



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 disolución de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los efectos de las personas que requieran un especial deber de tutela 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.



SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)  
Las Palmas de Gran Canaria  
Teléfono: 928 42 99 64  
Fax: 928 42 97 78  
Email: s06audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Procedimiento abreviado  
Nº Rollo: 0000016/2020  
NIG: 3500443220120010309  
Resolución: Sentencia 000308/2022

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0002141/2012-00  
Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 4 de Arrecife

| <u>Intervención:</u> | <u>Interviniente:</u>                      | <u>Abogado:</u>                            | <u>Procurador:</u>              |
|----------------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------|---------------------------------|
| Interviniente        | Candido Francisco Reguera Diaz             |                                            |                                 |
| Interviniente        | Maria Angeles Hernández Cabrera            |                                            |                                 |
| Interviniente        | Antonio Jesus Cabrera Panasco              | Fermín Morales Prats                       |                                 |
| Interviniente        | Centro Penitenciario Arrecife de Lanzarote | Centro Penitenciario Arrecife de Lanzarote |                                 |
| Interviniente        | María Del Mar Vidal Villagrasa             |                                            |                                 |
| Interviniente        | Centro Penitenciario Las Palmas            | Centro Penitenciario Las Palmas            |                                 |
| Acusado              | Carlos Francisco Saenz Melero              | Marcial Francisco Hernandez Cabrera        | Noelia Lemes Rodriguez          |
| Acusado              | Jose Francisco Montelongo Espinosa         | Felix Eduardo Cabrera Fernaud              | Jose Carlos Ronda Moreno        |
| Acusado              | Carlos Enrique Lemes Bermúdez              | Francisco Jesus Torres Stinga              | Jose Carlos Ronda Moreno        |
| Acusado              | Jose Nieves Caraballo                      | Iran Jose De Leon Espino                   | Carmen Maria Hernandez Manchado |
| Acusado              | Miguel Angel Leal Cedrés                   | Lino Lopez Dacosta                         | Joaquin Gonzalez Diaz           |
| Acusado              | Isidro Hernández Fuentes                   | Iran Jose De Leon Espino                   | Carmen Maria Hernandez Manchado |
| Acusado              | Víctor Manuel Sanginés Tremps              | Alfonso Fernandez Viña                     | Jose Juan Martin Jimenez        |
| Acusado              | Alberto Juan Morales Betancort             | Victor Javier Hernandez Santana            | Gregorio Leal Bueso             |

## SENTENCIA

Illmos/a Sres/a

D Emilio Moya Valdés (Presidente)

D Carlos Vielba Escobar (Ponente)

Dña Mónica Herreras Rodríguez

En Las Palmas de Gran Canaria a veintidós de de septiembre de dos mil veintidós

Vista en Juicio Oral y Público el Rollo 16/20 ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas la causa procedente del Juzgado de Instrucción Nº4 de Arrecife (Procedimiento Abreviado 2142/12) por delitos de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos, fraude a la administración , falsedad en documento público y falsedad en documento



privado frente a **CARLOS FRANCISCO SÁENZ MELERO** con D.N.I. , nacido en Arrecife el 17 de octubre de 1955, hijo de y , sin antecedentes penales computables, representado por la procuradora Sra Lemes Rodríguez y asistido por la abogada Sra Domínguez Marín; **CARLOS ENRIQUE LEMES BERMÚDEZ** con D. , nacido el 19 de abril de 1962, sin antecedentes penales, representado por el procurador Sr Ronda Moreno y asistido por el abogado Sr Torres Stinga; **ISABEL MARTINÓN LÓPEZ** con , nacida en Arrecife, sin antecedentes penales, representada por el procurador Sr González Díaz y asistida por la abogada Sra Fernández de las Heras; **ÁNGEL EDUARDO LASSO GONZÁLEZ**, con D.N.I. , nacido en San Bartolomé de Lanzarote, hijo de y , sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra Cañete Abengoechea y asistido por el abogado Sr De León Gopar; **VÍCTOR MANUEL SANGINÉS TREMP**s con D.I. , nacido en Las Palmas de Gran Canaria el 28 de noviembre de 1969, hijo de y de , sin antecedentes penales, representado por el procurador Sr Martín Jiménez y asistido por el abogado Sr Fernández Viña; **ALBERTO JAVIER MORALES BETANCORT**; con [ , nacido el 17 de febrero de 1952 en Arrecife, hijo de y de , sin antecedentes penales, representado por el procurador Sr Leal Bueso y asistido por el abogado Sr Hernández Santana; **JOSÉ FRANCISCO MONTELONGO ESPINOSA** con D.N.I. , nacido el 16 de junio de 1973 en Arrecife, hijo de y de , sin antecedentes penales, representado por el procurador Sr Ronda Moreno y asistido por el abogado Sr Cabrera Fernaud; **JOSÉ NIEVES CARABALLO** con D.I. , nacido el 21 de mayo de 1960 en Tinajo, hijo de y de , sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra Hernández Manchado y asistido por el abogado Sr De León Espino; **MIGUEL ÁNGEL LEAL CEDRES** con D.I. , nacido el 8 de junio de 1966 en Arrecife, hijo de f y de M , sin antecedentes penales, representado por el procurador Sr González Díaz y asistido por el abogado Sr López Dacosta; **PENÉLOPE TABARES GARCÍA** con D.N.I., nacida el 22 de enero de 1974, hija de y de , sin antecedentes penales, representada por el procurador Sr Ronda Moreno y asistida por el abogado Sr Topham Camejo e **ISIDRO HERNÁNDEZ FUENTES**, con , nacido el 13 de marzo de 1965 en Arrecife, hijo de y de , sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra Hernández Manchado y asistido por el abogado Sr De León Espino; habiendo intervenido el **MINISTERIO FISCAL**, ejercitando la acusación particular el **AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE** representado por el procurador Sr Müller Suárez y asistido por el abogado Sr Martín Acosta y la acusación popular la asociación **ACCIÓN CÍVICA CONTRA LA CORRUPCIÓN** representada por la procuradora Sra Ferreira López y asistida por la abogada Sra Ferrer Peñate

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por providencia de fecha 14 de agosto de 2012 dictada por el Juzgado de Instrucción Nº4 de Arrecife se acordó la formación de separadas de las diligencias previas 572/12, dictándose auto de fecha 16 de agosto de 2012 incoando las diligencias previas 2141/12 y una vez practicadas las actuaciones acordadas para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, personas responsables de los mismos y procedimiento aplicable, se acordó continuar por los trámites del Procedimiento Abreviado y dar traslado al



Ministerio Fiscal quien presentó escrito solicitando la apertura del juicio oral y formulando conclusiones provisionales, calificando los hechos relatados en el punto 1 de su escrito de calificación como constitutivos de los delitos continuados de prevaricación administrativa de los artículos 404 y 74 en concurso ideal del artículo 77 con delito continuado de fraude a la administración de los artículos 436 y 74, en concurso ideal con un delito continuado de malversación de caudales públicos de los artículos 432.1º y 74.

Considerando los siguientes títulos de participación:

- Carlos Francisco Sáenz Melero:

Autor del delito de falsedad en documento público y fraude a la administración

Cooperador necesario en el resto de los delitos

- Carlos Enrique Lemes Bermúdez:

Inductor del delito de prevaricación

Cooperador necesario del delito de malversación

Autor de los delitos de falsedad y fraude a la administración

- José Francisco Montelongo Espinosa

Autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación punto

- Isabel Martín López autora de los delitos de prevaricación, fraude y malversación puntos 4 a 8

- Víctor Manuel San Ginés Tremps

Autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación.

- Ángel Eduardo Lasso González

Autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación.

- José Nieves Caraballo

Inductor del delito de prevaricación, autor del delito de fraude y cooperador necesario del delito de malversación.

- Penélope Tabares García

Inductora del delito de prevaricación, autora del delito de fraude, cooperadora necesaria de la malversación.

- Alberto Juan Morales Betacort

Autor de los delitos de prevaricación y fraude, cooperador necesario del delito de malversación.

- Miguel Ángel Leal Cedrés

Inductor del delito de prevaricación, autor del delito de fraude y cooperador necesario del delito de malversación.



Calificando los hechos relatados en el punto 2 como constitutivos de los delitos continuados de prevaricación administrativa de los artículos 404 y 74 en concurso ideal del artículo 77 con delito continuado de fraude a la administración de los artículos 436 y 74, en concurso ideal con un delito continuado de malversación de caudales públicos de los artículos 432.1º y 74 en concurso ideal del artículo 77 con un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.1º.2 y 74.

Considerando los siguientes títulos de participación:

- Carlos Francisco Sáenz Melero autor del delito de falsedad en documento público y fraude a la administración

Cooperador necesario en el resto de los delitos.

- Carlos Enrique Lemes Bermúdez:

Inductor del delito de prevaricación

Cooperador necesario del delito de malversación

Autor de los delitos de falsedad y fraude a la administración

- José Francisco Montelongo Espinosa Autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación.

- Víctor Manuel Sanginés Tremps

Autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación.

- Ángel Eduardo Lasso González

Autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación.

- José Nieves Caraballo

Inductor del delito de prevaricación, autor del delito de fraude y cooperador necesario del delito de malversación

- Penélope Tabares García

Inductora del delito de prevaricación, autora del delito de fraude, cooperadora necesaria de la malversación.

- Alberto Juan Morales Betacort

Autor de los delitos de prevaricación y fraude, cooperador necesario del delito de malversación.

- Miguel Ángel Leal Cedrés

Inductor del delito de prevaricación, autor del delito de fraude y cooperador necesario del delito de malversación.

Y Calificando los hechos relatados en el punto 3 como constitutivos de:

A- Delitos continuados de prevaricación administrativa de los artículos 404 y 74 en concurso ideal con un delito continuado de malversación de caudales públicos de los artículos 432.1º y 74 en concurso ideal del artículo 77 con un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392 en relación 390.1º.2 y 74



B- 1- Delitos continuados de prevaricación administrativa de los artículos 404 y 74 en concurso ideal con un delito continuado de malversación de caudales públicos de los artículos 432.1º y 74 en concurso ideal del artículo 77 con un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392 en relación 390.1º.2 y 74

2- Delitos continuados de prevaricación administrativa de los artículos 404 y 74 en concurso ideal con un delito continuado de malversación de caudales públicos de los artículos 432.1º y 74 en concurso ideal del artículo 77 con un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.1º.2 y 74.

Estimando que entre los hechos I, II y III existe relación de continuidad del artículo 74.

Considerando los siguientes títulos de participación:

- Carlos Francisco Sáenz Melero autor del delito de falsedad en documento público y fraude a la administración

Cooperador necesario en el resto de los delitos

- Carlos Enrique Lemes Bermúdez:

Inductor del delito de prevaricación

Cooperador necesario del delito de malversación

Autor de los delitos de falsedad y fraude a la administración.

- José Francisco Montelongo Espinosa Autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación.

- Isidro Hernández Fuentes

Inductor del delito de prevaricación, cooperador necesario del delito de malversación.

Interesando la imposición de las siguientes penas:

1- A Carlos Francisco Sáenz Melero seis años de prisión e inhabilitación absoluta durante diez años.

2- A Carlos Enrique Lemes Bermúdez seis años de prisión e inhabilitación absoluta durante diez años.

3- A José Francisco Montelongo Espinosa cinco años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta durante nueve años y seis meses.

4- A José Nieves Caraballo cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta durante nueve años.

5- A Eduardo Ángel Lasso González cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta durante nueve años.

6- A Isabel Martín López cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta durante nueve años.

7- A Miguel Ángel Leal Cedrés cinco años de prisión e inhabilitación absoluta durante ocho años y seis meses.



8- A Víctor Manuel Sangines Tremps cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta durante nueve años meses.

9- A Penélope Tabares García cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta durante nueve años meses

10- A Alberto Juan Morales Betancort cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta durante nueve años meses.

11- A Isidro Hernández Fuentes cuatro años y nueve meses de prisión e inhabilitación absoluta durante ocho años.

Interesando una indemnización a favor del Ayuntamiento de Arrecife:

1- Por parte de Carlos Francisco Sáenz Melero 841.794,89 euros.

2- Por parte de Carlos Enrique Lemes Bermúdez 841.794,89 euros, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil "Instalaciones eléctricas conejeras S.L." ("Inelcon") en la cantidad de 757.675,34 euros; y de "Señalizaciones Conejeras S.L." ("Señalcon") en la cantidad de 84.119,55 euros.

3- Por parte de José Francisco Montelongo Espinosa 359.458,65 euros

4- Por parte de José Nieves Caraballo 168.896,87 euros.

5- Por parte de Eduardo Ángel Lasso González 102.297,77 euros.

6- Por parte de Isabel Martín López 101374.65 euros.

7- Por parte de Miguel Ángel Leal Cedrés 65.887,72 euros.

8- Por parte de Víctor Manuel Sanginés Tremps 76.085,60 euros.

9- Por parte de Penélope Tabares García 79.636,84 euros.

10- Por parte de Alberto Juan Morales Betancort 88.284,87 euros.

11- Por parte de Isidro Hernández Fuentes 58.731,24 euros.

Efectuando iguales calificaciones y solicitudes de condena la acusación particular, adhiriéndose la acusación popular.

Por su parte las defensas interesaron la libre absolución

**SEGUNDO.-** En los días 25, 26, 27 de abril; 2, 3, 4, 9, 10, 11 y 16 de mayo y 7 y 8 de junio de 2022 se celebró el juicio oral. En dichos actos, después de practicadas las pruebas, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones en el sentido que consta en las actuaciones, a las que se adhirieron las acusaciones particular y popular y la defensa de Carlos Francisco Sáenz Melero, modificando las defensas de Carlos Enrique Lemes Bermúdez, Isabel Martín López, José Francisco Montelongo Espinosa, José Nieves Caraballo e Isidro Hernández Fuentes sus conclusiones provisionales en el sentido que consta en las actuaciones elevando el resto de las partes a definitivas sus conclusiones provisionales, y, tras los trámites de informes y de concesión de la última palabra a los/a acusados/a, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

## HECHOS PROBADOS



**PRIMERO.-** Probado y así se declara que el acusado Carlos Francisco Sáenz Melero, Interventor de fondos del Ayuntamiento de Arrecife y con relación a las facturas presentadas en el Departamento de Intervención por las mercantiles "Instalaciones Eléctricas Conejeras S.L." y "Señalizaciones Eléctricas Conejeras S.L." administradas ambas por el también acusado Carlos Enrique Lemes Bermúdez, firmó los documentos contables de reconocimiento de la obligación y ordenación de pago sin comprobar, faltando a los deberes inherentes a su cargo, que alguna de las referidas facturas por su cuantía no se debían tramitar como contratos menores, sin comprobar si existía o no fraccionamiento de la prestación o sin comprobar, en suma, si la documentación que obraba en el procedimiento se correspondía con los requisitos establecidos en la Legislación sectorial en materia de contratos administrativos o en las Bases de Ejecución de los Presupuestos del Ayuntamiento de Arrecife.

**SEGUNDO.-** Se declara también probado que la acusada Isabel Martín López en su condición de Concejal de Hacienda del Ayuntamiento de Arrecife firmó con fecha 8 de junio de 2011 tres ordenes de pagos por importes respectivos de:

- 1- 14.674,44 euros, correspondiente a la factura 0106 de fecha 6 de abril de 2011 presentadas en el Departamento de Intervención por la mercantil "Instalaciones Eléctricas Conejeras S.L." por el concepto "instalación eléctrica Castillo de San Miguel".
- 2- 13.925,11 euros, correspondiente a las facturas 0107 y 0,108 de 25 de abril de 2011 presentadas en el Departamento de Intervención por la mercantil "Instalaciones Eléctricas Conejeras S.L. por el concepto Instalación eléctrica y Megafonía para mercadillo Pza Iglesia.
- 3- 26.967,21 euros, correspondientes a las facturas 0110 y 0111 de 25 de abril de 2011 presentadas en el Departamento de Intervención por la mercantil "Instalaciones Eléctricas Conejeras S.L." por el concepto "instalación eléctrica feria de cruceros".

Con pleno conocimiento de los defectos de los que adolecía la tramitación de las facturas presentadas por la referida mercantil al haber sido advertida de ello por informes recibidos el 2 de febrero de 2011 y con pleno conocimiento de que con dichos defectos no se podía ordenar el pago, obrando, por tanto, en consciente contradicción con el derecho.

**TERCERO.-** Igualmente se declara probado que la totalidad de las facturas presentadas para su abono en el Departamento de Intervención del Ayuntamiento de Arrecife por parte de las mercantiles "Instalaciones Eléctricas Conejeras S.L." y "Señalizaciones Eléctricas Conejeras S.L.", se corresponden con obras o servicios efectivamente prestados, correspondiéndose las facturas emitidas por dichas mercantiles con los servicios u obras prestados.

**CUARTO.-** Se declara probados que los/a acusados/a José Francisco Montelongo Espinosa; José Nieves Caraballo; Eduardo Ángel Lasso González; Miguel Ángel Leal Cedrés; Víctor Manuel Sangines Tremps; Penélope Tabares García; Alberto Juan Morales Betancort e Isidro Hernández Fuentes estamparon su firma en las referidas facturas en su condición de Concejales de área o Técnicos previa comprobación de haberse ejecutado la prestación.



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 requieren un especial deber de tutela 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.



**QUINTO.-** No se declara probado que los/as acusados/as Carlos Francisco Sáenz Melero; Carlos Enrique Lemes Bermúdez; José Francisco Montelongo Espinosa; José Nieves Caraballo; Eduardo Ángel Lasso González; Isabel Martín López; Miguel Ángel Leal Cedrés; Víctor Manuel Sangines Tremps; Penélope Tabares García; Alberto Juan Morales Betancort e Isidro Hernández Fuentes se confabularan para obtener indebidamente y en provecho de las mercantiles referidas, cuantiosos pagos procedentes del Ayuntamiento de Arrecife en perjuicio de Este y sin tener derecho a dicho abono.

Del mismo modo tampoco se declara probados que dichos/as acusados/as se confabularan para defraudar los derechos del Ayuntamiento de Arrecife.

**SEXTO.-** No se declara probado que el acusado José Francisco Montelongo Espinosa participara en la elaboración del listado de facturas pendientes de pago para su posterior aprobación en el Pleno de 18 de noviembre de 2011.

Sin que tampoco se haya probado que en los listados aprobados no se haya respetado la prelación de créditos en perjuicio de otros proveedores del Ayuntamiento y en beneficio de las mercantiles "Instalaciones Eléctricas Conejeras S.L." y "Señalizaciones Eléctricas Conejeras S.L."

**SÉPTIMO.-** No se declara probado que el acusado Carlos Francisco Sáenz Melero faltara a la verdad en el certificado remitida al Ministerio de Hacienda para inclusión de facturas en el Plan de Pagos contemplado por el Real Decreto Ley 4/12, plan de pagos al que se acogió el Ayuntamiento de Arrecife en el Pleno de 14 de mayo de 2012, sin que en dicho Pleno se aprobara relación alguna de facturas pendientes de pago.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO.- Premisa esencial

La presunción de inocencia está reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución, y en los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: en el artículo 11.1 Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), en el artículo 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); en el artículo 6.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); en el artículo 7 b) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981).

La sentencia del Tribunal Supremo 1113/2004 de 9 de octubre, recuerda que es arraigada la doctrina del Tribunal Constitucional como de ese Alto Tribunal, que establece que la presunción de inocencia es una presunción "iuris tantum" que exige para ser desvirtuada la existencia de una mínima y suficiente actividad probatoria, institucionalmente legítima producida con las debidas garantías procesales, que se ofrezca racionalmente de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado, todo ello en relación con el delito de que se trate de los elementos específicos que lo configuran. La presunción de inocencia, en cuanto arroja al imputado a lo largo del procedimiento hasta su finalización, solo puede ser enervada en virtud de la consecución judicial de una serie de pruebas legalmente practicadas con ajuste a todas las exigencias legales y de cuya fehaciente veracidad el órgano judicial queda absolutamente convencido. Estas pruebas de cargo deberán ser de tal índole e importancia que justifiquen fielmente la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional.





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 tutela 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.



Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, se ha señalado reiteradamente que si bien el Juzgador dicta sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio oral, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues solo la existencia de esa actividad probatoria de cargo puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el art. 24.2 de la CE. No basta, por tanto que se haya practicado prueba e incluso que se haya practicado con gran amplitud, ni es suficiente que los órganos judiciales y la Policía Judicial hayan desplegado el máximo celo en averiguar el delito e identificar a su autor. Como es sobradamente conocido, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 de la CE, cuando se condena a una persona sin prueba alguna de cargo, con prueba absoluta y notoriamente insuficiente o en méritos de una prueba ilegítimamente obtenida.

La carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras, y no a la defensa. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional ( STC 303/1993) sobre la presunción de inocencia la de que dicha presunción ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente (y nunca a la defensa) probar los hechos constitutivos de la pretensión penal ( STC 31/1981, STC 107/1983). Por otra parte, dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no sólo de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado ( STC 141/1986, STC 150/1989, STC 134/1991).

Si, ponderando las pruebas de distinto signo que ha presenciado, el juzgador llega a tener la certeza moral de la culpabilidad del acusado, su obligación es precisamente declararla.

Por otro lado señalar que desde hace tiempo se venía suponiendo que las irregularidades administrativas (en ocasiones sinónimos de corrupción) se identificaban con un determinado político y un concreto partido, sin embargo la práctica forense por lo que hace a los Ayuntamientos de San Bartolomé y sobre todo todo de Arrecife cuentan con un común denominador que nada tiene que ver con aquellos, y que se corresponde con el que fuera Interventor de ambos Ayuntamientos, el acusado Carlos Francisco Sáenz Melero, quién en su actividad profesional y con ocasión de la misma encontró una vía para la obtención de pingües e ilegales beneficios por más que en este caso, como anuncian los hechos probados, no haya existido una defraudación de los fondos públicos sometidos a su tutela, habiendo sido condenado en esta Sección en tres ocasiones anteriores, a saber:

- Procedimientos 45/17 (como el que ahora nos ocupa, pieza separada del denominado Caso Montecarlo) con sentencia de 21 de marzo de 2019, hechos que se remontan a 2001;
- En sentencia de 16 de septiembre de 2019 (pieza separada del caso Unión) procedimiento 91/2015 hechos de 2007 a 2009 y

En el procedimiento 71/14 (caso Proselan), con sentencia de 18 de enero de 2016 cometiéndose los hechos en el año 2008.

Para acabar con este preámbulo se han de resumir los hechos, en esencia, sostienen las acusaciones la confabulación de Carlos Lemes, en tanto que administrador de Instalaciones



Eléctricas Conejeras S.L. (en adelante "Inelcon" y Señalizaciones Eléctricas Conejeras S.L. (en adelante "Señalcon") con el Interventor de fondos, diversos/a concejales/a y diversos/a técnicos/a todos ellos del Ayuntamiento de Arrecife, para conseguir cuantiosos pagos de Este mediante la adjudicación directa de contratos en contravención de la normativa administrativa, fraccionando en ocasiones la prestación para no superar el límite del contrato menor, incluyendo partidas indebidas e incluso girando facturas que no se correspondían con prestación alguna.

## SEGUNDO. - SOBRE LA POSIBLE INDEFENSIÓN

Se invoca por alguna de las defensas la nulidad del procedimiento basada en la indefensión que a su juicio se ha ocasionado no esta de más transcribir parcialmente **Sentencia del Tribunal Supremo 351/19 de 9 de julio**

*"En cuanto a la alegación de indefensión, al respecto esta Sala ha dicho (Cfr SST 245/2012, de 27-3; nº 485/2012, de 13-6; 27-9-2011, nº 964/2011, que la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE , se concibe con la negación de la expresada garantía SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11 ).*

*Así, resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.*

*Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa ; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión , ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción(SSTC106/83,48/84,48/86, 149/87 ,35/89 , 163/90 , 8/91 , 33/92 , 63/93 , 270/94 , 15/95 ).*



*No basta , por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo ( SSTC 90/88 , 181/94 y 316/94 )”*

Por la defensa de Carlos Lemes Bermúdez se invocaron como causa de nulidad la acusación sorpresiva pues en su declaración como imputado (ahora investigado) solo se le imputó el delito de malversación, añadiendo en el acto del juicio que se le han recibido tres declaraciones, la última de ellas un día antes de incoarse el procedimiento abreviado.

Igualmente se invoca la falta de cualificación del perito Sr Adan Carmona, añadiendo su parcialidad al haberse interesado por el Ministerio Fiscal que fuera dicho perito el autor del dictamen

La falta de motivación del auto acordando el secreto de las actuaciones (de fecha 16 de agosto de 2012 y que obra al folio 9) fue el motivo de nulidad esgrimido por la defensa de Ángel Eduardo Lasso.

La defensa de Isabel Martín (alegaciones a las que se adhirió la defensa de Alberto Morales Betancor) igualmente señaló la acusación sorpresiva, añadiendo que a la misma se le mantuvo al margen de la investigación, habiéndosele recibido declaración dos días antes de dictarse el auto incoando el procedimiento abreviado, impidiéndole de esta manera el proponer diligencias de prueba.

Del mismo modo la defensa de Penélope Tabares señala la llamada tardía al procedimiento “1298 días después de incoarse el procedimiento”, dictándose el auto de apertura de la fase intermedia dos días después de su declaración “privándole de la posibilidad de participar en la instrucción”, añadiendo que “Se le ha privado de la posibilidad de interesar la práctica de diligencias de investigación que considere necesarias para su defensa”

Igualmente por la representación de Víctor Sanginés se alega que se le ha privado de participar en la instrucción pues las previas se incoan el 16 de agosto de 2012 y se le llama a declarar 4 años después y además la instrucción se cierra “apenas un mes después de haber declarado” y se estaban practicando diligencias “cuyo resultado podría haber influido en la naturaleza y alcance de las diligencias a interesar por mi mandante, por lo que era preciso esperar a su práctica para, tras el estudio conjunto de lo actuado, interesar la práctica de diligencias de investigación o en su caso, el sobreseimiento de la causa”

### **TERCERO.- Sobre las posibles nulidades, acusación sorpresiva.**

Por lo que hace a la “acusación sorpresiva” y al respecto del derecho a ser informado de la acusación nos dice la **Sentencia del Tribunal Supremo 652/2018 de 14 de diciembre**:

*“El cambio de calificación se conecta con el derecho a ser informado de la acusación, pero se considera que se trata de una relación instrumental, de forma que la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales ( SSTC 141/86 de 12 de noviembre, 11/92 de 27. 1 , 278/2000 de 27 de noviembre).*

*Y como señala STC 20/2003, de 10 de febrero, " debido a la instrumentalidad de este derecho*



con el derecho de defensa, es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión, de tal modo que si el defensor del recurrente estimaba que la modificación incluida en las conclusiones definitivas por las acusaciones era sorpresiva y, por ello, no le era posible defenderse adecuadamente de ella, debió solicitar, conforme al art. 793.7 LECrim, la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa" (por todas, STC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 15)

A la luz de estas consideraciones jurisprudenciales, si bien es cierto que en el caso que examinamos se produjo un cambio de calificación en el trámite de calificación definitiva, no por ello se produjo una lesión del derecho de defensa en tanto que nueva calificación versó sobre unos hechos (apropiación indebida) que fueron objeto de investigación en la fase de instrucción y también fueron objeto de prueba y debate durante el plenario".

Añade la **Sentencia 537/18 de 8 de noviembre**

"No se puede compartir el razonamiento rígido y formalista de la Audiencia. En materia de principio acusatorio lo importante no son fórmulas o dogmas, sino los principios y la realidad de si in casu se ha producido o no indefensión; si se ha sustraído a la defensa alguna cuestión que aparece sorpresivamente en la sentencia".

Del mismo modo nos recuerda la **Sentencia 193/18 de 14 de abril**:

"Por ello, hemos sostenido que una modificación de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión del derecho de defensa contradictoria, "pues si, como acabamos de recordar, no puede80 contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral" ( STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).

Ahora bien, como también afirmábamos en esta Sentencia, ha de recordarse que dicha vulneración no se produce con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FFJJ 4, 5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ 4; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas no suponen la vulneración del derecho de defensa ( STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4)".

Por fin dice la **Sentencia 344/19 de 4 de julio**

"En tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional, por todas en la STC 224/2005, de 12 de septiembre, diciendo: "Pues bien, como tiene señalado este Tribunal en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas del principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por cosa no puede



entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica, tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; y 120/2005, de 10 de mayo, FJ 5).

La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). De manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). Por otra parte, desde esta perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, la doctrina de este Tribunal ha señalado que el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales (STC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 15)".

O como dice de forma reiterada el Tribunal Constitucional

"A este respecto este Tribunal ha señalado que no toda variación del relato de hechos probados en relación con el relato de hechos atribuidos a los acusados por parte de la acusación está vedada al órgano judicial de enjuiciamiento, de modo que éste resulte estrictamente constreñido a asumir o no el relato de la acusación en todo o en parte, pero sin posibilidad de matizar o precisar dicho relato. Los derechos a la defensa y a ser informado de la acusación exigen que no se alteren los aspectos esenciales de tal relato con la inclusión de datos nuevos que no hayan sido objeto de debate y de discusión en el juicio y de los que, por lo tanto, no quepa afirmar que se dio oportunidad plena de contradicción" SSTC 145/2005 de 6 de junio FJ 5 y 247/2005 de 10 de octubre FJ 2".

Concluyendo el **Auto del Tribunal Supremo 505/22 de 28 de abril:**

"De forma que esta Sala (SSTS 276/2016, de 6 de abril o 760/2015, de 3 de diciembre), ha reiterado que sólo la exclusión expresa en el auto de apertura de juicio oral, impide a las acusaciones, integrar su objeto con hechos que hubiesen formado parte de la imputación en su momento, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en dicho auto no impide que pueda ser objeto de acusación, eso sí, siempre que del hecho



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 requieren un especial deber de tutela 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.



*estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo ( STS 386/2014 de 22 de mayo, con cita de la STS 179/2007 de 7 de marzo , 1532/2000, de 9 de noviembre )”.*

De este cuerpo de doctrina extraemos tres consecuencias básicas, la imputación, por más que se exija una calificación inicial, es de hechos; en segundo lugar esa imputación se plasma de manera inicial y no definitiva, en el auto de apertura de la fase intermedia y en los correspondientes escritos de conclusiones provisionales; y por fin la imputación se concreta de manera definitiva y vinculante para el Juzgador (en los términos antes expresados) en los escritos de conclusiones definitivas que pueden diferir de los provisionales (con las limitaciones que acabamos de ver). En consecuencia la falta de imputación inicial (y en una fase tan temprana de la investigación) de uno o más delitos, en modo alguno impiden la imputación posterior, si con respecto a los hechos, como es el caso, en los que se basa esta imputación, han sido objeto de la debida contradicción.

#### **CUARTO.- Sobre las posibles nulidades, imputación tardía**

En lo que hace a la imputación tardía respecto de algunas/o acusadas/o, no podemos sino constatar la misma, véase que a los folios 10049 y siguientes del Tomo XV consta la declaración de Víctor Manuel San Gines 16 de marzo de 2016. A los folios 10321 y siguientes del Tomo XVI se recoge la declaración de Penélope Tabares de 18 de abril de 2016, misma fecha de la declaración de de Isabel Martinón, folios 10326 y siguientes, fechas ciertamente avanzadas en el tiempo máxime cuando los hechos objeto de investigación resultaban meridianamente claros desde la denuncia inicial, que consta al folio 14 de las actuaciones y las diligencias de investigación efectuadas por el Ministerio Fiscal, tardanza de la que igualmente parece deducirse que la decisión de abrir la fase intermedia frente a estas/e investigadas/o ya se había tomado, pues no es que no solo Isabel Martinón se acogiera a su derecho a guardar silencio, sino que, además el auto incoando el procedimiento abreviado se dictara de manera casi inmediata el 20 de abril de 2016, folios 10409 y siguientes.

Ahora bien de esta tardía llamada al procedimiento no cabe derivar la indefensión material que exige la sanción de nulidad, obvio es que quién no forma parte del procedimiento no puede interesar diligencias, pero es aún más evidente que no se ha señalado ni una sola diligencia que no pudo ser practicada por esta tardanza “nos hubiera podido interesar” se dijo en el juicio, más no consta solicitud concreta alguna que se hubiera denegado, tan solo la imposibilidad de interesar el sobreseimiento que señaló la defensa de Víctor Sanginés, pero que, habida cuenta que por un lado frente al mismo se abrió (y celebró el juicio) y que por el otro una vez constatada la existencia de indicios de criminalidad no es obligado el agotamiento de la instrucción, tal solicitud hubiera sido denegada. Por fin tampoco obviar lo manifestado por la Ilustre representante del Ministerio Fiscal, desde el auto abriendo la fase intermedia a la celebración del juicio tan transcurrido más de seis años (el doble de tiempo del que duró la investigación), tiempo más que suficiente para instruirse en la causa y proponer, con suficiente conocimiento de causa, las pruebas a practicar en el acto del juicio.

Recordemos ahora lo dicho por el Tribunal Supremo en la **Sentencia 366/19 de 17 de julio** en los dos últimos puntos de su decálogo de la prueba:

*“9.- Debe explicarse la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio.*



Sin embargo, deberá estimarse la alegación por infracción del art. 850.1.º LECrim . cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

#### 10.- La trascendencia de la inadmisión.

La clave en la no práctica de una prueba se centra en lo que se denomina la trascendencia de la inadmisión a los efectos del ejercicio del derecho de defensa.

Debe, por ello, explicarse en el recurso cuál fue la trascendencia de la inadmisión, o de qué se privó a la parte probar que hubiera sido "decisivo" a la hora de conseguir un fallo distinto al que se dictó.

Así, como ya explicamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2017 de 2 Oct. 2017, Rec. 2291/2016 , "ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.... carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

#### QUINTO.- Sobre las nulidades, falta de motivación del auto acordando el secreto de las actuaciones.

Es constante la jurisprudencia, en relación al secreto de las actuaciones penales durante la instrucción -entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo 613/18 de 29 de noviembre de 2018 al decir que:

*"como toda norma limitativa de derechos fundamentales, debe ser interpretada de forma restrictiva, y por tanto efectuarse el correspondiente juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa en la fase de instrucción con la generosidad y amplitud que le reconoció la reforma del citado artículo 118 ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática, pues no debe olvidarse que la realización de la justicia constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico -- art. 1 C.E .--, por lo que es preciso establecer precauciones de salvaguarda cuando la intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar lugar a interferencias, manipulaciones u obstaculizaciones de investigación con riesgo de frustrar sus objetivos, en tal sentido STS de 19 de Octubre de 1995".*

Por ello la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta las circunstancias del caso y la finalidad de evitar rápidas reacciones defensivas con posible destrucción de pruebas, y que no cabe exigir el respeto escrupuloso de unos plazos pensados para la generalidad de los casos,





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 tutela 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.



especialmente cuando el acusado conoció con la debida antelación, respecto del juicio oral, cuanto podía perjudicarlo y pudo preparar su defensa con todas las garantías.

Y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/2001, de 26 de julio, recuerda que la posible vulneración de derechos constitucionales como consecuencia de que se hubiese acordado el secreto del sumario, como este Tribunal declaró en la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 de octubre, haciendo suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1983, casos Pretto y otros, y Axen; de 22 de febrero de 1984, caso Sutter).

Y en concreto respecto el derecho al proceso público reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sólo es aplicable al proceso en sentido estricto, esto es, "al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad". La publicidad del proceso protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (Sentencias del Tribunal de Derechos Humanos 8 de diciembre de 1983, caso Axen).

La publicidad de las actuaciones judiciales constituye, por su parte, un principio constitucional, que aparece recogido en el art. 120.1 CE con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones. Este es el caso de la legislación procesal penal, que parte de que el sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas "que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento" (arts. 301, 302 LECr.), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto, "por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario". Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el artículo 302 LECr., no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto.

La parte ha señalado el defecto de motivación del auto acordando el secreto de las actuaciones (y de sus sucesivas prórrogas de 14 de septiembre, folio 3350 y 11 de octubre de 2012, folio 335 deñ Tomo VI), más a este defecto no ha anudado ninguna consecuencia negativa para su derecho de defensa se ha concretado, sino que se ha limitado a poner de manifiesto esta falta de motivación. Ciertamente se acudió a un auto "de modelo" pero no lo es menos que ningún perjuicio se irrogó a la parte que denunció esta ausencia, y es que ninguno





existió pues entre el 16 de agosto, fecha de incoación de las diligencias previas 2141/132 y su coetáneo secreto y la del levantamiento del secreto, 24 de octubre de 2012, folio 3353, ninguna diligencia se practicó.

#### **SEXTO.- Sobre las nulidades, de los posibles defectos de la prueba pericial**

Por fin y en lo que hace a la pericial del Ser Adán Carmona obrante a los folios 3182 y siguientes y en lo que hace a la nulidad de la prueba, señala la **Sentencia del Tribunal Supremo 690/22 de 7 de julio**

*"Importa recordar, en este sentido, que como señalara, por ejemplo, nuestra sentencia número 476/2020, de 25 de septiembre: "...distinguiéndose entre infracciones infra constitucionales e infracciones que supongan la lesión de un derecho constitucional. Sólo estas últimas pueden dar lugar a la nulidad de la prueba ( STC 114/1984, de 29 de noviembre). Se señala que la nulidad de la prueba procede cuando se produce una vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba y no cuando las ilicitudes se producen en el momento de su admisión o de su práctica que quedan reconducidas, en cuanto a su posible dimensión constitucional, a la existencia de una garantía específica que resulte concretamente vulnerada o al juego general de "la regla de la interdicción de la indefensión" ( SSTC 64/1986, de 21 de mayo, FJ 2 , y 121/1998, de 15 de junio, FJ 6)". A su vez, nuestra sentencia número 838/2021, de 3 de noviembre, precisa que: "debemos recordar que es constante la doctrina que fija que la indefensión constitucionalmente prohibida es aquella que supone una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba, pues, como reiteradamente ha afirmado el TC (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio): "el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa ( STC núm. 25/1991, de 11 de febrero; también SSTC 1/1996, de 15 de enero; 219/1998, de 16 de noviembre)" . Decía el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1998 de 17 marzo, que "Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa ( STC 149/1998, FJ 3.º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados ( SSTC 155/1988, FJ 4.º; 112/1989, FJ 2.º) ".*

*En los mismos términos se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala (vid. STS 253/2017, de 6 de abril) indicando que para apreciar la existencia de una indefensión, con transcendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia, sino que debe constatarse un impedimento a la facultad de alegar y demostrar en el proceso los derechos propios para pretender su reconocimiento, o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción ( SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, o 15/95).*



Como sintetizábamos en nuestra sentencia 734/2010, de 23 de julio, la garantía constitucional de proscripción de indefensión puede resumirse en las exigencias de: a) Que sea real y efectiva, lo que no ocurre ante cualquier infracción procesal; b) que impida al titular el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; c) que sea ocasionada por el comportamiento del órgano jurisdiccional; d) que no quepa atribuir indolencia al propio titular del derecho; e) que se origine la imposibilidad de rectificación de procedimientos irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección. y f) que es carga de quien la alega su acreditación”

Ninguno de los defectos citados concurre en la pericia que nos ocupa, y es que, amen de que como bien se señala por la acusación popular el perito no ha sido recusado, las partes confunden la validez de la prueba, ninguna duda de esta prueba es perfectamente regular, con su valoración.

Y así nos dice la **Sentencia del Tribunal Supremo 527/21 de 16 de junio**

*“El motivo carece de contenido casacional. Los criterios técnicos empleados por los peritos pertenecen a su ciencia y son lo que permiten su valoración por el tribunal, en función, entre otros criterios, de la bondad de los criterios técnicos empleados en la confección del informe pericial. Es ese uno de los aspectos que deben ser objeto de indagación por las partes al tiempo de la realización de la pericia, interrogando a los peritos sobre la tecnicidad del informe pericial para posibilitar la calidad de la valoración. Se trata de preguntas a realizar a los peritos en la instrucción o en el juicio oral para conformar la tecnicidad del informe pericial y posibilitar su valoración, una vez acreditado la bondad del informe. Lo que no es factible es cuestionar, ahora en casación, la tecnicidad del informe, pues ese extremo, importante en la pericial, debió plantearse en la instrucción y juicio para indagar sobre la bondad de los conocimientos de los peritos y la realización del informe. Esta Sala carece, obviamente, de conocimientos precisos para afirmar si la técnica empleada en la pericial es, o no, la procedente, o si existe otras posibilidades de llegar a las conclusiones expuestas en la pericial, lo que sí constatamos es que la técnica empleada por los peritos no fue discutida por las partes, y sus conclusiones, junto a otras periciales fueron expuestas ante el tribunal que las ha valorado en la sentencia impugnada, admitiendo una parte de la pericial y rechazando otras, lo que aparece ampliamente motivado y conforma una valoración racional de la prueba”.*

Por tanto, en atención a lo expuesto, hemos de rechazar las causa de nulidad invocadas en consonancia con lo que ya dijo la Sección Primera de esta Audiencia, folios 11933 y siguientes del tomo XVIII, en el auto de fecha 25 de junio de 2019 resolviendo la apelación contra la incoación del procedimiento abreviado.

*“En cuanto a la nulidad pretendida por José Nieves, Isidro Hernández, Isabel Martín y Carlos Lemes, por no haber sido informados de la acusación en su declaración “se interroga a los mismos de manera detallada y minuciosa sobre los particulares fácticos relacionados en los hechos que se describen en la resolución recurrida.... A lo que hay que añadir que se les dió traslado de la causa, con lo que no alcanzamos a comprender el alcance de esa indefensión alegada.*



*En cuanto al cierre sorpresivo "la finalidad de la fase de instrucción no es otra que practicar aquellas diligencias probatorias encaminadas a la determinación de los elementos esenciales para la tipificación de los hechos y las personas presuntamente responsables de los mismos" añadiendo en cuanto a su queja sobre la imposibilidad de proponer diligencias "pero lo cierto es que ni siquiera concretan las diligencias o no justifican la necesidad y virtualidad de las solicitadas por vía de recurso, con lo que no alcanzamos a comprender la afectación que sugieren en cuanto de su derecho de defensa, pues este solo sería imputable a su propia pasividad.*

*Se podrá pues discutir si la repentina celeridad con que se dicta el auto recurrido, pocos días después de terminar las últimas declaraciones de investigados, está o no verdaderamente justificada en el marco de una instrucción que ha durado casi 4 años, pero con independencia de ello mal puede alegarse indefensión material cuando no se detallan las diligencias que era conveniente practicar y la necesidad de ella"*

**SÉPTIMO.-** Sentado lo anterior si debemos estudiar la posible falta de concreción del escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal (seguido al pie de la letra por la acusación particular y al que se adhirió la popular) nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo 355/22 de 6 de abril:

*"Más en concreto, y por lo que respecta a las proyecciones del principio acusatorio respecto del sustrato meramente histórico o fáctico de la acusación, cumple traer aquí a colación lo que ya señalábamos en nuestra sentencia número 817/2021, de 27 de octubre, con cita de la número 190/2017, de 24 de marzo. Puede leerse en ella: "El principio acusatorio...se manifiesta en todo proceso penal como la exigencia de una acusación previa por un órgano distinto del enjuiciador para que una persona pueda ser condenada. Luego es consecuencia necesaria de lo anterior el derecho a ser informado de la acusación que de esta forma se integra en el principio acusatorio ( artículo 24.2 CE), porque si no se conocen los hechos el acusado no podrá defenderse de los mismos ni contradecirlos. Desde esta perspectiva el contenido de la información es en primer lugar esencialmente fáctico en cuanto que los términos de la acusación necesariamente deben contener el hecho punible que constituye el objeto del proceso, relatando de forma accesible, clara y precisa un hecho concreto en relación con una persona y penalmente relevante, lo que determina la extensión del contenido del principio acusatorio también a la calificación jurídica imponiendo limitaciones al Tribunal sobre la misma. Por ello la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo proscriben las acusaciones implícitas o sorpresivas y advierte de la vinculación del principio acusatorio con el derecho de defensa, tutela judicial e incluso se relaciona con la independencia judicial puesto que si el juez se extralimita en relación con el hecho punible fijado por la acusación compromete su imparcialidad".*

En similar sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 34/2009 de 9 de febrero y 143/2009 de 15 de junio, precisan que"

*"al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga*



conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria ( SSTC. 12/81 de 10.4 , 95/95 de 19.6 , 302/2000 de 11.9 ). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" ( STC. 87/2001 de 2.4 ). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados ( SSTC. 36/96 de 11.3 , 33/2003 de 13.2 , 299/2006 de 23.10 , 347/2006 de 11.12 )".

En consecuencia, el principio acusatorio exige que la acusación sea clara y precisa respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse por no figurar en dicha acusación, por lo que es manifiesto que la base fáctica de la misma o hecho por el que se acusa tiene fuerza vinculante para el Tribunal, amén de la eficacia delimitadora de lo que es objeto del proceso, debiendo contener éste hecho todo el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfeccionamiento del mismo, la participación concreta del acusado, las circunstancias agravantes sean genéricas o específicas o constitutivas de un tipo agravado, y en definitiva, todos aquellos datos de hechos de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

De esta suerte la carencia de hechos en las calificaciones y actos de acusación, supone un serio obstáculo para llegar a un pronunciamiento judicial. Ciertamente es que las partes, no tienen obligación de consignar la totalidad de los hechos acaecidos sino sólo los que fueron definitivos y concluyentes como necesarios para dictar la sentencia o para, sin indefensión, permitir el legítimo derecho de defensa una vez establecidos los límites del objeto investigado. Ha de entenderse que la deficiencia formal existe no sólo cuando de manera absoluta no consten los hechos constitutivos de delito en los escritos de acusación , sino también cuando esa referencia se haya hecho, sin concretar, de manera genérica .

En esa misma línea argumental puede indicarse la íntima relación que la falta de claridad en los hechos, cualquiera que sea el ámbito o fase procedimental en que se proyecte, guarda con la indefensión en general, sin desconocerse que la proscripción de la indefensión, aparte de la expresa mención en el artículo 24 Constitucional, aparece igualmente conectada como efecto subsiguiente a las infracciones de los derechos fundamentales acogidos en dicho precepto. La indefensión se origina siempre que se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos. Y, sin perjuicio de que más adelante se traiga a colación nuevamente tal cuestión, resulta incuestionable que la ausencia de los hechos, a la hora de definirse una acusación criminal, lesiona irreversiblemente la tutela judicial efectiva cuando no el derecho del presunto acusado a ser informado convenientemente



de la acusación formulada contra él, dentro todo ello del contexto general del derecho a un proceso público con todas las garantías.

El principio acusatorio requiere, como garantía sustancial del proceso penal, que exista siempre en éste una acusación formal contra una persona determinada, pues no puede haber condenado sin acusación y obviamente sin hechos concretos no hay formal acusación.

En este sentido no cabe olvidar que el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala expresamente en cuanto al contenido del escrito de acusación que el mismo se limitará a determinar en la primera de sus conclusiones precisas y numeradas "los hechos punibles que resulten del sumario", por lo que es manifiesto que esta primera conclusión, de indudable relevancia, debe contener una descripción de tales hechos punibles de una manera concreta y sintética, ya que en realidad de la misma han de derivar las restantes conclusiones, puesto que, en efecto, de ella debe deducirse, como ha quedado dicho, qué delito se ha cometido, la participación del acusado, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en su caso y la pena que haya de imponerse al procesado, así como también la petición indemnizatoria, siendo por tanto un acto de postulación equivalente a la demanda en el proceso civil, de relevante trascendencia, pues, para la delimitación de la contienda entre la parte acusadora y el acusado.

Descendiendo a nuestro supuesto los escritos de conclusiones provisionales (elevados en su práctica totalidad a definitivos), efectúan un relato, en su hecho primero, un tanto genérico afirmando una vulneración de la normativa en materia de contratación administrativa (sin determinar la legislación sectorial aplicable) sin señalar en que ha consistido la misma, si bien se intuye al incluirse la contratación verbal o el fraccionamiento de los contratos, todos ellos calificados como menores y de servicios. Eso si no obstante esta genérica mención los escritos de calificación (singularmente el del Ministerio Fiscal que ha sido seguido al pie de la letra por el resto de las acusaciones) contiene una exhaustiva relación de las facturas objeto de acusación (sin perjuicio de que existan otras que también adolecen de defectos y por las que no se acusa como veremos más adelante) señalando los defectos de las mismas, bien arbitrariedad (eso si sin determinar el porque de este calificativo), bien por no comprobarse los trabajos, bien por la existencia de un sobreprecio del 22% al incluirse las partidas de beneficio industrial y gastos generales. Si bien esta relación de facturas "sospechosas" contiene ciertos errores (ciertamente disculpable en atención al volumen de facturas examinadas) y así las facturas que son objeto de acusación en el Hecho II.B.4) igualmente se incluyen en el Hecho III.

Del mismo modo se ha acusado a técnicos municipales por firmar facturas y otros (léase José Morales) han sido llamados al procedimiento como testigos, pese a firmar facturas por las que se acusa.

Cierto es, conforme a lo expuesto, que el escrito de acusación adolece de imprecisiones, vagamente expuestas en el párrafo precedente, sin embargo este defecto no ha impedido a las partes articular su defensa, por lo que tampoco cabe atender a esta causa de nulidad, es más, hubiera sido posible que la Sala verificara, conforme a la prueba practicada, la inexistencia de los servicios o el incumplimiento de la normativa sectorial, pero no solo no se ha verificado la inexistencia de la prestación, sino que, y como se desprende del relato de hechos probados y por más que sea anticipar la valoración, se ha acreditado lo contrario.



## **OCTAVO.- De los delitos objeto de acusación, prevaricación administrativa:**

Sin duda son conocidos los requisitos exigidos para la comisión de este delito, más no es ocioso recordarlos, así señala la **Sentencia del Tribunal Supremo 708/22 de 12 de julio**

*“La Sala ha descrito que el tipo penal precisa, no sólo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que:*

- 1) 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;*
- 2) Que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el Derecho, lo que puede manifestarse no sólo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino también por la falta de competencia para resolver o decidir entre las opciones que se ofrecen ante una cuestión concreta, o también por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que en todo caso la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y*
- 3) 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).*

*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 norma praxis 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 que encubre una decisión dictada por mero capricho de su autor, para imponer su voluntad en modo alguno alcanzable con ningún método aceptable de interpretación de la ley. Como señala la doctrina jurisprudencial ( Sentencias núm. 674/1998, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, 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...”.*

Añadiendo:

*“Como ya hemos indicado, 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. Como indicamos en nuestra STS 1658/2003, de 4 de diciembre, entre una jurisprudencia constante,*



*"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, dictando finalmente su decisión por anteponer su voluntad a cualquier otra consideración".*

En lo que hace al elemento subjetivo nos dice la **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (1ª) 121/22 fe 14 de julio**

*"No existe el delito cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria".*

Añadiendo:

*"Ahora bien, el delito de prevaricación solo puede cometerse dolosamente. Ni siquiera resultaría suficiente un dolo eventual. "A sabiendas" reza el artículo 404 enfatizando esa idea. Añade que "el tipo subjetivo del delito exige que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS núm. 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración".*

A mayor abundamiento nos dice la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 361/22 de 23 de junio**

*"Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues 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. De conformidad con lo expresado en la SSTS núm.766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado ( STS. 443/2008 de 1 de julio )".*

Y del mismo modo la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala Civil y Penal, 42/22 de 6 de junio** declara:

*"Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar*





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

Señalando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (1ª) de 21 de diciembre de 2021:

*Por tanto en modo alguno consta acreditado que concurra en los acusados el elemento subjetivo del delito de prevaricación y malversación por los que han sido acusados y tal déficit de prueba no podemos suplirlo con una genérica invocación a la doctrina de la ignorancia deliberada.*

*El Alto Tribunal es contundente cuando afirma en reiteradas sentencias, entre las que se hace eco la STS 57/2009 de dos de febrero, lo que a continuación transcribimos por su diaphanidad con respecto a los presupuestos que resultan exigibles para aplicar dicha teoría como fundamento de un pronunciamiento de condena:*

*“Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, desde la STS 1637/2000, 10 de enero, ha venido sosteniendo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias. Esta IDEA ha venido reiterándose en otros muchos pronunciamientos de los que las SSTs 446/2008, 9 de julio, 464/2008, 2 de julio, 359/2008, 19 de junio y 1583/2000, 16 de octubre, no son sino elocuentes ejemplos. Tampoco falta algún pronunciamiento que reacciona frente a lo que considera una contradictio in terminis, pues tales expresiones - ignorancia deliberada o de ignorancia intencional- no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe (cfr. STS 797/2006, 20 de julio).*

*Acaso convenga, sin embargo, no llevar esa IDEA más allá de lo que autoriza su propio significado. De lo contrario, corremos el riesgo de avalar un entendimiento de aquella doctrina que, por la vía práctica, ofrezca a los Tribunales de instancia un instrumento más que útil para eludir el deber de motivación respecto del tipo subjetivo y, sobre todo, obviar la prueba del conocimiento sobre el que se construye el dolo eventual. Y es que hoy nadie cuestiona, tanto desde las teorías cognitivas como volitivas del dolo, que sólo aquel que ejecuta la acción típica con alguna forma de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, puede hacerse merecedor de pena”.*

Si bien si admite la ignorancia deliberada la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 4313/21 en un supuesto similar al presente en la que se dice

*“...si el alcalde era consciente de su desconocimiento en materia de contratación pública, lo mínimo exigible, si su voluntad era hacer bien las cosas era haber consultado, aún verbalmente, cómo tenían que hacerse esas contrataciones, por lo tanto, si no realizó esa consulta siendo consciente de su desconocimiento en la materia, también ello fue deliberado y se situó en esa situación de ignorancia querida buscada de propósito, cuando bien fácil era*





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 tutela 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.



*haber consultado previamente, lo que revela un dolo en su actuar”.*

Cuando se trata de infracciones del procedimiento, los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales (**Sentencia del Tribunal Supremo 743/13 de 11 de octubre**).

En este sentido, las **Sentencia del Tribunal Supremo 18/2014, de 13 de enero y 152/2015 de 24 de febrero** indican que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen 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.

En esta misma línea, respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añadía la **Sentencia del Tribunal Supremo 743/13 de 11 de octubre** que el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados 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.

E igualmente la **Sentencia del Tribunal Supremo 507/2020 de 14 de octubre** recoge que cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento administrativo establece sobre el fondo del asunto, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución y, en este sentido, es reveladora de la tipicidad penal la elusión de los trámites esenciales (**Sentencia del Tribunal Supremo 331/2003 del 5 de marzo**).

Incluso aún cuando el servicio se haya prestado a satisfacción de la Administración, En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo 606/16 de 7 de julio** en un supuesto de negociado sin publicidad en el que se alegó por el recurrente que el trabajo contratado se realizó correctamente y a precio de mercado, se extrae que la adjudicación del contrato a una persona ya elegida de antemano no solamente es un acto ilegal, sino que constituye una arbitrariedad y esa adjudicación, con independencia del resultado lesivo, en sí misma no protege los derechos de la administración. EL tribunal Supremo absuelve por delito de fraude, pero mantiene la condena por prevaricación porque:



" es incuestionable que de antemano se había designado al amigo y correligionario como destinatario de la oferta de contrato. Así pues, no se han protegido los derechos de la administración al apartarse de la normativa que impide arbitrariedades, como la que se produjo.

De admitir tal conducta como atípica la autoridad o funcionario administrativo, en los contratos por menos de 30.000 euros, elegiría arbitrariamente al adjudicatario que tuviera por conveniente, prescindiendo de la normativa administrativa".

Advirtiéndolo la **Sentencia del Tribunal Supremo 638/22 de 23 de junio**

"es doctrina de esta Sala Casacional 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 de prevaricación. En este sentido, a pesar de que se trate de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. Así, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contenían, al igual que ahora en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito ( STS 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la STS 755/2007, de 25 de septiembre, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves".

Y en nuestra sentencia 246/16 de 16 de septiembre (antes citada como antecedente de la presente resolución (plenamente aplicable al caso que nos ocupa), dijimos:

".....Se ha de resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen 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 (Sentencias 18/2014, de 13 de enero y 152/2015 entre otras)".

**NOVENO.- Sobre los delitos objeto de acusación, malversación de caudales públicos.**



Señala la **Sentencia del Tribunal Supremo 444/22 de 5 de mayo** respecto de la malversación:

*"De acuerdo a la reiterada jurisprudencia de esta Sala el delito de malversación de caudales públicos tiene como presupuestos:*

- a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública;*
- b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material;*
- c) los caudales públicos han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y*
- d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo ( SSTs 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos ( STS 310/2003, de 7 de marzo).*

*En el hecho probado es clara la condición de funcionario público del detentador de fondos públicos, también de los cooperadores en el hecho, y es clara la condición de caudales públicos de los fondos dispuestos por la empresa pública. La realización de una contratación por esa empresa pública disponiendo de fondos públicos para la realización de una actividad inexistente, como es la función de coordinador de brigadas forestales, realizado con completo conocimiento de que el destino final del contratado era ajeno a la empresa pública que le contrataba, se subsume en el tipo penal de la malversación de caudales públicos, máxime cuando esa conducta se realiza para obviar la aplicación de una ley que delimita el acceso a la fusión pública a través de personal eventual de asesoramiento. El contratante, absuelto por prescripción del delito, recibió la cooperación del recurrente quien en todo momento dispuso del preciso dominio del hecho en la contratación ilícita e injusta para obviar las exigencias previstas en la ley.*

Si bien la **Sentencia del Tribunal Supremo 1143/20 de 19 de mayo** se ocupa de aclarar:

*"En este caso, la condena del recurrente como autor de un delito de malversación deriva de su actuación prevaricadora, de la que hemos hecho análisis al resolver el anterior motivo. Así lo explica la Sala de instancia en el fundamento de derecho noveno en el que afirma del acusado, "permitió la sustracción de caudales públicos en perjuicio de la cosa pública y en perjuicio de terceros". Todo ello en relación al pago de los 20.416 euros a que ascendió la factura por los trabajos que fueron adjudicados a Asesores Económicos Públicos, a través de una licitación amañada. Y se añade "se perseguía "formalizar", dar forma y pagar, por medio de la salida torcida de fondos públicos a favor de la empresa de Tomás, lo que finalmente se produjo y realizó materialmente el acusado Tomás, al preparar un procedimiento mendaz abocado a la extracción de fondos públicos, por lo que por este delito debemos dictar en su contra sentencia condenatoria".*

*No cabe duda que la actuación prevaricadora del recurrente fue dirigida a favorecer en la*



adjudicación los intereses económicos del también acusado Sr. Tomás a través de la empresa que regentaba, Asesores Económicos Públicos. Ahora bien, lo que no puede deducirse del relato de hechos probados que nos vincula, es que el material que habría de suministrarse a través de las distintas contrataciones que se describen, y en particular, en la que ahora nos interesa, careciera de interés, fuera innecesario o superfluo de cara a los intereses públicos. Siendo así, la sustracción de caudales públicos se habría producido en la medida que los trabajos adjudicados y abonados a tal empresa no se hubieran presentado; los realizados hubieran tenido un coste palmariamente inferior al abonado por ellos; o si la disposición de los mismos hubiera exigido un desembolso añadido. Sin embargo no consta que así fuera.

Con independencia de la irregularidad que la subcontratación pueda suponer desde el punto de vista administrativo, si el trabajo encargado se entregó, no puede deducirse que los intereses económicos de la Administración autonómica se vieron afectados, por lo que el delito de malversación queda descartado"

Como también señalan las Sentencias de las **Audiencias Provinciales de La Rioja 121/22 de 14 de julio y de León, 3ª. 117/22 de 7 de marzo:**

*"Pues bien, la aprobación y ordenación de pagos de facturas correspondientes a trabajos y servicios efectivamente realizados, no constituye apropiación propia ni de terceros. Téngase además en cuenta que el delito de malversación, antes de la reforma del Código Penal efectuada la Ley Orgánica 1/2015, asociaba y relacionaba directamente la malversación con la apropiación indebida, y no comprendía otro tipo de comportamientos como puede ser el "despilfarro", sin perjuicio de que esta conducta pudiera incardinarse en otras figuras delictivas, y que no será hasta la citada reforma cuando se incluya como conductas subsumibles en la malversación las que integran la "administración desleal".*

**DÉCIMO.- Sobre los delitos objeto de acusación, fraude a la administración y breve referencia a la falsedad.**

Por su parte el tipo objetivo del delito de fraude requiere la existencia de un concierto entre autoridades y funcionarios sin que sea necesario para su consumación la causación efectiva de un daño o perjuicio al patrimonio de la Administración, que de darse supondría una progresión delictiva hacia el delito de malversación de caudales públicos. No obstante, sí se viene a requerir que pueda objetivarse un riesgo o peligro concretos para dicho patrimonio.

O como dice la **Sentencia del Tribunal Supremo 657/21 de 28 de julio:**

*La Jurisprudencia de esta Sala ha destacado que el delito de fraude a la Administración exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la Administración, sin que sea precisa la existencia de un concreto perjuicio, sino que basta con la persecución del fraude por parte de los funcionarios públicos encargados de un proceso de contratación pública, que se conciertan con el interesado en la actuación administrativa ( SSTS 657/2013, de 15 de julio; 884/2013, de 18 de noviembre o 391/2014, de 8 de mayo).*

*Es en consecuencia, y como indica el Ministerio Público en su impugnación al recurso, se trata de un delito de simple actividad, con un elemento subjetivo del injusto que es identificado con la finalidad pretendida. La defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza, que se consuma por el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio de la entidad*



pública y sin que se requiera que el funcionario se haya enriquecido personalmente, ni que a la Administración se le haya dañado efectivamente su patrimonio. Se trata, por tanto, de un delito que protege tanto el lícito desempeño en la función como el patrimonio público y lo hace frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar al mismo.

En este sentido una reiterada jurisprudencia de esta Sala ratifica que la tipicidad en el delito de fraude se alcanza con la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de artificios con la finalidad de llevarlo a cabo ( SSTS 806/2014, de 23 de diciembre, 797/2015, a 13 de diciembre, 185/2016, de 4 de marzo, 613/2018 de 29 de noviembre)".

En el tipo subjetivo el concierto o artificio debe ir dirigido a defraudar a la Administración, lo que constituye un elemento subjetivo del injusto negándose la posibilidad de su comisión mediante dolo eventual y considerándose inaplicable el precepto cuando no conste el "propósito" defraudatorio en la conducta del autor (Entre otras **Sentencias del Tribunal Supremo 402/19 de 12 de septiembre 696/19 de 19 de mayo de 2020 o 149/20 de 18 de mayo**).

La Sentencia del **Tribunal Supremo 606/16 de 7 de julio** al analizar un caso en que un funcionario adopta la decisión de adjudicar directamente un contrato a un determinado empresario (por el procedimiento negociado sin publicidad o restringido) evitando la concurrencia de otros licitadores y, consecuentemente, su adjudicación al mejor postor, mantiene la condena por prevaricación pero revoca la condena por fraude separándose del argumento de la Audiencia basado en que el fraccionamiento irregular de una obra, servicio o suministro realizado con el fin de evitar la concurrencia de licitadores, siempre implica un perjuicio económico para la Administración contratante y por ello lleva aparejada la concurrencia del elemento subjetivo de este delito, aunque sea simplemente a título de dolo eventual, en la medida en que con la adjudicación directa se acepta el perjuicio económico derivado de la no concurrencia de aspirantes que se quiere evitar. El Tribunal Supremo excluyó el dolo eventual como suficiente para cometer el delito y consideró que ni había concurrido el elemento objetivo del perjuicio (no constaba en la sentencia recurrida que el precio de los suministros de sillas fuera superior al del mercado), ni tampoco se daba el propósito o la intención de causar perjuicio.

En el mismo sentido la citada **Sentencia 402/19 de 2 de septiembre** referida a un supuesto similar en que se juzgaba la adjudicación de una obra a un empresario sin la concurrencia de licitadores, excluyó la posibilidad de dolo eventual y no consideró suficiente para apreciar el tipo de fraude el que se dé una actuación funcional contraria al correcto desenvolvimiento de la función pública o al deber de fidelidad del funcionario, bienes jurídicos que quedarían ya tutelados con la aplicación del artículo 404 del texto punitivo.

Se recoge en ella (citando la antes referida 606/2016) que: " *si bien la jurisprudencia de esta sala estima suficiente para condenar por un delito de fraude, desde la perspectiva del elemento objetivo, que haya un riesgo de que se ocasione un perjuicio económico para la Administración derivado de la forma ilegal en que se hace la adjudicación de un contrato sin pasar por el procedimiento de licitación pública, lo cierto es que, al margen de ese requisito objetivo, también exige el subjetivo de que la adjudicación ilegal se haga con propósito de defraudar a la*



Administración, de modo que cuando ese propósito no consta probado, sino que solo se prueba la intención de favorecer a una determinada persona o empresa mediante un sistema restringido de adjudicación sin buscar un perjuicio económico para el ente público, la conducta no resultaría punible. (...) Las locuciones "propósito" e "intención" son las propias del dolo directo y no del dolo eventual. La expresión "para defraudar es considerada por la doctrina mayoritaria como un elemento subjetivo del injusto, elemento que no parece fácilmente compatible con el dolo eventual".

Concluye que " el mero hecho de tramitar un procedimiento ilegal de adjudicación de unas obras de geotermia con el fin único de que interviniera en ellas una empresa o empresas determinadas-como aquí sucede- es suficiente para aplicar el delito de prevaricación, pero no lo es para apreciar el delito de fraude por no constar acreditado el elemento subjetivo específico que recoge el propio tipo penal ".

También se recuerda en esta sentencia que " la interpretación del tipo penal del art. 436 ha presentado algunas mutaciones discordantes en el curso del tiempo, especialmente en la materia relativa al concurso de delitos, por lo que no puede extrañar que se generen en ocasiones algunas oscilaciones hermenéuticas en tan espinosa materia, no consiguiendo la jurisprudencia alcanzar siempre en la práctica la uniformidad deseable como ideal modélico a seguir, sobre todo en una materia donde el solapamiento entre los tipos penales es un problema que se presenta con asidua frecuencia".

En el mismo sentido cabe citar la **Sentencia del Tribunal Supremo 149/20 de 18 de mayo** conforme a la cual cuando el elemento subjetivo de que la adjudicación ilegal se haga con propósito de defraudar a la Administración no consta probado, sino que solo se prueba la intención de favorecer a una determinada persona o empresa mediante un sistema restringido de adjudicación, sin buscar un perjuicio económico para el ente público, la conducta no resultaría punible conforme a este delito.

Y en nuestra sentencia 264/20 de 2 de diciembre dijimos

*"La acción típica consiste en el «concierto», esto es ponerse de acuerdo con los «interesados», por lo que no basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo, momento en que se produce la consumación delictiva. Además, también es acción típica el uso de cualquier otro «artificio», esto es, de alguna «maquinación". En ambos casos, concierto o artificio, junto al «dolo» exige una intención final, esto es «defraudar» al Estado, Provincia o Municipio, considerado como «elemento subjetivo del injusto», que impide la comisión culposa del ilícito, y cuyo logro no es preciso para la consumación efectiva del mismo que, como antes se ha dicho, se produce en el momento del concierto o la realización de la maquinación ( STS de 14-5-1994 ).*

*El delito del artículo 436 del Código Penal no requiere que el funcionario se haya enriquecido personalmente, ni que el Estado haya sido sujeto pasivo de una acción que haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito, por el contrario, se consuma con el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio del Estado".*

Y respecto a la breve mención a la falsedad antes señalada, haremos una mención al bien



jurídico, en la medida en que mayores argumentos respecto a la falsedad en documento oficial y la falsedad en documento privado en modo alguno ha sido acreditada y así nos dice la **Sentencia del Tribunal Supremo 715/22 de 13 de julio**:

*“...para ello resulta imprescindible situarse en el análisis del bien jurídico, objeto de tutela en el artículo 392 CP, pues solo desde necesidades específicas de mayor protección puede justificarse tan desaventajado tratamiento penal respecto a otras conductas falsarias como, por ejemplo, la del artículo 395 CP -vid. STS 715/2020, de 21 de diciembre en la que se descarta la falsedad mercantil recaída sobre un contrato de préstamo porque, en una interpretación estricta del artículo 311 Cod. de Com, no se acredita que el dinero recibido fuera destinado a la financiación de actividades mercantiles-.*

*21. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala de lo Penal es constante en afirmar, ya sea desde posiciones extensivas o restrictivas del espacio de protección del artículo 392 CP, que lo que se pretende proteger con dicho tipo es la seguridad del tráfico mercantil.*

*Lo que sugiere con claridad que el bien jurídico protegido no es solo individual, sino que adquiere una proyección colectiva y social mucho más acentuada que con relación al protegido mediante el delito de falsedad en documento privado. Residiendo aquí, precisamente, la razón que justifica las necesidades de protección penal intensificada, anudando a su lesión un mayor reproche punitivo.*

*La anterior conclusión se refuerza si atendemos a un argumento sistemático. La conducta falsaria sobre el documento mercantil aparece mencionada en el artículo 392 CP junto a los comportamientos falsarios que recaen sobre documentos públicos y oficiales, equiparándose en sus consecuencias penológicas. Lo que sugiere, también con claridad, que las tres conductas comparten bien jurídico público y colectivo. No parece discutible que mediante la sanción de la falsedad de documentos públicos u oficiales se pretende proteger el interés general, la confianza de la ciudadanía, en el buen uso de las facultades o potestades reconocidas a determinadas autoridades o funcionarios para confeccionar documentos. Condiciones de confección presuntivas que son las que otorgan al documento falseado público u oficial la idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido y afectar a las funciones documentales con mayor intensidad”.*

## **UNDÉCIMO.- SOBRE LOS CONTRATOS MENORES**

Resulta necesario un somero estudio habida cuenta que todos y cada uno de los contratos se han tramitado como menores siendo de aplicación por razones temporales la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) que entro en vigor el 30 de abril de 2008, sin que sea de aplicación Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público pues su disposición transitoria primera señala:

*“Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.*

*1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.*



2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

la LCSP define en su artículo 6 a los contrato de obra como:

“1. Son contratos de obras aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante”

Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”

Y en su artículo 10 defina el Contrato de servicios.

“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”.

A su vez en su artículo 28.1 se dispone:

1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 97.1, carácter de emergencia.

Conforme al artículo 95 de la LCSP. Expediente de contratación en contratos menores.

“1. En los contratos menores definidos en el artículo 122.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. 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. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 109 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.

Y en el artículo 122 dice:

“3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95.

4. Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”.





Parquedad de trámites que ha generado infinidad de problemas de lo que ha sido conscientes el legislador en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y en concreto en su artículo 118 (parcialmente modificado por el Real Decreto Ley 3/20, legislación evidentemente no aplicable a nuestro caso.

Y por lo que hace a la factura el artículo 72.1 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dispone que en los contratos menores podrá hacer las veces de documento contractual la factura pertinente, que deberá contener los datos y requisitos establecidos en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales (hoy RD 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

Por tanto, en principio, los contratos menores debían cumplir conforme a la legislación vigente al tiempo de los hechos los siguientes requisitos:

Por razón de la cuantía, no pueden superar el importe establecido en la Ley.

Por la duración, no pueden tener una duración superior a un año.

No son prorrogables.

Si bien no hay unanimidad en la doctrina y en las Juntas Consultivas de Contratación sobre si deben o no exigirse más requisitos y, en su caso, como se acreditan esos requisitos sin perjudicar la agilidad en la contratación, por ejemplo cómo se acredita la capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación si sólo se presenta la factura.

Así en los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 40/95, 10/98, 12/02, se señala que:

*"... la interpretación literal de los preceptos conduce a la conclusión de que, para que un contrato sea menor basta atender a su cuantía y que respecto de ellos sólo serán exigibles la aprobación del gasto de la factura correspondiente, sin perjuicio de que en el contrato menor de obras se exija el presupuesto y el proyecto, este último cuando normas específicas lo requieran, debiendo significarse la utilización del adverbio "solo" equivalente a "únicamente" y la circunstancia de que cuando la Ley ha querido precisar la exigencia de otros requisitos lo ha hecho expresamente en el propio artículo 57 para el contrato menor de obras", lo que no obsta para que, en los informes reseñados, se reconozca la posible aplicación de determinados requisitos generales de los contratos previstos en el artículo 11 de la Ley, entre los que no figura la constitución de garantías definitivas (informe 12/02;), ni tampoco otros que no se mencionan expresamente en la Ley, como documento de formalización, por simple exclusión y omisión de su cita" (Informe 40/95, EDD 1996/51868)".*

En el mismo sentido, el informe 10/98 sienta:

*"... la conclusión, también mantenida por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 19 de julio de 1995, de que los contratos menores sólo o únicamente exigen para su celebración los requisitos establecidos en el artículo 57 y que la cuantía de los mismos no exceda de las señaladas en los artículos 121, 177 y 202 de la propia Ley. Por otra parte, en los citados informes de esta Junta se hacía la salvedad de que resultaba necesario el*



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 tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



*cumplimiento de otros requisitos de los contratos de los enumerados en el artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como la competencia, capacidad, objeto, precio, etc..., en cuanto resultaban definidores del propio contrato menor."*

Pero estas conclusiones contrastan con las que se señalan en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 40/95, en la que se señala:

*"... no deben excluirse, en principio, la aplicación del artículo 11 de la propia Ley (referido a la Ley de 1995), en cuanto establece los principios y los requisitos generales a los que deben ajustarse los contratos de las Administraciones Públicas. El artículo 11 señala en su apartado 1 que los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la misma Ley. En el apartado 2 fija los requisitos generales para la celebración de los contratos administrativos, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la misma. Pues bien, debe analizarse en primer lugar el alcance del requisito de exigencia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos menores para posteriormente examinar el cumplimiento de los requisitos generales. Respecto de la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia debe determinarse, en la precisión del apartado 1, las excepciones establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En el contexto general de la Ley podemos señalar que las únicas excepciones a la observancia del principio de publicidad son las contenidas respecto de los contratos menores en el artículo 57 y en la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad en los términos establecidos en los artículos 74, 79 y 93 para todo tipo de contratos y en los artículos 141, 183 y 211 respecto de los contratos de obras, de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios, respectivamente en lo que afecta al objeto de la consulta. En cuanto se refiere al principio de concurrencia las excepciones resultan de lo dispuesto en el artículo 57, que no requiere la concurrencia de ofertas, y en los artículos 74.4 y 141, 183, y 211 cuando la adjudicación del contratos solo pueda estar referida a una única empresa mediante el procedimiento negociado.*

*En segundo lugar, en cuanto se refiere al cumplimiento de los requisitos especificados en el apartado 2 del artículo 11 debe hacer una especial mención al carácter de éstos antes de comentar el alcance de la exigencia de su cumplimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 57. Los requisitos correspondientes a los apartados a) (competencia del órgano de contratación), b) (capacidad del contratista), c) (determinación del objeto del contrato) y d) (fijación del precio), necesariamente han de cumplirse por ser requisitos sin los cuales no puede celebrarse ningún contrato, ni podría, en el referente a la determinación del objeto, conocer ante que contrato nos encontramos, ni en lo referente al precio, si se trata de un contrato menor. Los requisitos correspondientes a los apartados e) (existencia de crédito adecuado y suficiente), g) (fiscalización previa de los actos de contenido económico) y h) (aprobación del gasto) no son consecuencia de la naturaleza propia del contrato sino de lo establecido en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas en el proceso de ejecución del presupuesto. Finalmente, los requisitos f) (tramitación de expediente con incorporación de los pliegos de cláusulas que regirán el contrato) e i) (formalización del contrato) son requisitos propios del sistema procedimental de los distintos contratos".*



Por su parte el Informe 23/04, de 7 de junio de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa destacó la doctrina expuesta por la Intervención General de la Administración del Estado (Informes de 5 de diciembre de 1985 y de 22 de septiembre de 1995) y por la propia JCCA (Informes de 19 de diciembre de 1985, de 13 de noviembre de 2001 y de 13 de junio de 2002) expresiva de que en los contratos menores, las circunstancias de capacidad, solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar han de cumplirse siempre, aunque no exista trámite específico para su acreditación, ya que esta doctrina se refiere a la fase de adjudicación de los contratos menores, no a la fase de ejecución o pago.

En toda actuación contractual se ha de aplicar como clave de bóveda la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno como ejes fundamentales de toda acción política. Así si los ciudadanos conocen las decisiones de los responsables públicos, cómo y con qué criterios se aplica el erario público aplicaremos un mecanismo real de responsabilidad en la actuación política. Pues bien debemos recordar de nuevo que el principio transparencia, en la actuación de la Administración pública tienen que ser objeto de respeto en su actuación reforzada por los objetivos delimitados en la Ley 19/2013 y las nueva Directiva 2014/24/UE, pues es un principio que de obliga observación en toda actuación contractual pública según la Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (Diario Oficial nº C 179 de 01/08/2006).

Todos estos requisitos, aunque referidos a la Ley de 1995, son plenamente trasladables a las leyes aplicables a los contratos que nos ocupan, por lo que, en la práctica, según estos Informes de la Junta Consultiva son requisitos de los contratos menores y no sólo la presentación de la factura. En cualquier caso esta discusión sobre la exigencia o no, de mayores requisitos, al no ser pacífica (en este sentido el informe nº 2/2009, de 18 de junio, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia niega que 167 sean necesarios otros mayores) trasciende el presente juicio. Y es que lo cierto es que los artículos citados de la LCSP sólo exigen dos requisitos para un contrato menor: la aprobación del gasto y la presentación de la factura. Y cuando por la naturaleza o por la complejidad el Legislador ha entendido que hacían falta más requisitos los exige, como ocurre en el caso del contrato menor de obras. Siendo la tendencia actual es considerar que para los contratos menores el expediente está formado por la aprobación del gasto por el órgano competente y la incorporación de la factura correspondiente, englobándose en estos documentos el resto de los requisitos contractuales.

Sentado lo anterior, el problema fundamental de los contratos menores, a pesar de la escasa documentación que forma el expediente, no surge sobre el precio o sobre la prestación, ejecución del contrato o sobre si el contratista tiene o no capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. El problema primordial es el de los fraccionamientos del contrato que buscan eludir, mediante la utilización de contratos menores, las normas de publicidad y concurrencia que establece tanto las Directivas Europeas como la normativa sectorial de contratación pública.

Cabe recordar que las leyes aplicables a los contratos que nos ocupan (como también las posteriores) señalan 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 lo que se sigue que la única intención que se tiene a la hora de fraccionar de manera indebida un contrato no es otra que evitar superar los límites cuantitativos y eludir los mayores controles que conlleva la tramitación ordinaria.

O como nos dice la **Sentencia del Tribunal Supremo 729/22 de 14 de julio**:

*"Además de la gravedad que conlleva el fraccionamiento, que posibilita la falsificación de autos, que en no pocas ocasiones conlleva acusación y condena aneja por prevaricación: "constituye un supuesto clásico de casuística referida a la prevaricación la burda artimaña de fraccionar por resoluciones administrativas las contrataciones a fin de burlar los controles a la voluntad de quien domina el procedimiento que conduce a aquellas contrataciones" ( STS núm. 229/2018, de 17 mayo). Supuestos similares los encontramos en las SSTS núm. 1160/2011 de 8 noviembre, núm.512/2015, de 1 julio ó núm. 257/2022, de 17 de marzo)".*

Y este sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa indicó en el Dictamen 69/08 que la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (Informe 57/2009, de 1 de febrero de 2010 JCCA).

En cualquier caso la transparencia en el contrato menor se enmarca en los previsiones del preámbulo tanto de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública como de la Ley 19/2013.

Advirtiéndose que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

Hay que tener en cuenta, además, que un contrato aunque pueda ser menor en atención a su cuantía, nada impide que se tramite mediante procedimiento ordinario (el vigente a la fecha de los hechos). Pero no a la inversa; es decir, no se puede fraccionar un contrato para que en lugar tramitarlo mediante procedimiento ordinario, se tramite en varios procedimientos menores.

Por ello, no suele considerarse como fraccionamiento cuando el objeto del contrato se realice por partes siempre que no den lugar a alteración de las normas de publicidad y concurrencia del procedimiento que deba aplicarse.

En este sentido, el Informe nº 14/2014, de 22 de julio (evidentemente posterior a los hechos<sup>9</sup>, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, considera que puede afirmarse que la suscripción de diversos contratos menores que podrían conformar el objeto de un único contrato no implicaría un supuesto de fraccionamiento irregular, si la misma adquisición mediante un único contrato también hubiera podido llevarse a cabo recurriendo a la suscripción de un contrato menor. Tal como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros, en el Informe 69/08, de 31 de marzo, la prohibición de



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 tutela 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.



fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato y, por este motivo, entiende que "no tiene que considerarse vetado por la Ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en qué no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad."

Igualmente La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe nº 57/09, recogiendo lo ya manifestado en el informe 69/08, se ha pronunciado en el sentido de que:

"...la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

Es decir, el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones)".

De conformidad con el criterio de la Junta es necesario distinguir entre las prestaciones que se configuran como unidades por su propia naturaleza, respecto de las cuales sólo cabe el fraccionamiento cuando se cumplan los requisitos estrictos de la Ley, y aquellas otras que tienen su propia individualidad y que por razones de índole práctica se pueden agrupar para su adjudicación en un solo contrato pero que admiten, sin menoscabo alguno, su consideración por separado, de tal forma que la ejecución de cualquiera de ellas no está condicionada por la ejecución de ninguna de las demás ni individual ni conjuntamente consideradas.

El problema es determinar cuándo las distintas prestaciones son susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado porque forme una unidad funcional.

La Junta de Contratación Administrativa del Estado en el informe citado (57/09) considera que son susceptibles de aprovechamiento independiente la instalación de puntos limpios en diferentes localidades de la provincia, considerando que no es tarea que sea obligado realizar de forma conjunta y simultánea en todas ellas, sino que es perfectamente admisible la posibilidad de que su instalación se efectúe en diferentes etapas e incluso por diferentes adjudicatarios.

Por el contrario, en el Informe nº 30/12 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, considera que la defensa genérica del Ayuntamiento en juicio tiene una unidad de



carácter funcional, lo que exige celebrar un único contrato de defensa judicial del Ayuntamiento y no uno por cada juicio que se celebre.

A la Junta Consultiva en este informe no le parece apropiado celebrar un contrato para cada uno de los juicios que tenga el Ayuntamiento sino que debería hacerse un contrato que englobase todos los juicios en que participe en un período de tiempo determinado. Así, el objeto del contrato es la asistencia en juicio de la entidad, sin que sea correcto afirmar que tal objeto pueda ser cada uno de los juicios celebrados, máxime cuando todos ellos se adjudican al mismo abogado. Existe así una unidad en las necesidades que se satisface con este contrato, una sola prestación y un solo servicio a cumplir, como es la defensa jurídica del Ayuntamiento, por lo que apreciar que cada juicio puede constituir un objeto supondría una ruptura no justificada del objeto del contrato, puesto que la defensa en juicio no es ocasional o esporádica sino que se da de manera regular y continuada en el tiempo.

En el informe 31/12 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, ante la consulta de si resultaría conforme con la Ley el dividir el objeto de un contrato de obras, que tiene como finalidad la reparación de las aceras del Ayuntamiento consultante, a razón de atribuir cada tramo a una empresa de ese municipio, con la intención de favorecer a las PYMES de esa localidad, la Junta considera que:

“...en el caso concreto, el contrato de obras adjudicado presenta una unidad funcional, como es la reparación de las aceras de la ciudad. El hecho de que se divida en lotes obedece a la única finalidad de que se beneficien a las pequeñas empresas de ese municipio. Esta finalidad por sí sola, no justifica que se proceda a dividir el objeto del contrato, rompiendo esa unidad funcional, por lo que deben respetarse las reglas generales de adjudicación de contratos, en cuanto a la publicidad, la concurrencia y el procedimiento a seguir, que serán las correspondientes a la totalidad del objeto del contrato adjudicado, esto es, al conjunto de todas las reparaciones previstas, sin que resulte válido, en opinión de esta Junta Consultiva, que se puedan adjudicar los contratos por separado.”

Sin embargo, la Junta Consultiva comienza a cambiar de criterio en este caso, mediante informe nº 12/15, de 6 de abril de 2016, en el que considera necesario:

*“...revisar la interpretación dada en el pasado por ella al artículo 86.3 del TRLCSP en atención al nuevo contexto (...). Concretamente nos referimos al nuevo contexto normativo que mediante diversas iniciativas a nivel comunitario y a nivel nacional pretende mejorar las políticas de apoyo institucional al emprendimiento y, por lo tanto, a las PYMEs. Cabe destacar a nivel europeo la Estrategia Europa 2020 que tiene como 170 objetivo último convertir a la UE en una economía inteligente, sostenible e integradora mediante la profundización en el objetivo del mercado único, y dentro de éste mediante la mejora del acceso de las PYMEs al mismo y el fomento del espíritu emprendedor. Y a nivel nacional cabe destacar, entre otras iniciativas, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Es en relación con este contexto cómo la Junta Consultiva debe reinterpretar el artículo 86.3 del TRLCSP, en el sentido de flexibilizar su aplicación, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil.*”

En resumen esta Junta Consultiva considera que en atención al nuevo contexto la finalidad de



favorecer el acceso de las PYMEs a la contratación pública debe ser considerada como una justificación válida para que los órganos de contratación puedan proceder a realizar una división en lotes del objeto del contrato amparándose así en el supuesto que contempla el artículo 86.3 que reza “siempre que (...) así lo exija la naturaleza del objeto”. Ello sin perjuicio de la obligada aplicación del último párrafo del artículo 86.3 del TRLCSP en cuanto a que las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 de la citada Ley.

A mayor abundamiento esta interpretación viene avalada por el nuevo enfoque que la Directiva 2014/24/UE introduce para la división en lotes (en su artículo 46). Esta entró en vigor en abril de 2014 y forma parte del “nuevo contexto” antes referido, aun cuando su plazo de transposición no expire hasta el próximo 18 de abril. De hecho la misma en su considerando (2) explica que ésta es el resultado de una revisión de las normas de contratación comunitarias que trae causa de la Estrategia Europa 2020, por lo que tiene entre sus objetivos el facilitar la participación de las PYMEs en la contratación pública.

La Directiva 2014/24/UE en sus considerandos aclara que la misma “persigue la finalidad de facilitar la participación de las PYMES en la contratación (considerando (2)); y que “debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de la PYME (...)”. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes (...)”, salvo cuando “(...) el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia; o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato” (considerando (78)).”

En el informe 7/12 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, considera que:

*“...el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley señalado. Por todo ello no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato 171 dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.*

*Cuando conforme al criterio anteriormente expuesto proceda integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, solo cabrá la división en lotes si concurre alguno de los supuestos legalmente previstos en el apartado tercero del artículo 86 del TRLCSP. Los referidos supuestos son dos, el primero de ellos se refiere a la necesidad de que cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya por sí solo una unidad funcional y el segundo es el relativo a la naturaleza del objeto, el cual que deberá interpretarse en el sentido de que se permitirá la división en lotes cuando las propias cláusulas del contrato*



*o la finalidad que se pretende conseguir con él lo exijan.”*

En el mismo sentido, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en la que realiza una apuesta por las PYMEs, de tal manera que en su considerando (59) y (78) manifiesta que:

“(59) En los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

(78) Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.”

Dicho esto, la Directiva continúa prohibiendo el fraccionamiento del objeto de los contratos, en su considerando (20) manifiesta que:

“(20) A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería,<sup>172</sup> siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada.”

Como conclusión, en la actualidad el criterio que menos margen de error provoca es