

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **5**

Fecha: **15/11/2022**

Nº de Recurso: **49/2022**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00416/2022

-

C/ LALIN Nº 4-1º VIGO

Teléfono: 986 817162-63

Correo electrónico: seccion5.ap.pontevedra@xustiza.gal Equipo/usuario: RG

Modelo: N85850

N.I.G.: 36057 43 2 2021 0007487

Delito: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

Contra: Hilario

Procurador/a: D/Dª MARIA MERCEDES PEREZ CRESPO Abogado/a: D/Dª TOMAS SANTODOMINGO HARGUINDEY

SENTENCIA Nº 416/2022

=====

d. LUIS BARRIENTOS MONGE

ña. VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE

d. JOSÉ RAMÓN SÁNCHEZ HERRERO

=====

En Vigo, a quince de noviembre de dos mil veintidós.

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección 005 de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el nº 49/2022, procedente de DILIGENCIAS PREVIAS PROCEDIMIENTO ABREVIADO nº

1239/2021 del XDO. DE INSTRUCCIÓN N. 2 de VIGO y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO ABREVIADO por el delito de PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA, contra Hilario

representado por la Procuradora DÑA. MARIA MERCEDES PEREZ CRESPO y defendido por el Abogado D. TOMAS SANTODOMINGO HARGUINDEY.

Siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal y como ponente la lltma. Magistrada Dª. VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se instruyeron por un presunto delito de PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA y practicadas las oportunas diligencias se convocó a las partes a juicio oral, que se celebró en el día de su fecha, y a cuyo acto comparecieron quienes se relacionan en el acta levantada al efecto.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite previo al juicio oral, añadió en la segunda conclusión de su escrito de conclusiones provisionales que los hechos son constitutivos de un DELITO CONTINUADO DE PREVARICACIÓN del art. 404 y 74 del CP

en relación con el art. 37.1, 118, 155 y 214 y ss de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público y art. 187 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local.

TERCERO.- Por la defensa del acusado se solicitó la libre absolución de su patrocinado por no ser los hechos objeto de las presentes actuaciones susceptibles de ser tipificados como delito.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Hilario- mayor de edad -en su condición de alcalde de la entidad menor de Bembrive, cargo que ostenta desde el 4-07-2019, actuando con la intención de atentar contra los principios de transparencia, libre concurrencia e igualdad de oportunidades y a sabiendas de su ilegalidad, en ejecución de un mismo plan, adjudicó durante los años 2019 y 2020 de forma directa y sin cumplir el procedimiento legal para contratos de suministro superiores a 15.000 euros, excluido el IVA, el suministro de sidra necesario para celebrar la fiesta de la sidra directamente de la empresa SIDRA ANGELON SL.

Como la adquisición de esta se elevó en el año 2019 a la cuantía de 120.000 euros y en el año 2020 a 130.000 euros, el acusado fraccionó el abono en diversas facturas, de las cuales, sin embargo, también superaban la cantidad de 15.000 euros.

2

Tras presentar cada una de las facturas a la Sra. Interventora para su abono, ésta formulaba de forma continua reparo suspensivo por tratarse de una adjudicación verbal sin base en contrato administrativo que sustente dicha contratación, no someterlo a su fiscalización previa y por prescindir totalmente del procedimiento previsto para la contratación de suministros que excedan de 15.000 euros.

De forma sistemática el acusado levantaba el reparo suspensivo y ordenaba el pago.

Concretamente y a sabiendas del carácter ilícito, realizó las siguientes contrataciones directas y con fraccionamiento y ordenó los siguientes pagos:

- Gasto 2020/66000269 por importe de 17.908,20 euros (resolución de fecha 17 de septiembre 2020, factura A- 1258).
- Gasto 2020/66000278 por importe de 14.632,31 euros (resolución de fecha 22 de septiembre de 2020, factura A- 1281).
- Gasto 2020/66000282 por importe de 16.722,64 euros (resolución de fecha 28 de septiembre de 2020, factura A- 1295.)
- Gasto 2020/66000284 por importe de 16.722,64 euros (resolución de fecha 2 de octubre de 2020, factura A- 1303).
- Gasto 2020/66000286 por importe de 16.722 euros (resolución de fecha 6 de octubre de 2020 factura A- 1312).
- Gasto 2020/66000288 por importe de 7.297,68 euros (resolución de fecha 21 de octubre de 2020, factura A- 325).
- Gasto 2020/66000289 por importe de 16.722,64 euros. (resolución de fecha 21 de octubre de 2020, factura A- 1325).
- Gasto 2020/66000298 por importe de 16.722,64 euros. (resolución de fecha 27 de octubre de 2020, factura A- 1363).
- Gasto 2020/66000306 por importe de 15.983,44 euros. (resolución de fecha 4 de noviembre de 2020, factura A- 1434).
- Gasto 2019/66000233 por importe de 16.722,64 euros. (resolución de fecha 17 de septiembre de 2019 factura A- 1489).

3

- Gasto 2019/66000234 por importe de 13.609,86 euros. (resolución de fecha 18 de septiembre de 2019, factura A- 1492).
- Gasto 2019/66000237 por importe de 16.722,64 euros. (resolución de fecha 23 de septiembre de 2019, factura A- 1518).
- Gasto 2019/66000238 por importe de 16.722,64 euros. (resolución de fecha 26 de septiembre de 2019, factura A- 1520).
- Gasto 2019/ 66000239 por importe de 16.722,64 euros. (resolución de fecha 27 septiembre de 2019, factura A- 1530).
- Gasto 2019/66000241 por importe de 16.722,64 euros. (resolución de fecha 1 de octubre de 2019, factura A- 1626)
- Gasto 2019/6000243 de por importe de 16.722 euros. (resolución de fecha 4 de octubre de 2019, factura A- 1629).
- Gasto 2019/66000244 por importe de 9.638,53 euros. (resolución de fecha 9 de octubre de 2019, factura A- 1630)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- El art. 404 CP castiga a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

Según pacífica doctrina jurisprudencial (por todas, SSTs 18/2014, de 23 de enero y 152/2015, de 24 de febrero, así como las que éstas citan), el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al Derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Tal como se estableció en la STS 82/2017, de 13 de febrero, se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

4

(art. 9.3 CE). Se pretende en suma garantizar el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto.

Para apreciar la comisión de un delito de prevaricación, en definitiva, será necesario según constante y reiterada jurisprudencia que concurren los siguientes elementos (SSTs 442/2022, de 5 de mayo, 441/2022, de 4 de mayo, 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre):

1) Una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo:

A) en cuanto a la resolución, viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general; y

B) al tratarse de un delito especial propio, los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de funcionario público ampliada aquí a toda persona que participe del ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular (art. 24 CP). Este delito se comete no solamente por los funcionarios que ejercen en un órgano unipersonal, sino también por todos los que, ostentando esta condición, están integrados en un órgano colegiado, bien en su condición de presidente o de simple miembro de la corporación, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal de la prevaricación, es decir, que sus voluntades confluyan en la formación de la resolución injusta o arbitraria. A dicha cualidad de funcionario público se sobreañade la exigencia de que tenga facultades decisorias

5

y, en fin, las personas que se puedan encuadrar como sujetos activos tienen o deben tener un conocimiento especial de sus funciones y de las materias sometidas o entregadas a su competencia.

2) Que la resolución sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal, y no obstante, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona en el delito de prevaricación (SSTS 18/2014, de 23 de enero y 152/2015, de

24 febrero, así como las que citan). La arbitrariedad aparece "cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada - desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable" (STS 743/2013, de 11 de octubre).

Así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS 2340/2001, de 10 de diciembre, 766/1999, de 18 de mayo y 4-12 y 23-5-1998).

Pero esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento, en la carencia de los elementos formales indispensables o en el propio contenido sustancial de la resolución por la total ausencia de fundamento, ha de ser de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable (SSTS 1658/2003, de 4 de diciembre, 76/2002, de 25 de enero o 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo).

6

Es decir, para que dicha infracción de la norma administrativa encaje en el tipo penal tiene que ser palmaria y evidente, de tal manera que se convierta en manifiestamente injusta. Tiene que existir una certeza o convencimiento común sobre la ilegalidad cometida.

Se precisó en la STS nº 179/2021, de 2 de marzo, que la omisión del procedimiento legalmente establecido, como una de las modalidades en que puede materializarse una resolución injusta y que puede dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, tiene su razón de ser en que las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la triple finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de aval del orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones (SSTS 18/2014 de 13 de enero y 152/2015 de 24 de febrero).

Sin embargo, la afirmación anterior debe ser matizada. No toda nulidad procedimental tiene relevancia penal. Por ello, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, han precisado que la prevaricación no se produce por la omisión de cualquier trámite sino, en su caso, por la omisión de los trámites esenciales del procedimiento, siempre que tal omisión vaya acompañada de los restantes elementos que configuran la conducta típica.

Cuando se omiten los hitos esenciales del procedimiento administrativo no sólo se produce una irregularidad formal sino que se desactivan los controles que el propio procedimiento administrativo establece para

asegurar que la decisión se sujete a los fines que la Ley establece. Por ello, la elusión de los trámites esenciales constituye una forma de prevaricación. (STS n° 331/2003, de 5 de marzo).

Tratándose del fraccionamiento de los denominados contratos menores de la administración pública para eludir los requisitos legales una amplia jurisprudencia indica que estaríamos ante un supuesto característico de **prevaricación**. Así, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2022, núm. 441/2022, nos dice: " En definitiva, fraccionar 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 corresponda reúne todos y cada uno de los requisitos del delito de **prevaricación**, en la medida en que se trata de una decisión administrativa con efectos jurídicos (la tramitación de una serie de contratos menores en lugar de un contrato ordinario, todos ellos iniciados con su "conformidad" como Concejal Delegado del Área) que se realiza infringiendo groseramente las más elementales reglas que rigen en el ámbito jurídico en el que se adopta".

7

(En este mismo sentido , las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2022, núm . 257/2022; 17 de noviembre de 2021, núm . 885/2021 y 14 de octubre de 2020, núm . 507/2020, que señala que "La STS. 259/2015 condenó por prevaricación en un caso en que se fraccionó un contrato de suministro , dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado , que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del mismo , vulnerando con ello lo dispuesto en el art 74 de la Ley de Contratos del Estado , y además una vez reconducida fraudulentamente la adjudicación al procedimiento de contrato menor , con menores requisitos y garantías , también se vulneraron las limitadas exigencias de éste , al encargar a su único contratista , seleccionado caprichosamente , la presentación de tres presupuestos distintos supuestamente de diferentes empresas , los que arbitrariamente elegidos debían procurar que las condiciones por el acusado ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración , con el fin de asegurarse la adjudicación aparentando la concurrencia de contradicción . Pura ficción al servicio del fraude que mereció condena por prevaricación y falsedad documental".)

4) Tal resolución ha de ocasionar un resultado materialmente injusto, entendiéndose cumplido este requisito cuando existe una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico, o la resolución que se dicte en un procedimiento administrativo lo sea sin cumplir lo que legalmente está preceptuado con carácter esencial.

5) (6) Que la resolución se dicte por el funcionario "a sabiendas " de su injusticia , como señala la STS 781/2022 de 22 de septiembre , reiterada jurisprudencia , por todas STS 441/2022, de 4-5, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución . Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente , pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia , el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución . De conformidad con lo expresado en las SSTs núm . 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas " , se puede decir , en resumen , que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario , teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto , actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración , esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio).)Que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del Derecho.

8

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.

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 señalan la STS 152/2015, de 24 de febrero o la 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

SEGUNDO- A la hora de determinar si es o no atribuible al acusado Hilario una conducta constitutiva del mencionado delito continuado de prevaricación administrativa del que es acusado se estima pertinente comenzar destacando aquellos hechos que han quedado indubitadamente acreditados a la luz del resultado arrojado por la prueba practicada en el juicio oral.

Así en su declaración el acusado reconoció su condición de alcalde de la entidad local menor de Bembibre desde el 4 de julio de 2019, que cuando llegaron preguntaron cómo se hacía la Fiesta de la Sidra, que era en octubre, porque eran nuevos. Que hablaron con la Interventora y les dijo que había que seguir un procedimiento, pero había varias opciones para hacer la fiesta: llevar a cabo un procedimiento de licitación pública o levantar el reparo, que ella creía que había que hacer un procedimiento de licitación pública pero que también era una opción legal levantar el reparo. Que en los años 2019 y 2020 se contrató la sidra para la fiesta con Sidra Angelón SL, que habló directamente con la empresa sobre la cantidad de sidra... que en 2019 habilitaron ellos una cuenta a nombre de la entidad local menor, y sabe que en los años 2019 y 2020 los vecinos ingresaron cantidades de dinero, que a partir de Santiago la gente hacía un ingreso por el precio del número de cajas que querían, que ellos le ingresaban en la cuenta de Sidra Angelón SL, le transfieren el dinero y ellos le entregaban la sidra al vecino correspondiente, que no se utilizaban los fondos de la entidad menor, que cuando llegaba el camión ellos lo descargaban, el vecino traía el justificante, se comprobaba en la cuenta la reserva y se le entregaban las cajas, señalando que las reservas de los vecinos figuran a las páginas 108 y ss del informe pericial de la defensa, que se utilizó la cuenta de la entidad como si fuera la de la comisión de fiestas, la interventora le dijo que podía hacerlo así, también ella le ponía la razón del reparo.

9

Exhibida la documentación obrante a los folios 20 a 25 ambos inclusive manifiesta que hay un reparo suspensivo de 17-9-020 en relación a la justificación del gasto, los justificantes de gastos figura al folio 22, indicando el acusado que es eso porque se paga con la cuenta de la entidad pero que el dinero no es suyo sino de los vecinos, y la factura al folio 22vto, reconociendo el sello de la entidad y su firma así como el gasto de la factura y manifestando que con el sello y la firma daba la orden de pago, y a los folios 23 a 25, señala que se advierte en el reparo sobre la necesidad de realizar un expediente.

La testigo Dña. Carolina, vocal de cultura en la entidad local menor y que estaba con el acusado en el grupo de gobierno, corrobora la declaración del acusado en cuanto afirma que después del año 2020 se crea una asociación de fiesta de la sidra que es la que compra la sidra, y que antes de 2019 el procedimiento era depositar los vecinos el dinero en una cuenta bancaria que no era la de la entidad local menor dos meses antes de la fiesta y luego se les daban las botellas, en que son ellos los que llaman por teléfono a la empresa y hablan con ella de forma verbal, y en que el asesoramiento que tenían era la interventora, con la que tuvieron conversaciones y que les dijo que no era esa la forma correcta de hacerlo, pero que se podía levantar el reparo.

Niega, sin embargo, la testigo lo que admite el propio acusado respecto de que la interventora les dijo que tenían que acudir a un procedimiento de licitación pública, manifestando también desconocer la razón de que en el año 2020 no se hubiera modificado la forma de actuar pese a siete reparos de la interventora, y explica que se llevaba comprando la misma sidra desde hacía veintitantos años, hecho este último que también afirma el testigo D Remigio.

La testigo-perito Dña. Felicísima, secretaria interventora de la entidad local menor durante los años 2019 y 2020, señala que el 4 de julio de 2019 toma posesión Hilario y tiene varias reuniones con el alcalde y la corporación que le preguntaron cómo tenían que hacer para comprar la sidra, y al informarle a ella que el contrato iba a ser de 120.000€les dijo que tenían que ir a un procedimiento abierto de licitación pública, pero el alcalde le dijo que todos los años había sido la misma sidra la que compraban, y ahí empezaron a darle vueltas a cómo podían comprar esa sidra legalmente, ella le explicó que eso no era viable y el alcalde le dijo que quería que todo pasara por la cuenta de la entidad.

Exhibido el folio 108 del informe pericial de la defensa, reconoce la cuenta como de titularidad de la entidad local menor, son los ingresos de los vecinos, la idea de que los ingresos estuvieran en esa cuenta es del alcalde, ella considera que la compra es un contrato administrativo y que los ingresos podrían hacerse en esa cuenta, pero que tenía que haber un precio público, una vez ingresadas las cantidades en la cuenta pasan a ser caudales públicos y por ello es preciso realizar una licitación pública .

10

Exhibidos los folios 20 al 25, manifiesta que es un reparo a los folios 23vto al 25 vto en relación con este gasto. Que realizó 17 reparos suspensivos, y, preguntada en relación a las infracciones que advertía, manifiesta que, respecto de la primera factura, la factura excedía del importe de la contratación menor que es de 15.000 € conforme al art. 118. En la segunda factura el importe individual no excede pero existe un fraccionamiento

del objeto del contrato, porque es del día siguiente a la anterior, el mismo proveedor y el mismo objeto; y es adjudicación realizada de forma verbal cuando se exige un contrato público escrito e informe previo de fiscalización, que el procedimiento público requiere de fiscalización, que el procedimiento legal es el previsto en la Ley de Contratos del sector público, y la legalidad sería seguir ese procedimiento; preguntada sobre la posibilidad, la legalidad de levantar el reparo, indica que el reparo está previsto legalmente, es una figura que el interventor debe interponer si la resolución no se adecua, pero que eso no convalida la actuación, que son actuaciones nulas y no convalidables. Que el que se ingresaran las cantidades en la cuenta de la entidad en nada afecta a sus conclusiones, y que cuando realizó los reparos ella conocía los ingresos en la cuenta de la entidad local, y que si se hubiera hecho la licitación pública se podría haber ingresado el dinero en la cuenta de la entidad local sin problema. Preguntada si la entidad local podía intervenir como intermediario para adquirir la sidra, responde que ella no vio el contrato porque no había contrato en sí, y de ahí el reparo. Que el art. 39 de la LCSP indica como causa de nulidad absoluta el prescindir del procedimiento.

Que la contratación fue a Sidra Angelón SL y los ingresos son previos a la fiesta de la sidra.

De la prueba documental practicada, singularmente: de las facturas emitidas por Sidra Angelón SL se desprende que las facturas de compra de la sidra correspondientes a 2019 y 2020 fueron emitidas a la Entidad Local Menor de Bembrive como receptor.

De las resoluciones de la Alcaldía en las que se resolvía reconocer la obligación derivada del gasto al que se refería el expediente y ordenar el pago correspondiente, en el "Resultando" se decía literalmente: "que os subministros que se documentan na factura e demais xustificantes de gasto aos que se refiere o presente expediente correspondense en cantidade, prezo e calidade **cos que no seu día foron autorizados e encargados por esta Alcaldía aos acredores respectivos**".

En la información proporcionada al público, que figura en la página 192 del Anexo del informe pericial de la defensa, se indicaba entre qué fechas podrían hacer la reserva de cajas de sidra realizando un pago de 23 € por cada caja en la cuenta bancaria que para el efecto tenía abierta la entidad local, así como el nº de cuenta para realizar el ingreso, sin que figurara en dicha información el nombre de la empresa a la que se había contratado el suministro, debiendo indicarse que

11

si bien en uno de los ingresos realizados en la cuenta de la entidad local menor al indicar el número de las cajas y nombre de la persona que hacía el ingreso constaba "de sidra- Angelón, en otras figuraba "duas caixas de sidra Entidade" al folio 146,147, 174, o entidad local menor y el nº de cajas de sidra (al folio 110, 114, 115, 117, 127, 132, 133, 135, 137,

139, 145, 149, 150, 153, 156, 169, 172, 174 del Anexo al

informe pericial de la defensa) o "reserva sidra fiesta de la sidra" al folio 150 o 151 o "sidra Bembrive" al folio 111, 133, 159, 160, 164, 170 del Anexo) o "sidra XII Festa" (folios 176; y en la gran mayoría solo se expresaba el número de cajas de sidra y el nombre de la persona o personas que realizaban el ingreso, de ahí que tampoco pueda compartirse la alegación de la defensa de que eran los vecinos los que habían encargado la contratación de la sidra Angelón.

También figuran en las actuaciones a los folios 205 a 227, las resoluciones de la Alcaldía a las que se ha hecho referencia en los hechos probados, las facturas de Sidra Angelón SL y los reparos formulados por la interventora, sus causas, así como el levantamiento de los reparos y autorización del gasto y orden de pago por el acusado, tal y como además admite el mismo en el plenario.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no se discute que concurre en el acusado, alcalde pedáneo de la entidad local menor de Bembrive en el momento de suceder los hechos declarados probados, la condición precisa (autoridad) para ser sujeto activo del delito especial propio de prevaricación, así como se considera acreditado que es quien en nombre de la entidad local menor adjudicó en los años 2019 y 2020 a Sidra Angelon SL el suministro de la sidra para las fiestas de octubre, y quien de forma reiterada, como consta en las distintas Resoluciones de la Alcaldía, reconocía la obligación derivada del gasto (de compra de la sidra) y autorizaba el pago correspondiente, y aunque discrepan la interventora de la entidad local menor y el perito de la defensa D. Everardo sobre la posibilidad legal de que la entidad local pudiera llevar a cabo la contratación de la sidra para las fiestas, considerando Dña. Felicísima que la entidad local menor podía contratar las bebidas para fiestas gastronómicas, pero para ello tenía que haber una licitación pública, que la compra era un contrato administrativo y podían hacerse los ingresos en la cuenta de la entidad local menor pero tenía que haber un precio público, mientras que el perito Sr. Everardo sostiene que una entidad local menor no puede encargarse de la compra-venta de bebidas pues no entra dentro de su competencia, considerando este perito que en este caso se está utilizando la cuenta de la entidad local como una cuenta puente para el pago, pero que la titular

del negocio lo son los vecinos o la Asociación de Fiestas, debe precisarse, en primer lugar, que la acusación de prevaricación no tiene su fundamento en que se lleve a cabo por el alcalde pedáneo la contratación de la sidra para las fiestas cuando la entidad local menor no estaba facultada para llevar a cabo dicha contratación, cuestión que no podría determinar

12

responsabilidad penal para el acusado por un delito de prevaricación en este supuesto, ya que la propia testigo- perito Dña. Felicísima razona contundentemente en el plenario la posibilidad legal de hacerlo y de que se ingrese el dinero de los vecinos en la cuenta de la entidad local menor siempre que se siguiera un procedimiento de licitación pública, y manifestando que así había informado repetidamente al acusado, sino en que, excediendo el importe del suministro para la sidra del año 2019 y la del año 2020 de 15.000 €, se adjudique de forma directa y verbal, sin base en contrato administrativo que la sustente y sin fiscalización previa, a una empresa determinada, sin seguir el procedimiento previsto para la contratación de suministros que exceden de 15.000€ (procedimiento de licitación pública) fraccionando el importe total de cada una de las adjudicaciones en varios contratos de menor importe. Teniendo ello en consideración, no cabe duda a este Tribunal de que quien contrata y se obliga con Sidra Angelon SL es la entidad local, pues es el acusado, alcalde pedáneo de la misma, el que en esa condición trata con dicha empresa y le adjudica a ella directamente el suministro de la sidra para la fiesta de octubre, tanto en el año 2019 como en el año 2020, acordando con ella el precio de compra de cada caja de sidra de ahí que es él quien elige al suministrador y pacta con el tanto el objeto del contrato (suministro de sidra de la fiesta de la sidra) como el precio, 23 € por caja en el año 2019, interviniendo por tanto en la determinación de las condiciones esenciales del contrato, tal y como resulta reconocido por el acusado respecto de que es él quien se pone en contacto con la empresa y habla con ella sobre la cantidad de sidra ..., y como también resulta del hecho de que en el "Resultando" de las distintas Resoluciones de la Alcaldía a las que ya hemos hecho referencia así se indique, figurando a nombre de la entidad local, como receptor, las facturas, proporcionándose a los vecinos para ingresar el dinero de las cajas de sidra que quisieran reservar, un nº de cuenta bancaria correspondiente a la entidad local menor, e indicándoles, asimismo, cuál es el precio por cada caja de sidra (23 € en 2019), precio en cuya determinación o fijación ninguna intervención se ha acreditado que hayan tenido éstos, ingresándose el dinero de los vecinos en la cuenta de la entidad local con anterioridad a la fiesta.

Resulta igualmente acreditado por la declaración del acusado y de la testigo Dña. Carolina, que la contratación se hizo por el acusado de forma directa con la empresa Sidra Angelón SL, y que dicho contrato fue verbal, omitiéndose todo procedimiento que se sustituye por la mera voluntariedad de la autoridad contratante, el alcalde, y que, aunque el importe del suministro ascendió a 120.000€ en el año 2019, y a 130.000

€ en el año 2020, se dividió el importe total en distintas facturas, muchas de las cuales excedían ya singularmente consideradas de los 15.000 €, tal y como se desprende de la propia declaración del acusado, que dice que en 2019 eran unos

114.000 € y 140.000 € en 2020, así como de toda la relación de facturas obrantes en las actuaciones y que fueron reconocidas y autorizado su pago por el alcalde en las distintas

13

Resoluciones de la Alcaldía que también figuran en las actuaciones, (folios 205 a 227), utilizándose por tanto la adjudicación directa a la empresa Sidra Angelón SL, con lo que se vulneraba el principio de libre concurrencia, privándose así a otras empresas de la oportunidad de ofertar su precio y concurrir en igualdad de condiciones a la adjudicación del contrato de suministro de la sidra para las fiestas, única manera de garantizar además, como señala la interventora en el plenario, que el precio obtenido fuera el más ventajoso para la entidad local menor, contraviniendo lo dispuesto en el art. 37.1,118 y 155 de la Ley 9/2017 de 11 de noviembre de CSP, y generando un resultado palmariamente injusto.

No se opone a lo expuesto el hecho de que, según manifiestan los testigos Dña. Carolina y D. Remigio la empresa contratada, fuera la misma que habría suministrado la sidra para la fiesta en años anteriores, pues también de la declaración de dichos testigos, y de la prestada por el propio perito de la defensa en el plenario, se desprende que esos años no era la entidad local menor la que contrataba el suministro, y tampoco esos años se ingresaba el dinero para la compra en la cuenta de la entidad local, ni era ésta, por consiguiente, la que autorizaba el pago a la empresa.

No se suscitan dudas a este Tribunal sobre la apreciación del elemento subjetivo del injusto del tipo penal, dado que, vistas las numerosas y reiteradas advertencias de ilegalidad que hacía la interventora Dña. Carolina, no cabe cuestionar que el acusado actuaba con conocimiento y conciencia de la ilegalidad en que incurría, valoración que se refuerza si tenemos en consideración que la compra de la sidra no se había realizado de

