas a sabiendas de su injusticia.

Ciñéndonos al ámbito que nos ocupa, la existencia de prevaricación administrativa en el ámbito de la contratación pública se establece en función de la concurrencia determinados elementos o circunstancias:

a) Que la resolución no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, que sea "palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica" (23 de octubre de 2002 -Rec. Casación 1497/2002-), que no tenga defensa posible por no resultar cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos, puesto que es en ese momento en el que ya no es posible decir que se aplica el derecho, sino sólo la voluntad del funcionario (STS de 25 de enero de 2002 - Rec. Casación 76/2002-).

Que en el procedimiento han de verse afectados trámites esenciales, no siendo suficiente la ilegalidad administrativa que da lugar a la nulidad de pleno derecho. "Prevaricación administrativa" y "nulidad de pleno derecho" no son equiparables, lo decisivo para el tipo penal es el ejercicio arbitrario del poder (SSTS de 5 de marzo de 2003 - Rec. Casación 3197/2001-, 4 de diciembre de 2003 - Rec. Casación 2062/2002- y 22 de marzo de 2013 - Rec. Casación 11045/2012-) y cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de



proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución (SSTS 25 de septiembre de 2007 -Rec. Casación 279/2007-, de 11 de octubre de 2013 -Rec. Casación 11/2013- y de 30 de julio de 2014 -Rec. Casación 20284/2012-).

b) -Cuando se trate de una forma de actuar que se repite en el tiempo, de forma continua, con una pluralidad de contratos o adjudicaciones (y no un caso aislado), que resulta cuantificable (en términos porcentuales sobre el número de proyectos en ese ámbito de actividad y su montante económico), lo que da lugar (además) a la calificación de delito continuado con los efectos que ello supone en cuanto a la determinación de la pena (art. 74 CP).

-Cuando no se explique el tipo de contratación efectuada ni se justifiquen los requisitos establecidos para la elección de esa modalidad de contratación.

-Cuando se pasa de la vulneración de un precepto o regla de los que componen la tramitación del correspondiente expediente a la inexistencia de procedimiento por prescindirse de toda hipotética regulación legal, para adjudicar el contrato sobre la base de la mera voluntad (igual que si de una contratación entre particulares se tratara), como prueba de la arbitrariedad a la que se refiere el art. 404 CP.

-Cuando no se produce la fijación del precio (cierto o el modo de determinarlo), como elemento esencial y en claro perjuicio del interés público.

Hay que insistir en que la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021 refiere que los principios del Código Penal de "última ratio" e intervención mínima han obligado a delimitar el concepto de injusto que integra el tipo penal, pues si la resolución injusta se identifica con la resolución contraria a la legalidad se genera un grave riesgo de que quede difuminada la línea fronteriza entre el control de legalidad que debe ejercer la jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el control de legalidad penal que ejerce la jurisdicción de este orden con respecto a la totalidad de los ciudadanos.

Por tanto, el Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. De manera que es preciso distinguir entre



las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación.

Para acercarnos al supuesto objeto de enjuiciamiento es preciso conocer qué es la figura del contrato menor, cual su finalidad, sus exigencias formales, sus límites y cual su regulación, pues sin ello no puede entrarse a valorar si lo que se hizo es conforme a derecho o contrario a la legislación de Contratos Públicos y si la infracción es tan grosera y burda que integra el tipo penal.

En el caso enjuiciado, la contratación tuvo lugar mediante decreto de adjudicación de 18 de octubre de 2017, estando en vigor el Real Decreto Legislativo 3/11, derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, normas que no introdujeron modificaciones significativas en lo que a esta figura contractual se refiere.

La regulación establecida en el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público era restrictiva. Especialmente significativo es lo establecido en el artículo 86.2 de este texto legal: "*2 . No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan*".

De la regulación lo que se desprende es que la figura del contrato menor lo que busca es permitir a la Administración una satisfacción rápida de determinadas necesidades puntuales, a través de un procedimiento ágil y sencillo, dada la escasa cuantía y duración temporal de los contratos mediante los cuales se pretenden cubrir. Ahora bien, es evidente que su aplicación constituye una excepción a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, así como la inaplicación del deber de salvaguardia de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa, recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, de ahí que se establezcan una serie de limitaciones legales dirigidas precisamente a evitar cualquier tipo de "corruptela" con el recurso a esta figura contractual, y así se observa como en las modificaciones legislativas posteriores, se ha ido poniendo "coto" a esta figura, con una regulación

mucho más exigente. Por ejemplo, entre otros requisitos se establece la obligación del órgano de contratación de emitir un informe justificando que no se ha fraccionado su objeto para eludir un procedimiento concurrencial y que al contratista propuesto como adjudicatario no se le han adjudicado contratos que aisladamente o en conjunto superen el importe de 15.000 euros en servicios o suministros (artículo 118 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público). Adviértase como también se ha reducido el umbral máximo de gasto en que se puede incurrir con este tipo de contrato (pues se rebaja de 18.000 a 15.000 euros), lo que constituye un dato más que refleja que se intenta limitar lo máximo posible la posibilidad de recurrir a esta figura. Por último, un aspecto importantísimo de la reforma operada en esta materia lo constituye el establecimiento de la previsión expresa de que la información relacionada con la adjudicación de contratos menores deberá publicarse, como mínimo trimestralmente, a través de Internet en el perfil del contratante del órgano de contratación, lo que permitirá no solo un mayor control de oficio sino a instancia de perjudicados de actuaciones eventualmente irregulares, situación esta que sin duda contribuirá a la transparencia en el recurso a esta figura contractual.

En lo sustantivo este tipo de contratos no quedan exceptuados de los principios básicos de la contratación administrativa, pues el establecimiento de unas bases o baremos de aplicación a la contratación es una obligación legal, que no se puede eludir por el hecho de que se trate de un contrato menor, resultando de aplicación los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

Como establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 18 enero 2016 "la Ley de Contratos del Sector Público, igual que la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, confiere preponderancia a la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo de los contratos menores, en virtud de la finalidad que persiguen y que constituye su razón de ser, primando tal simplificación sobre la acreditación formal del cumplimiento del conjunto diverso de requisitos que en todo caso resultarían exigibles, tanto para contratar con el sector público, como para dar cumplimiento a todo el conjunto normativo regulador de los distintos aspectos de la actividad empresarial (normativa laboral y de Seguridad Social, normativa fiscal, normativa reguladora de determinadas actividades empresariales o profesionales, etc.), cumplimiento cuya constatación, no resultando



adecuada al expediente simplificado de un contrato menor al que se exime de las fases de preparación y adjudicación, compete, no obstante, a los órganos que, en cada uno de los correspondientes sectores normativos, tengan atribuidas las funciones de vigilancia y control de la materia de que se trate".

La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (STS 647/2002); esto debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con las que puede llevarse a cabo la hermenéutica, legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno un análisis del significado de la norma como la que se realiza por el autor.

En cuanto al elemento relativo a "a sabiendas de su injusticia", y volviendo igualmente a la STS 149/2015, de 11 de Marzo, que venimos citando dispone: "Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de «arbitraria», para que pueda considerarse típica, haya sido dictada «a sabiendas de su injusticia». De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material"; "El elemento subjetivo del tipo, "a sabiendas de la injusticia" no exige que la persona concernida reconozca la ilegalidad, lo que supondría entronizar a la conciencia de la autoridad como conciencia de la Ley, sino que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable en la interpretación de la Ley".

En esta línea el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 259/2015 de 30 Abr. 2015, Rec. 1125/2014: "la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los

peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

Como se dice en la STS. 600/2014 del 3 de septiembre, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.

La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución



que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable."

El artículo 28 de la Ley de Contratos del Sector Público exige, dicho de manera resumida, que el contrato sea idóneo y necesario para cumplir los fines, en este caso, de la Administración contratante.

Pues bien, expuesto el marco normativo y jurisprudencial habrá que examinar la prueba practicada.

El expediente administrativo de la adjudicación de la obra se encuentra incorporado al expediente digital, acontecimiento 14, el cual comienza con la memoria valorada de las obras de terminación de la urbanización del sector 4 de las normas subsidiarias de Fontanar, memoria descriptiva realizada por encargo del Alcalde de Fontanar para determinar el coste de las obras de terminación del sector 4 que se encontraban sin concluir habiéndose ejecutado el aval que aseguraba su correcta terminación por la mercantil PROCODEUR PROMOCIONES URBANAS SA. Se recogen las obras que faltan por ejecutar, ajardinamiento de rotonda y zonas verdes, inexistencia de red de riego, dotación de mobiliario urbano una rejilla defectuosa, 8 contadores de electricidad caídos, 30 armarios y contadores de agua y ocho señales de tráfico, se valoran los mismos en 59.444,05 euros.

Consta también la providencia de la Alcaldía, vista la incautación de garantía y la consignación presupuestaria solicitando informe a la secretaria sobre el procedimiento a seguir. El informe de Secretaria intervención califica el contrato como menor señalando que siempre que sea posible se soliciten tres ofertas como recomendación en aras a la transparencia y que una vez termine las obras se proceda a su recepción.

El decreto de la Alcaldía, acuerda adjudicar el contrato a WTL Soluciones integrales SL señalando una certificación del registro mercantil de la misma extremo este al que nos referiremos más adelante.

A continuación se encuentra el acta de recepción donde el técnico recoge que ha visitado las obras encontrándolas en buen estado por lo que pueden darse por recibidas señalando que el diseño de zonas verdes



se ha realizado conforme a las modificaciones acordadas por el Ayuntamiento a fin de obtener un área más acorde a las necesidades existentes.

La objeción relativa de la zona de pradera de la calle rio Sorbe que consta en acta de 6 de junio de 2018 se subsana según declara la Arquitecta en el Plenario.

Obra también en el expediente el informe de Secretaria a petición de la Alcaldía y ante la denuncia formulada que concluye que la adjudicación del contrato se realizó conforme a la legislación vigente y las obras se ejecutaron con la conformidad municipal reflejada en el acta de 28 de diciembre de 2017 firmada por el arquitecto Municipal y con la fiscalización de la Secretaria Interventora.

El informe elaborado a instancia del Juzgado de Instrucción por la Secretaria Interventora del Ayuntamiento de Fontanar recepcionado en el Juzgado de instrucción el 8 de julio de 2020, incluye un apartado referente a contratos menores de obras desde el año 2010 hasta el momento en que se emite el mismo y tras referir la normativa aplicable y señalar que desde el año 2010 hasta el 9 de marzo de 2018 el titular de la Alcaldía es quien adjudica los contratos de obras menores, recoge los celebrados en ese periodo siendo todos ellos, en atención a su cuantía, de adjudicación directa no constando en ninguno se haya dado cumplimiento a la recomendación de solicitud de tres ofertas ni de traslado al técnico con carácter previo al pago, lo que explica la autora del informe manteniendo que en relación con la inexistencia de tres ofertas y de traslado previo al reconocimiento de la obligación y pago de la factura que no son tramites preceptivos, añadiendo "ni habitual" y que de todos los pagos entre los que se encuentran los contratos menores de obras se ha "dado cuenta al Pleno".

Junto a esta documental se ha aportado informe pericial de la perito contable Sra. F., ratificado en el Plenario que examina las modificaciones respecto al proyecto original que considera que la diferencia entre la obra ejecutada y la memoria valorada menos el valor de las modificaciones daría una cantidad de 20.312,89 euros. La objeción que cabría realizar esta prueba pericial que concluye como hay modificaciones del presupuesto, algo que no se discute y que no se han realizado los trabajos que se presupuestaron inicialmente, es la de no conocer la obra, no haber visitado la misma conociendo únicamente la documentación por lo que

solo aquello que se ha facturado y consta así documentalmente lo refiere como ejecutado.

Hay que tener en cuenta que el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, única parte que lo presenta, recoge como hechos que integran los tipos penales por los que se formula acusación la adjudicación directa sin solicitar tres presupuestos, la falta de cualificación profesional de la adjudicataria que carecía de capacidad de obrar en ese momento pues comenzó sus operaciones el 24 de octubre y se inscribió en el Registro Mercantil el 10 de noviembre, así como la modificación del proyecto inicial que comportaba una aminoración del importe.

En lo que respecta a la evidente irregularidad consistente en no constar constituida la sociedad de la investigada M.A.J.B. cuando se adjudica la obra por decreto del Alcalde y en íntima conexión precisamente en relación con la misma su creación según la acusación para que no se identificara la adjudicataria con la persona física dado su vínculo con el jefe de protección civil cercano al Alcalde, hay que señalar que si bien resulta llamativo la coincidencia temporal entre la constitución de la sociedad que según datos del registro mercantil empieza a funcionar el 24 de octubre de 2017, ofrece la investigada una explicación en cuanto a esa circunstancia señalando que se lo aconsejó su gestor, antes era autónoma.

En cuanto a la contratación previa a la constitución y partiendo del carácter constitutivo de la inscripción vamos a recoger los preceptos aplicables.

La ley de sociedades de capital Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital recoge en el Artículo 20 Escritura pública e inscripción registral: *"La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil."*

Continua el Artículo 33 Efectos de la inscripción: *"Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido."*

Artículo 36 Responsabilidad de quienes hubiesen actuado: *"Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la"*

inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad”.

Se prevé en definitiva, en concordancia con lo que preveía el antiguo artículo 15 de la LSA, que la sociedad pueda ratificar dentro de los tres meses siguientes a su inscripción en el Registro los actos realizados por los futuros administradores antes de su inscripción.

Artículo 37 Responsabilidad de la sociedad en formación

1. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere.

2. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar.

3. Salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos.

Artículo 38 Responsabilidad de la sociedad inscrita

1. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por aquellos actos y contratos a que se refiere el artículo anterior así como por los que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción.

Es cierto también que la sociedad en cuestión se constituye en escritura de 24 de octubre e inscribe en el Registro el 10 de noviembre habiendo sido adjudicada la obra el 18 de octubre, sin que se acredite sin embargo que este desarrollo cronológico fuera conocido e integrara el requisito o presupuesto para su posible trascendencia penal “a sabiendas” por parte del Sr S.V.M. que recoge en el decreto de adjudicación el número que consta en el documento del Registro Mercantil que le aporta M.A.J.B. y que obra al acontecimiento 625 del expediente digital consistente en certificación no 17154845 donde el Registrador hace constar que num. figura registrada la denominación WTL SOLUCIONES INDUSTRIALES SL, quedando reservada la misma a favor del citado interesado, fechado el documento el 11 de octubre de 2017, lo que supone el primer paso para esa constitución e inscripción, sin que pueda considerarse como apuntábamos que era consciente el Sr. S.V.M. de la irregularidad, que lo es, de hacer constar un dato de



inscripción que no lo es, dado que se toma de un documento expedido por el Registro Mercantil haciendo coincidir la numeración del documento y la que se recoge en el decreto de adjudicación en relación a la empresa.

El conocimiento del Alcalde imputado de la actividad de la adjudicataria, en relación con la objeción sobre las cualidades de la misma para la ejecución de la obra y la irregularidad que vendría determinada por no tener la misma los requisitos legalmente previstos conforme al artículo 138.3 de la ley de contratos del sector público esto es que sea un empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación necesaria para llevar a cabo la prestación objeto del contrato. Sobre este punto V.S.V.M. dice que conoce a M.A.J.B. como adjunta a la dirección del centro de formación, cuyas funciones eran variadas de apoyo para buscar empresas y convencer que acepten alumnos, firmar convenios, que el centro es un espacio para que las empresas empiecen a funcionar, la conoce como persona con experiencia en el sector inmobiliario. No puede obviarse que estamos en una población pequeña en la que el Sr. S.V.M., Alcalde de la misma, conocía a la coacusada como adjunta a la dirección de un centro de formación, entendiéndolo que la considera persona con capacidad de gestión para desarrollar como empresa de servicios una función de coordinación entre los distintos sectores implicados, albañilería, jardinería, ornamentación, etc, siendo unas obras que pueden calificarse de sencillas y que efectivamente se llevaron a cabo si bien con las modificaciones a que haremos mención posteriormente.

Las objeciones que expresa el concejal E.C. en cuanto a detectar cosas raras en esas obras señalando como el concejal de obras dimitió y la arquitecta dejó el puesto, no coincide con lo expresado por los mismos como testigos manifestando el primero, J.J.B.D., que le operaron a finales del año 2016 y por motivos de salud se desvinculó del Ayuntamiento y la arquitecta cesó en Fontanar donde estaba a jornada parcial al conseguir plaza en Madrid a jornada completa. Constituye también una irregularidad la falta de participación de la arquitecta en la dirección de las obras, con quien en definitiva y de forma irregular, no se contó durante la ejecución de las mismas si bien se le puso de manifiesto las modificaciones cuando fue a visitar las obras para su recepción momento en el que vio cambios manifestándole el Alcalde Sr. V.S.V.M. que se habían hecho modificaciones y que eran de igual importe. Se llevó a cabo la recepción puesto que los terrenos estaban aptos para



el uso, modificando un operario municipal la valla que hubo de suprimirse a requerimiento de la arquitecta municipal así como quitar la maleza, lo que no impedía la recepción de la obra. Declara en juicio la arquitecto municipal que se enteró de los cambios en la recepción de la obra pero afirma que "eran cambios que tenían razón de ser", en cuanto a la grava según le explico el Alcalde se puso por que se mantenía mejor y en cuanto a los juegos infantiles ya había muchos y se sustituyeron por aparatos de gimnasia para mayores. Si mantiene como no tuvo contacto con la persona que realizó la obra y que se suprimió una zona de diseño por pradera natural que supone menos coste.

Hemos hecho mención hasta ahora a la prueba documental fundamentalmente el expediente administrativo, para señalar como se siguieron con las objeciones apuntadas, los tramites legalmente previstos, siendo la prueba testifical la de más amplio desarrollo en el Plenario.

Así, el concejal E.C. refiere como los vecinos les decían que tuviera cuidado que estaban llevando material del Ayuntamiento y gente del Ayuntamiento trabajando, alude a la tensa relación del concejal de obras con el alcalde y que por eso dimitió, extremo este al que nos hemos referido anteriormente al declarar el concejal de obras que se fue por motivos de salud igual que ocurre con la arquitecta señalando también E.C. la mala relación y que por eso la misma se fue. Es preguntado por M.A.J.B.. y su competencia profesional negando conocerla pero afirmando que no tenía experiencia y que, en relaciona si trabajaba en el vivero, responde que no la ha visto nunca pero si ha visto facturas. también es preguntado sobre si vio a trabajadores del Ayuntamiento trabajar en la obra y contesta que no pero que "se lo han dicho", sería pues en su caso y sobre este punto un testigo meramente referencial. Responde en relación a si en otras ocasiones se han solicitado para obras menores tres ofertas y dice que si, afirmación sin respaldo alguno máxime teniendo en consideración el informe mencionado anteriormente a instancia del Juzgado de instrucción por la Secretaria Interventora del Ayuntamiento de Fontanar recepcionado en el Juzgado de instrucción el 8 de julio de 2020, que como señalábamos incluye un apartado referente a contratos menores de obras desde el año 2010 hasta el momento en que se emite el mismo y tras referir la normativa aplicable y señalar que desde el año 2010 hasta el 9 de marzo de 2018 el titular de la Alcaldía es quien adjudica los contratos de obras menores, recoge los celebrados en ese periodo siendo todos ellos, en



atención a su cuantía, de adjudicación directa no constando en ninguno se haya dado cumplimiento a la recomendación de solicitud de tres ofertas ni de traslado al técnico con carácter previo al pago. Preguntado si recurrió el decreto de adjudicación, algún vecino o empresa señala que el no, no constando tampoco que alguna empresa cuestionara la adjudicación.

Sobre este extremo de participación en la obra de personal del Ayuntamiento también es preguntado el titular de la empresa con quien contrato la adjudicataria F.G. que niega hubiera más personas trabajando que sus empleados, añadiendo que los materiales los suministraba la empresa que le contrato.

Las mismas objeciones efectúa el testigo también concejal J.M.R.T. que refiere asimismo como les llegaban quejas sobre la obra, que no concreta, negando asimismo haber recurrido alguna de las decisiones al respecto. El hijo de la investigada M.C., vínculo entre los dos investigados como jefe de protección civil niega cualquier intervención en la obra salvo algún puntual encargo que le pudiera haber hecho su madre ignorando si esa compra era o no para la obra.

A.M.C.C., Secretaria Interventora del Ayuntamiento, que efectúa el informe obrante en autos a instancia del Juzgado de instrucción, en relación a la recomendación de tres ofertas que en su experiencia no era normal si bien lo indico por ser un informe tipo. También es preguntada sobre si es normal que la factura se abone antes de recepcionar la obra respondiendo que si, "basta con que este emitida la factura y la orden de pago", negando que sea necesario una nueva valoración debido a las modificaciones, a lo que añade que "eso solo en las obras mayores "Niega fuera habitual pedir tres ofertas así como que le conste queja de vecino o empresa por la adjudicación, expresando además consideración sobre la adjudicación de obras en pueblos pequeños diciendo que es frecuente adjudicar obras menores a personas conocidas.

M.R.B., administrativa del Ayuntamiento refiere como le llamo la atención que el decretos hiciera sin el CIF de la empresa, que pagaron antes de la recepción que no estaba como dirección facultativa V. y no se pidió el aval del 5%. Manifiesta que M.C. se encargaba de supervisar el desarrollo de la obra pero añade "que ella no le vio".



S.D.P., Secretaria del Ayuntamiento del 13 de septiembre de 2015 a 17 de abril de 2017, manifiesta en el mismo sentido que en los contratos de obra menor el pago se hacía al llegar la factura y que en la experiencia del Ayuntamiento de Fontanar no se llevó a cabo lo de las tres ofertas para obras menores.

El trabajador del Ayuntamiento que según declaración de V.S., arquitecto municipal fue visto "terminando algunas cosillas y dio por sentado que la obra se había hecho por la Administración", J.M.R., también declara como testigo y niega haber trabajado en las obras del sector 4 y niega haber instalado las señales de tráfico, si bien añade que "si alguna se cae la arregla pero que él no las puso".

Por último hay que mencionar el informe pericial realizado a instancia de la defensa del Sr. S.V.M. relativo a la valoración de las obras ejecutadas que parte no solo de la documentación obrante en las actuaciones aino de visita al lugar y que detalla en primer lugar las actuaciones no modificadas y por otro lado el capítulo de jardinería y mobiliario urbano ascendiendo el total a 49.290,34 euros al que añadir el IVA.

Valorada la prueba desarrollada previamente, ha de señalarse que no se ha practicado en el acto del juicio oral prueba alguna que, con el carácter de objetiva y directa, permita apreciar la existencia de elementos de juicio que, en grado de certeza plena, revelen la realidad de los delitos imputado por la Acusación, ni tan siquiera indicios con entidad suficiente como para concluir que nos encontramos ante los delitos objeto de acusación.

Así pues, descartada la posibilidad de que, por prueba directa o de cargo se hubieran podido valorar datos probados, reveladores de tales infracciones imputadas, es evidente que, la única posibilidad de esclarecer los hechos denunciados ha de reconducirse a la obtención de pruebas indiciarias, indirectas.

Tras la práctica, insistimos, de la prueba practicada en el plenario, en la forma que determina el art. 741 de la LECr., conducen a sembrar serias dudas, en vez de arrojar luz sobre la realidad misma del relato fáctico que conforma la acusación sostenida por el Ministerio Fiscal que, como señalamos en el factum, no puede darse como probado. En algunos puntos, considerando en cuanto a otros que no integran el tipo penal por el que se formula acusación, teniendo en cuenta que no cabe condenar a



una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados.

Íntimamente relacionado con derecho a la presunción de inocencia, entre otras, en la STS 16.XI.16 considera que el "principio in dubio pro reo" deriva en un derecho fundamental consistente en que si el Tribunal ha dudado en la apreciación de los hechos no está autorizado a condenar. Como dice la STS n° 76/2006, de 31.1: "en casación solo vale el principio "in dubio pro reo" cuando el tribunal de instancia manifiesta su duda y la resuelve de un modo que no es favorable para el acusado".

Pues bien, aplicando dicha Doctrina al caso enjuiciado, esta Sala, tras valorar la prueba practicada en el acto del juicio oral en la forma prevista en el art. 741 de la LECr., ha llegado a la íntima convicción de que, en el supuesto sometido a enjuiciamiento, no existe prueba suficiente como para entender enervado el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución.

Para llegar a tal conclusión, hay que partir del contenido inicial que conforma nuclearmente la imputación material que centra el objeto procesal de esta causa, para, tras ello, y en clave de interpretación del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución, valorar si existe prueba de cargo con entidad suficiente como para dictar una sentencia condenatoria en los términos interesados por la acusación pública.

Nos encontramos ante un contrato menor de obra, que tiene una regulación más flexible por razones de agilidad respecto al cual existen unas recomendaciones, que efectivamente no se siguen, pedir tres presupuestos u ofertas, como no se habían exigido con anterioridad en ese Ayuntamiento que se adjudica a una persona conocida del Alcalde y cuya capacitación sería cuestionable pero que tratándose de una obra de limitada complejidad exigía más bien una capacidad de gestión u organización que unos medios materiales o empresa de gran capacidad, siendo así que la obra se ejecutó, adjudicación que si bien pudiera no ser un ejemplo de transparencia, como tampoco lo es llevar a cabo unas modificaciones en el proyecto, permitidas por este pero que deberían haber sido consensuadas o al menos comunicadas y con intervención de la Arquitecto directora de obras pero que son meras irregularidades en su caso que no trascienden del ámbito administrativo, como es una



irregularidad contratar con una empresa aún no constituida en relación con este punto no se puede exigir un mayor conocimiento al Alcalde de la localidad, no apuntándose el elemento subjetivo o dolo pues el tipo penal exige se lleve a cabo "a sabiendas de la injusticia lo que equivale a arbitrariedad".

Se ha reiterado que no basta la mera contradicción al Derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas, incluso aunque pudieran dar lugar a la nulidad de pleno derecho, 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, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996 (RJ 1996, 3759)), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 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).

Otras sentencias sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el 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 así 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 se dice en otras sentencias, tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo), o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable, y, por lo tanto, de forma arbitraria.

Y en relación con la prevaricación administrativa, se insiste en que el acto administrativo ha de ser una resolución que, más allá de la mera ilegalidad, incurra en arbitrariedad -porque aquella ilegalidad sea evidente, patente, flagrante y clamorosa- (SSTS de 5 de abril de 2017 y 20 de junio de 2018, entre las más recientes) y que además de ser jurídicamente incorrecta, no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, por ser palmaria, patente, evidente o, incluso, esperpéntica (SSTS de 24 de septiembre de 2002, 2 de abril de 2003 u 8 de junio de 2006, entre otras).

Por eso dice la Jurisprudencia que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria (SSTS 259/2015, de 30 de abril y 362/2018, de 18 de julio).

La controversia se sitúa, en consecuencia, nuevamente alrededor de la concurrencia o no del elemento subjetivo del injusto, que en el caso de la prevaricación administrativa viene conformado por el dolo directo, pues no es otro el que se corresponde con el término "a sabiendas" que incorpora el mencionado precepto. Ni siquiera, pues, el dolo eventual conlleva eficacia suficiente para entender cometido el delito, ni mucho menos la manifestación culposa de la responsabilidad que no encuentra encaje en la tipicidad.

Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal, no habiéndose despejado a este Tribunal la duda fundada al efecto en orden a considerar que existe algo más allá de lo que pudiera ser una irregularidad administrativa. Todo lo cual, debe llevar a dictar sentencia absolutoria por este concreto delito.

Por lo que se refiere al delito de malversación de caudales públicos, el tipo penal exige los siguientes requisitos a) Un funcionario público como sujeto activo, cualidad que da el artículo 24, bastando con la participación en una función pública, siendo indiferente la temporalidad del cargo y la vía empleada para el nombramiento, siempre que éste sea legal con arreglo a la normativa vigente. b) Ánimo de lucro. c) Unos caudales o efectos públicos, susceptibles de evaluación económica, como objeto material sobre el que se desarrolla la adición descrita en cada figura. d) La especial relación del sujeto con el objeto, en el sentido de que aquél ha de tener que esté a su cargo o disposición por razón de sus funciones, con facultad decisorio jurídica o de detentación, un material de los caudales o efectos, ya sea de hecho o de derecho, con efectiva disponibilidad material pudiendo consistir el desvío de los caudales bien en la sustracción o consentimiento para ello, bien en un abandono o negligencia inexcusable que de ocasión a que se efectúe la sustracción por otra persona, una aplicación diferente a la que estuviesen destinados.

Además, como señala, la STS de 27.09.2017, la sustracción, la detracción y la apropiación fraudulenta de la cantidad objeto de la malversación se consuma desde el mismo momento en el que el que tiene la disposición real sobre los efectos o poderes de destino respecto de los mismos, los fue incorporando a su patrimonio con intención de apoderamiento definitivo y tal circunstancia consta reconocida expresamente, ya que fue ingresando las sumas en sus cuentas corrientes.

La garantía constitucional de presunción de inocencia no soporta una discriminación entre los hechos según favorezcan a una u otra parte. La falta de certeza objetiva sobre un hecho del que dependa la condena será determinante de la absolución, lo que aplicado al presente caso determina la plena vigencia de dicho derecho constitucional por las dudas generadas de las pruebas practicadas a instancia de la acusación pública, dado que, de las diligencias de



prueba practicadas, no puede llegarse a extraerse las conclusiones impetradas por el Ministerio Fiscal, pues, en suma, no se ha podido llegar a la necesaria convicción para declarar la culpabilidad de los acusados por este concreto delito de malversación de caudales públicos puesto que no se ha considerado probado ese desfase entre el importe de las obras ejecutadas y las presupuestadas inicialmente y que ello se hiciera por parte de ambos para enriquecerse.

Pese a elevar el Ministerio Fiscal las conclusiones provisionales a definitivas no hace mención en su informe al delito de fraude a la administración pública que igualmente si bien con carácter subsidiario se imputa a los acusados y que exige el concierto con los interesados al intervenir en cualquier modalidad de contratación pública para defraudar a cualquier ente público, es un delito de mera actividad que no requiere que se consuma el fraude pudiendo entrar en concurso con la malversación si se produce efectivamente el perjuicio. La falta de prueba, según se ha desarrollado previamente, de esa confabulación dirigida al perjuicio descarta asimismo la aplicación de este tipo penal.

En consecuencia, procede absolver libremente a los inculcados de los delitos por los que venían siendo acusados en esta causa, con todos los pronunciamientos favorables.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 123 y 124 del Código Penal, en relación con los arts. 239 y 240 LECr., se declaran de oficio las costas procesales de este procedimiento.

Con base en los preceptos citados, en el artículo 1º del Código Penal y en las demás disposiciones de general y pertinente aplicación, administrando justicia en nombre del Rey,

F A L L A M O S

Que DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente a los acusados V.S.V.M. y M.A.J.B., de los delitos y responsabilidades civiles por los que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, declarando de oficio las costas procesales causadas en esta instancia, absolviendo también a la mercantil



WTL SOLUCIONES INTEGRALES S.L., como responsable civil subsidiario.

Notifíquese esta Resolución observando lo prevenido en el Art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 de 1 de Julio, con la advertencia a las partes de que, contra la misma, se podrá interponer Recurso de Apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, previa su preparación ante esta Audiencia, por medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.