

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 743/2013

RECURSO CASACION N°: 11/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 08/10/2013

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Fecha Sentencia: 11/10/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: ARB

Prevaricación. Adjudicación de concurso tras procedimiento administrativo irregular. Informes contrarios procedentes de técnicos internos. Se aportó un informe externo elaborado tras designación directa, simulando haber acudido al procedimiento negociado sin publicidad. Alteración del número de miembros de la Mesa de Contratación para asegurar el voto favorable.

Importancia de los informes técnicos internos que advierten de ilegalidad. La Constitución, (artículo 103.1), exige que la Administración pública sirva con objetividad los intereses generales y que actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho. En relación con esta previsión constitucional reviste una especial importancia la función de los técnicos que prestan su servicio a la Administración y cuya intervención está prevista por la ley en los distintos procedimientos administrativos. Función que, en ocasiones, se traduce en la emisión de informes en los que se advierte de una posible ilegalidad. En general, para justificar la elección de la opción de cuya ilegalidad se ha advertido no basta la mera aportación de un informe externo de sentido contrario, con la finalidad de contrarrestarlos. Ya en el marco del proceso penal, será preciso entonces, no solo descartar la posibilidad de que se trate de un informe de complacencia, confeccionado ad hoc, sino, además, que el Tribunal examine la

racionalidad y consistencia de unos y otros informes o dictámenes. Siempre teniendo presente que, como se ha dicho más arriba, la arbitrariedad exigida por el tipo penal no se apreciará por la mera contrariedad con el derecho, sino cuando no sea posible sostener lo actuado con ninguna interpretación de la ley que sea realizada con un método racional y, como tal, admitido en derecho.

Arbitrariedad por omisión de trámites esenciales del procedimiento. Cuando se trata de infracciones del procedimiento, la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se cumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales. Lo son omitirlos 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.

Falsedad en documento público. La trascendencia de la mendacidad no puede ser valorada en abstracto, prescindiendo de su contexto, sino que ha de hacerse en función de las circunstancias en que se produce. No es irrelevante, en el caso, simular que en el procedimiento se ha acudido a una tramitación con mayores garantías de objetividad e imparcialidad en la adopción de la decisión.

Nº: 11/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Vista: 08/10/2013

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 743/2013

Excmos. Sres.:

D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Manuel Marchena Gómez
D. Antonio del Moral García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Octubre de dos mil trece.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **PEDRO ÁNGEL HERNÁNDEZ MATEO**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha treinta de Noviembre de dos mil doce, los Excmos. Sres. componentes de la Sala

Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado **PEDRO ÁNGEL HERNÁNDEZ MATEO**, representado por la Procuradora Doña Rosario Sánchez Rodríguez y defendido por el Letrado Don Vicente Grima Lizandra. En calidad de parte recurrida, la acusación popular **JOSÉ MANUEL DOLÓN GARCÍA**, representado por la Procuradora Doña Marta Oti Moreno y defendido por el Letrado Don Ignacio Gally Muñoz.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Torreveja, instruyó las diligencias previas con el número 26/2.007, contra Pedro Angel Hernández Mateo; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal (rollo 1/2012) que, con fecha treinta de Noviembre de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"La convicción alcanzada por el tribunal sobre la realidad de los hechos que a continuación se declaran probados se basa en el contenido de los expedientes administrativos aportados como prueba documental y que constan unidos a las actuaciones. Igualmente se fundamenta en el conjunto de la actividad probatoria que, practicada con todas las garantías en el acto del juicio oral, consistió en la declaración del acusado, en las declaraciones testificales propuestas por las partes y admitidas por este tribunal, con remisión en el caso de dos testigos -fallecido y enfermo- y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a lo declarado en fase de instrucción -previa lectura por el Sr. Secretario y sometimiento a contradicción de las partes-, y documental.

Atendido lo anterior, se consideran probados los siguientes hechos relativos a la actuación -en unidad de propósito- del acusado D. Pedro Ángel Hernández Mateo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en relación con la adjudicación por concurso público del contrato del servicio de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento del término municipal de Torreveja:

1. La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Torrevieja, en sesión celebrada el día 11 de julio de 2003, adoptó entre otros acuerdos:

- "Aprobar el expediente y pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación,..., del servicio de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento de la costa del término municipal de Torrevieja" (...).

- "Aprobar la convocatoria de licitación, mediante el procedimiento negociado abierto por concurso público, por importe de 9.780.000 de euros anuales".

Se trataba del concurso más importante, o uno de los más importantes, que pretendía llevarse a cabo por el Ayuntamiento de Torrevieja. Lo era, y así ha sido declarado sin contradicción alguna por testigos y acusado, tanto por su objeto y trascendencia, contrato del servicio de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento del término municipal de Torrevieja, como por el importe, un total de 97.800.000 de euros (9.780.000 anual por 10 años que abarcaba la adjudicación).

En el tiempo en el que se circunscriben los hechos, Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Torrevieja era el acusado, D. Pedro Hernández Mateo, en virtud de las correspondientes elecciones municipales y a propuesta del Partido Popular. Lo era desde 1988, habiendo permanecido en el cargo 23 años (hasta el 2011). Según han declarado varios testigos es una persona meticulosa e inteligente.

2. En el proceso de selección de contratista mediante concurso del Ayuntamiento de Torrevieja para la adjudicación del referido contrato intervino como órgano de asistencia y proposición la Mesa de Contratación. Tras las elecciones municipales de 2003, la composición de este órgano quedó fijada en el Presidente y cinco vocales, de los cuales cuatro eran técnicos y uno político. La presidencia le correspondía al Alcalde o persona que legalmente le sustituyera o hiciera sus veces, siendo lo habitual, así fue declarado sin contradicción alguna, que efectivamente la ocupara el Concejal delegado de conformidad con el acuerdo de delegación de junio de 2003.

Consta en el expediente administrativo que la Mesa de Contratación, en el proceso de selección de contratista que nos ocupa, se reunió en distintas sesiones con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos por parte de las empresas licitadoras así como de valorar, en

función de los criterios preestablecidos, cual de ellas debía ser propuesta como adjudicataria. La secuencia cronológica fue, y se deja para más adelante la última celebrada (Hecho declarado probado 4), la siguiente:

2.1. -El día 30 de septiembre de 2003 .

Presidida por el Primer Teniente de Alcalde, D. Antonio Hódar Díaz, y actuando como vocales D. José Antonio Sánchez García, D. Emilio Gómez Jover, D. Andrés Navarro Sánchez, D. Francisco Díez Antón y D^a. M^a Pilar García Francés, éstos últimos como Interventor Accidental y Secretaria Accidental del Ayuntamiento. Actúa como Secretaria de la Mesa, la funcionaria D^a. M^a del Carmen García Vera.

Y teniendo por finalidad "proceder a la apertura del sobre A (documentación administrativa) de las proposiciones presentadas para la contratación". Acordándose por unanimidad, primero, admitir al procedimiento abierto a "Ingeniería Urbana, S.A.", en adelante INUSA, y, segundo, conceder plazo de subsanación de documentación a URBASER S.A. y a la UTE "Necso Entrecanales Cubiertas, S.A.-Grupo Generala de Servicios S.L.", en adelante NECSO.

2.2. - El día 7 de octubre de 2003 .

Presidida por el Primer Teniente de Alcalde, D. Antonio Hódar Díaz, y actuando como vocales D. José Antonio Sánchez García, D. Emilio Gómez Jover, D. Andrés Navarro Sánchez, D. Eliseo Pérez Gracia y D^a. M^a Pilar García Francés, éstos últimos como Interventor Accidental y Secretaria Accidental del Ayuntamiento. Actúa como Secretaria de la Mesa, la funcionaria D^a. M^a Mercedes Gálvez Guerrero.

Y teniendo por finalidad, una vez comprobada la documentación aportada en trámite de subsanación y admitidos al procedimiento abierto a URBASER y NECSO, proceder a la apertura del sobre económico (sobre B).

Producida la apertura, se acuerda por unanimidad "remitir los tres sobres presentados" a informe técnico.

2.3. -El día 18 de noviembre de 2003 .

Presidida esta vez -y contrariamente a la práctica habitual- por el acusado, el Sr. Alcalde-Presidente, D. Pedro Hernández Mateo, y actuando como vocales D. José Antonio Sánchez García, D. Emilio Gómez Jover, D. Andrés Navarro Sánchez, D. Francisco Díez Antón y D^a M^a Pilar Vellisca Matamoros, éstos últimos como Interventor

Accidental y Secretaria del Ayuntamiento. Actúa como Secretaria, la Oficial Mayor, D^o. M^a Pilar García Francés.

Y teniendo por finalidad "proceder a la lectura del informe emitido en el expediente de contratación" que nos ocupa. Se trata del Informe técnico suscrito por el Jefe del Área de Infraestructuras Básicas, D. Emilio Gómez Jover, y fechado también el día 18 de noviembre. A su vista, la mesa de contratación acordó solicitar informes INTERNOS al Departamento de Urbanismo, respecto de todos los concursantes y en relación con los planos de situación aportados para los terrenos de la planta de transferencia; al Departamento de Contratación, en lo concerniente a la mercantil Urbaser y respecto a la falta de acreditación de la ubicación del parque central; y al Departamento de Intervención, para estudio e informe económico de las ofertas presentadas.

2.4. - Los informes que se emitieron a continuación, y los tres primeros dieron respuesta a la solicitud cursada, fueron los siguientes:

1º) Por D. Víctor Costa Mazón como Jefe de Servicio del Departamento de Urbanismo, el día 1 de diciembre de 2003, y haciendo constar que los emplazamientos propuestos por cada una de las ofertas son incompatibles desde el punto de vista urbanístico y de conformidad con el Decreto 60/2003, de 13 de mayo, del Consell de la Generalitat por el que se aprueba la ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de zonas húmedas del sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de la Mata y Torrevieja y el Fondó).

2º) Por D^o. M^a Pilar García Francés, Oficial Mayor y perteneciente al Departamento de Contratación, el día 26 de enero de 2004, entendiéndose, en relación con la concreción que la mercantil Urbaser presenta en su plica respecto a la mejora denominada planta de transferencia, que "la cuestión planteada por la mesa de contratación no deberá ser objeto de valoración la parcela 3.344,35 m." ya que no hay datos para ubicarla.

3º) Por D. Vicente Ballester Ocaña, interventor accidental y economista del Departamento de Intervención, el día 9 de febrero, con las conclusiones allí expuestas, la primera y la tercera favorables a INUSA, la segunda favorable en dos apartados a NECSO y en otros dos a INUSA.

4º) Consta además en el expediente administrativo que el Sr. Alcalde-Presidente, D. Pedro Hernández Mateo, interesó de la Conselleria de

Territorio y Vivienda informe sobre si se ven afectados por el Decreto 60/2003, de 13 de mayo, del Consell de la Generalitat, las ubicaciones propuestas en cada oferta en relación con el establecimiento de las infraestructuras necesarias para instalar la Planta de transferencia y, en su caso, el Parque Central. La solicitud de informe lleva fecha de 2 de diciembre y está firmada por el acusado, D. Pedro Hernández Mateo. La contestación a este escrito lleva fecha de 19 de diciembre de 2003 y en ella se comunica "la imposibilidad de proceder a emitir el informe solicitado para las tres ubicaciones barajadas". La razón aducida es la siguiente: "teniendo en cuenta que la información facilitada con el escrito se limita a la ubicación de las posibles instalaciones de parque central y planta de transferencia". La documentación que se precisaba para la elaboración del informe no fue remitida y, en consecuencia, el informe interesado inicialmente a la Conselleria no se efectuó.

5º) Recabados tales informes, salvo el económico que tiene fecha posterior, el Jefe del Área de Servicios e Infraestructuras Básicas del Ayuntamiento, D. Emilio Gómez Jover, emitió informe técnico el día de 27 de enero de 2004. En dicho informe se puntuaron las mercantiles licitadoras con el siguiente total: URBASER, 81.41; INUSA, 90.40; NECSO, 96.50.

6º) Finalmente, D^a. M^a Pilar Vellisca Matamoros, Secretaria del Ayuntamiento de Torrevieja y en tanto que entre sus funciones se encuentra la del asesoramiento a la Corporación y la de control del cumplimiento de la legalidad, presentó el día 12 de febrero un informe donde se hace constar su voto particular al considerar que "desde el punto de vista jurídico este concurso debería quedar desierto por no haber presentado ninguna de las mercantiles concursantes los mínimos exigidos en el Pliego de Condiciones".

2.5. - El día 24 de febrero de 2004.

Presidida de nuevo -y de nuevo también de modo inhabitual- por el Sr. Alcalde-Presidente, D. Pedro Hernández Mateo, y actuando como vocales D. José Antonio Sánchez García, D. Emilio Gómez Jover, D. Andrés Navarro Sánchez, D. Francisco Díez Antón y D^a. M^a Pilar Vellisca Matamoros, éstos últimos como Interventor Accidental y Secretaria del Ayuntamiento. Actúa como Secretaria, la funcionaria, D^a. Concepción Ballester Ballester.

Y teniendo por finalidad, una vez dada cuenta de los informes emitidos, valorar las ofertas presentadas al concurso convocado.

Abierto el turno de intervenciones, el Sr. Alcalde-Presidente, D. Pedro Hernández Mateo, "manifiesta su propuesta de adjudicación a NECSO-LA GENERALA, S.A., según el informe propuesta del Jefe del Área de Servicios, D. Emilio Gómez Jover, de fecha 23 de enero de 2004". A continuación, la Sra. Secretaria del Ayuntamiento manifiesta su voto en contra conforme a los motivos que figuran en su escrito de 12 de febrero de 2004; el Sr. Interventor Accidental se ratifica en las razones del voto particular de la Sra. Secretaria, añadiendo "que como la puntuación de las ofertas no llega al 60% de la puntuación total, es un argumento más para su propuesta de que quede desierto"; y se adhiere a dicho voto particular el vocal de la mesa D. Andrés Navarro Sánchez.

Tras estas intervenciones, la Secretaria indica que, si son esos los votos particulares, se produce un empate y el voto de calidad de D. Pedro Hernández Mateo permite la aceptación de la propuesta realizada por el Sr. Alcalde. En ese momento, sin embargo, interviene el vocal autor del informe técnico, Sr. Gómez Jover, para señalar que él no había votado. Llegados a ese punto, el Sr. Alcalde, que no utiliza el voto dirimente -tampoco hubiera podido sin el voto del Sr. Gómez Jover-, propone, con la intención de sortear y esquivar la oposición que respecto de su propuesta realizaban los técnicos del Ayuntamiento mencionados y al propio tiempo de alcanzar una resolución difícilmente impugnabile y aparentemente revestida de mayores garantías de acierto, solicitar informes EXTERNOS tanto jurídicos como económicos. En este sentido, consta en el acta añadiéndose que se solicitan "a fin de aclarar la decisión a tomar, quedando hasta entonces el asunto sobre la mesa".

Ha quedado acreditado, todas las declaraciones realizadas por los miembros de la Mesa de Contratación son coincidentes, que ningún miembro de la Mesa se opuso a la opción abierta de solicitar informes externos. Hecho probado es también que nunca hasta ese momento se había producido una situación de discrepancia similar y que nunca hasta ese momento se habían solicitado informes externos. Por tanto, durante los más de 15 años que llevaba el acusado en el ejercicio del cargo siempre fue suficiente con los internos emitidos por los distintos responsables municipales.

3.- Se inició entonces un expediente tendente a la adjudicación del contrato de consultoría externa. Tramitado, pese a su forma inicial -que lo era de proceso negociado al constar la consulta a tres entidades-,

como de menor cuantía -de ahí su apariencia de extra-legalidad-, los principales hitos que constan en el mismo fueron los siguientes:

3.1. Con fecha 2 de marzo de 2004, D. Pedro Hernández Mateo, en su condición del Alcalde del Ayuntamiento de Torrevieja, vista la reunión de la Mesa de Contratación de 24 de febrero de 2004 y "visto que se ha consultado a los despachos de abogados de Santiago González-Varas Ibáñez, Ariño y Asociados, Abogados S.L. y el bufete López Rodó, S.L.", propone la aprobación de un gasto por importe de doce mil euros con destino a la redacción de los informes tanto jurídicos como económicos y técnicos a fin de aclarar la decisión a tomar en el referido expediente de contratación. En este acto administrativo consta también que "dicho contrato de consultoría y asistencia será llevado a cabo por la mercantil "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L.", con domicilio en la C/ Serrano, 6, 5ª, 28001, Madrid, CIF número B83238675" y que "la duración máxima de este contrato será de tres semanas".

Esta propuesta-resolución del contrato de consultoría a favor del despacho Ariño y Asociados se produce cuatro días hábiles después de la reunión de la Mesa de Contratación, sin que obre en el expediente ni invitación ni respuesta alguna de los citados despachos. Tampoco del de Ariño y Asociados, cuyo representante manifestó que se pusieron en contacto con él telefónicamente sin que se llegara por su parte a ofertar condiciones económicas o temporales respecto de su realización.

Por las declaraciones del imputado-acusado y los testimonios recabados en el juicio oral, ha quedado probada la excepcionalidad de la actuación en lo que atañe a la autoría de la misma. La realización de este tipo propuestas corresponde al Concejal competente por razón de la materia, siendo éste el encargado de dar las instrucciones, nombre del contratista incluido, al departamento de contratación para su redacción material. Hasta tal punto es así que en el año 2004 se iniciaron 258 expedientes y en 257 la propuesta fue firmada por el Concejal correspondiente. Solo en éste se actuó de modo distinto.

Igualmente ha quedado probado que ni el Concejal Delegado de Contratación del Ayuntamiento de Torrevieja, D. José Antonio Sánchez García, ni el técnico autor del informe propuesta, D. Emilio Gómez Jover, tuvieron intervención alguna en la realización de la propuesta de 2 de marzo de 2004.

3.2. Al siguiente día, 3 de marzo de 2004, el Concejal Delegado de Contratación del Ayuntamiento de Torrevieja, D. José Antonio Sánchez

García, formula propuesta de nombramiento de D. Emilio Gómez Jover, Aparejador municipal, como Técnico en el expediente de menor cuantía para redacción de los dichos informes, manifestando su sorpresa por no haberse incluido este extremo en la propuesta anterior.

También ese mismo día se solicitó por la Oficial Mayor del Ayuntamiento de Torrevieja certificado de la existencia de crédito disponible para la aprobación del gasto de doce mil euros con destino a la contratación referida. La intervención municipal certificó con idéntica fecha en tal sentido.

3.3. Al siguiente día, 4 de marzo de 2004, el Alcalde D. Pedro Hernández Mateo resuelve mediante Decreto: aprobar el gasto por importe de doce mil euros y que se proceda a su fiscalización por el Departamento de Intervención; adjudicar el contrato de consultoría a "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L." conforme a las condiciones contenidas en el propio Decreto; y nombrar Técnico en el citado expediente al Aparejador Municipal, D. Emilio Gómez Jover.

El inicio del Decreto, cuyo contenido estaba predeterminado al recoger en todos sus extremos las instrucciones dadas para la redacción de la propuesta de 2 de marzo, es del siguiente tenor:

"Vista la reunión celebrada por la Mesa de Contratación el día 24 de febrero de 2004, en relación con el expediente de contratación denominado Servicio de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento del Término Municipal de Torrevieja.

Visto que se ha consultado a los despachos de abogados de Santiago González-Varas Ibáñez, Ariño y Asociados, Abogados, S.L. y el bufete López Rodó, S.L.

Vista la necesidad de que se apruebe un gasto por importe de doce mil euros (...).

Visto que dicho contrato de consultoría y asistencia será llevado a cabo por la mercantil "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L."

Vista la propuesta suscrita por el Concejal Delegado de contratación (...)"

3.4. Al siguiente día, 5 de marzo de 2004, se produce la notificación de esta adjudicación a "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L.", recibándose personalmente por D. José Luis Villar Ezcurra, en representación de la adjudicataria -lo que implicó y así consta en la declaración testifical su desplazamiento desde Madrid-. En esa misma

fecha, 5 de marzo de 2004, consta también por escrito del Concejal Delegado de Contratación, José Antonio Sánchez García, dirigido a D. José Luis Villar Ezcurra, la entrega del expediente administrativo relativo al contrato acerca del que ha de emitir los informes externos contratados, precisando que el plazo de ejecución cuenta desde la última entrega de la totalidad de la documentación por parte del Ayuntamiento, así como la entrega el mismo día por "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L.", de la documentación requerida para el contrato adjudicado.

3.5. El informe jurídico, económico y técnico contratado se presentó en el Ayuntamiento por "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L.", mediante escrito suscrito por D. José Luis Villar Ezcurra, el día 6 de abril de 2004. En dicho informe se llega, entre otras, a la conclusión de que no existe inconveniente jurídico para que el Ayuntamiento adjudique el concurso a NECSO-LA GENERALA UTE, atendidos los informes técnicos y económicos asimismo realizados, presentando al efecto la correspondiente factura y documentos anejos para el pago de los mismos.

4.- La Mesa de Contratación se reúne finalmente en sesión de fecha 8 de abril de 2004, bajo la presidencia, de nuevo -y de nuevo también de forma inhabitual-, del Sr. Alcalde, D. Pedro Hernández Mateo.

4.1. En esta ocasión, sin embargo y para facilitar y conseguir la aprobación de su propuesta, se altera la composición de la Mesa acordándose ese mismo día su incremento en dos vocales, pasando de seis a ocho el total de sus integrantes. Según se ha declarado, de nuevo sin contradicción alguna, nunca, hasta ese momento -y son quince los años en que el Alcalde llevaba ejerciendo su cargo-, se había producido un cambio similar en la composición de la Mesa de Contratación.

Los nuevos vocales fueron dos miembros de la Corporación municipal pertenecientes al mismo grupo político que el Alcalde de Torre vieja, el Concejal de Hacienda y el de Servicios. Con ello se aseguró el voto favorable a su propuesta y se evitó la utilización del voto dirimente. Es hecho probado que, pese a haberse justificado la alteración en la paridad, desde luego a favor de los representantes políticos, y en las concejalías mismas que representaban, los nuevos miembros ni llegaron a examinar el expediente -Sr. Ortiz Roche- ni tan siquiera lo vieron físicamente -Sr. Gil Rebollo -. Adujeron que tuvieron conocimiento el día anterior de su posible entrada en la Mesa de Contratación.

Actuaron entonces como vocales D. José Antonio Sánchez García, D. Emilio Gómez Jover, D. Andrés Navarro Sánchez, D. Francisco Díez Antón y D^a. M^a Pilar Vellisca Matamoros, estos últimos como Interventor Accidental y Secretaria del Ayuntamiento, y además D. Pascual Ortiz Roche y D. José Eduardo Gil Rebollo. Como Secretaria actuó, la Oficial Mayor, D^a. M^a Pilar García Francés.

4.2. La Mesa tiene por objeto "proceder a la elaboración de la propuesta de adjudicación del expediente de contratación denominado "Servicio de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento del término municipal de Torrevieja".

Antes de proceder a la votación del Informe propuesta del Jefe del Área de Servicios, D. Emilio Gómez Jover, de fecha 23 de enero de 2004, el acusado, Alcalde y Presidente de la Mesa, dió personalmente cuenta del resultado del Informe Jurídico, Económico y Técnico emitido por "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L.", afirmando que ya no existían problemas de viabilidad en la propuesta de adjudicación. Además, según declaró alguno de los miembros de la Mesa -Srs. Sánchez García y Navarro Sánchez-, les indicó que se había consultado a otros dos despachos y que o éstos no habían contestado o aquél era el único que había respondido.

Concluida la dación de cuentas y sometido a votación el citado Informe propuesta, la Sra. Secretaria manifiesta una vez más su oposición a la adjudicación, ratificándose en el voto particular e informe que emitió con fecha 12 de febrero, votando en contra también - como lo hicieron en la Mesa anterior- el Sr. Interventor y el vocal D. Andrés Navarro Sánchez. A favor votó el resto de los vocales asistentes, incluidos el técnico autor del informe propuesta, D. Emilio Gómez Jover, y los dos políticos recién nombrados que, como previó el acusado, desequilibraron cualquier posible empate en la votación. Por cinco votos frente a tres quedó aprobada la mencionada propuesta de adjudicación a NECSO, acordando su elevación al órgano de contratación.

5.- En sesión de fecha 14 de abril de 2004, la Comisión Informativa Especial de Cuentas, Hacienda, Patrimonio, Contratación, Censo y Estadística, del Ayuntamiento de Torrevieja, a la vista de lo actuado en la Mesa de Contratación y de la propuesta aprobada finalmente en la misma, emitió el preceptivo dictamen y propuesta de acuerdo para

adjudicar el contrato de servicio de "recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento de la costa del término municipal de Torrevieja conjuntamente a las mercantiles "NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS S.A." y "GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS S.L." por importe de 9.681.703,80 euros anuales".

Según han declarado los miembros presentes de esta Comisión, a la que no asistió D. José Manuel Dolón García, Concejal del Ayuntamiento de Torrevieja y acusador popular en este proceso, se trató de una mera formalidad que no duró más de unos segundos -o unos pocos minutos- y que no vino precedida de información alguna ni sobre las discrepancias surgidas ni sobre la consulta que se dijo efectuada ni sobre la existencia de informe externo. En este sentido, la mayoría de los miembros de la Comisión que declararon en el juicio manifestaron que no habían visto el expediente y que votaron con disciplina de voto o por ser lo patrocinado por el técnico de la casa. Solo uno, D. Manuel Vera Quiles, afirmó que accedió al expediente tal y como se lo dieron, que en él no figuraba el informe externo, que no tuvo mucho tiempo de consulta y que pensó que dada la magnitud del contrato se llevaría a Pleno pudiendo entonces proceder a su examen con más detenimiento.

Además ha quedado probado que, previamente a la celebración de la citada sesión de la Comisión, el Sr. Hernández Mateo se reunió con el jefe de la oposición en el Ayuntamiento y miembro también de la Comisión, D. Ángel Jiménez Viudez, a los efectos de comentar las dificultades que habían surgido en la Mesa de Contratación y la necesidad de su pronta adjudicación. En esa reunión, y para asegurarse la aprobación de su propuesta, le informó que se iban a pedir informes externos comprometiéndose aquél a votar según el resultado de los mismos. El voto favorable de D. Ángel Jiménez Viudez para la propuesta de adjudicación a NECSO se basó, precisamente, en ese compromiso al parecerle apropiada la garantía que suponía recabar un informe externo en las condiciones señaladas.

6.- En sesión ordinaria, de fecha 16 de abril de 2004, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrevieja, bajo la Presidencia del Alcalde D. Pedro Hernández Mateo, vistas la propuesta de la Comisión Informativa Especial de Cuentas, Hacienda, Patrimonio, Contratación, Censo y Estadística, del Ayuntamiento de Torrevieja, adoptó el acuerdo

de aprobar por unanimidad de los asistentes proponer como adjudicatario del contrato de servicio de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento de la costa del término municipal de Torrevieja a las mercantiles "NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS S.A." y "GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS S.L." y requerir la documentación necesaria para la adjudicación. La proposición fue por importe de 9.681.703,80 euros anuales y diez años de duración.

7.- Seguidamente, aportada la documentación requerida por las mercantiles propuestas como adjudicatarias y con dictamen favorable también de la Comisión Informativa Especial de Cuentas, Hacienda, Patrimonio, Contratación, Censo y Estadística, del Ayuntamiento de Torrevieja en sesión de 4 de mayo de 2004 -con voto en contra de D. José Manuel Dolón García y de D. José Manuel Martínez Andreu-, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrevieja, en sesión ordinaria celebrada el 7 de mayo de 2004, bajo la Presidencia del Alcalde D. Pedro Hernández Mateo, adoptó el acuerdo por unanimidad de los asistentes de adjudicar la contratación de la prestación del servicio de "Recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento de la Costa del término municipal de Torrevieja" conjuntamente a las mercantiles "NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS S.A." y "GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS S.L." por importe de 9.681.703,80 euros anuales.

El contrato finalmente se firma el 14 de junio de 2004, actuando, de una parte, D. Pedro Hernández Mateo, Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Torrevieja y D^a. M^a Pilar Vellisca Matamoros, Secretaria de ese mismo Ayuntamiento, y, de otra, D. Manuel Blanco Alventosa en representación de la empresa adjudicataria.

8.- No consta en el expediente que se hayan consultado a los despachos de abogados de Santiago González-Varas Ibáñez, y al bufete López Rodó, S.L., como se afirma en la propuesta de adjudicación y en el Decreto de adjudicación -suscritos por el entonces Alcalde D. Pedro Hernández Mateo - del contrato de consultoría para la emisión de los informes externos finalmente emitido por "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L.". Por el contrario, según se desprende de las

declaraciones testificales de los legales representantes de dichos despachos no se produjo tal consulta en modo alguno y tan solo se conferenció telefónicamente con "ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS S.L.", según manifestó D. José Luis Villar Ezcurrea, que mostró su disponibilidad para emitir el informe.

D. José Luis Villar Ezcurrea igualmente declaró que se desplazó al Ayuntamiento de Torrevieja en los primeros días de marzo, que tuvo una reunión con personal del Ayuntamiento y que en la misma estaba el Alcalde. Asimismo manifestó que es abogado habitual de casi todas las empresas pertenecientes a la patronal de constructores -SEOPAN- y que también lo había sido de la adjudicataria. Finalmente indicó que no consideró necesario ponerlo de manifiesto porque en ese momento no concurría causa de incompatibilidad "al no estar llevando el mismo asunto". Con todo, ha quedado probado que el despacho informante sí había mantenido relaciones profesionales de asesoramiento extrajudicial y asistencia judicial con las empresas finalmente adjudicatarias del contrato de servicio de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento del término municipal de Torrevieja.

9.- De las declaraciones de los miembros asistentes a las Mesas de Contratación referidas, a la sesión de la Comisión Informativa Especial de Cuentas, Hacienda, Patrimonio, Contratación, Censo y Estadística, del Ayuntamiento de Torrevieja, que formuló la propuesta de adjudicación del contrato del servicio de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y limpieza y mantenimiento de la Costa del término municipal de Torrevieja y a la Junta de Gobierno Local que adjudicó el contrato, se desprende que éstos se limitaron a aprobar -los que votaron a favor- la propuestas encadenadas que dieron lugar a la adjudicación de este contrato sin debatir el fondo de la cuestión y sin entrar en profundidad en los informes emitidos, en especial externos, a excepción de los vocales de las Mesas de Contratación que votaron en contra de la propuesta de la adjudicación. La automaticidad fue, por tanto, la regla general en la dinámica de estas sesiones bien por disciplina de voto, bien por mera conformidad con el informe técnico, bien por ambas cosas a la vez. Esta regla general se cumplió, con votaciones mecánicas -en idéntica dirección todos los del mismo grupo- y sin lectura de informes, tanto en la Comisión Informativa como en la Junta de Gobierno.

10. D. José Manuel Dolón García, Concejal del Ayuntamiento de Torrevieja y acusador popular en este proceso, promovió recusación, con fecha 4 de mayo de 2004, del Jefe del Área de Servicios e Infraestructuras Básicas del Ayuntamiento, D. Emilio Gómez Jover, por distintas causas relativas a relaciones laborales de uno de sus familiares con una de las empresas concursantes, en concreto con la mercantil NECSO-INUSA, UTE, y de parentesco con uno de los concejales del equipo de gobierno del Ayuntamiento. Tramitado el procedimiento correspondiente, la recusación fue desestimada al entender que las razones alegadas no constituían causa bastante de la misma, sin que se interpusiera recurso alguno frente a dicho acto de fecha 6 de mayo de 2004"(sic).

Segundo.- El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"- Que debemos condenar y condenamos a D. Pedro Ángel Hernández Mateo por los delitos de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito continuado de prevaricación de los que fue acusado, en concepto de autor y con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de 3 años de prisión, multa de 7 meses con una cuota diaria de 50 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas incumplidas, y de 7 años de inhabilitación especial para el cargo de Alcalde o cualquier otro de naturaleza electiva en el ámbito local.

- Que debemos condenar y condenamos a D. Pedro Ángel Hernández Mateo como responsable civil a indemnizar al Ayuntamiento de Torrevieja en la cantidad de doce mil euros. No habiendo lugar a declarar en este proceso la nulidad de las resoluciones administrativas solicitada.

- Que procede imponer las costas del proceso penal al acusado"(sic).

Tercero.- Que en fecha 3 de Diciembre de 2012 se dictó el auto aclaratorio con la siguiente parte dispositiva:

"Subsanar la omisión a que se refiere el razonamiento único de esta resolución, de manera que:

1º) El Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia dictada en el presente procedimiento queda de la siguiente manera:

"SÉPTIMO.- En orden la individualización de las penas y siempre partiendo de la vinculación establecida en el artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la más grave solicitada por las acusaciones, ha de tenerse en consideración:

- Por un lado, que la prevaricación se entiende como delito continuado lo que significa, atendiendo a lo establecido en el artículo 74 del Código Penal, aplicar la pena de la infracción más grave en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

- Por otra parte, que falsedad y prevaricación se hallan en concurso medial y por consiguiente y por imperativo legal se ha de aplicar en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se sancionaran separadamente, en cuyo caso, se penarían de manera individualizada ambas infracciones (art. 77 CP).

En la alternativa normativa, y teniendo en cuenta que se trata de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390 del Código Penal (con pena de 3 a 6 años de prisión, multa de 6 a 24 meses e inhabilitación especial de 2 a 6 años) en concurso medial con un delito continuado de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código penal (pena de inhabilitación especial de 7 a 10 años), esta Sala se inclina por la punición de ambas infracciones penales de forma separada al entender que es opción más favorable por cuanto, si bien las dos infracciones tienen la caracterización de grave (art. 33 CP), ha de considerarse como más grave la que conlleva la imposición de la pena de prisión frente a la que no la contempla y determina, pese a la continuidad a apreciar en la prevaricación, una pena restrictiva de derechos (STS núm. 580/2010, de 16 de junio). Caso contrario, la pena resultante de la aplicación de la referida regla concursal especial sería la correspondiente al delito de falsedad en su mitad superior y ésta, salvo error u omisión, sería de 4 años, 6 meses y un día a 6 años de prisión; 12 meses y un día a 24 meses multa; y 4 años y un día a 6 años de inhabilitación especial.

- Finalmente, que concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del Código penal - que, según jurisprudencial constante, ha de entrar en juego una vez establecida la pena según el artículo 74 del Código Penal-, le corresponde la aplicación de la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

Atendiendo entonces a las normas penológicas citadas y dada la entidad del peligro que para los bienes jurídicos supuso las infracciones imputadas, procede imponer:

- Por el delito de falsedad en documento oficial, la pena de 3 años de prisión, multa de 7 meses con una cuota diaria de 50 euros (cuota no cuestionada, y valorando para su imposición la situación económica del acusado, art. 52 CP, derivada de la pieza de responsabilidad civil) con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas incumplidas (que totalizan 3 meses y medio), e inhabilitación especial para el cargo de Alcalde por un periodo de 2 años.

- Por el delito de prevaricación administrativa, la pena de 7 años de inhabilitación especial para el cargo de Alcalde.

Al respecto, cumple indicar que la pena de inhabilitación especial que procede imponer tanto por el delito de falsedad en documento oficial como por el de prevaricación conlleva, conforme fija el artículo 42 del Código penal y la jurisprudencia interpretativa, "...la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere...y de los honores que le sean anejos". Asimismo produce "...la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena". El propio precepto establece que en la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación. En el caso enjuiciado, cometido el delito en la condición de Alcalde, la inhabilitación alcanzará al mencionado cargo, así como a los honores que le son anejos, causando su pérdida definitiva. La incapacidad de obtener el mismo cargo durante el tiempo de la condena se extenderá, tal como dispone la ley, a otros análogos, que se concretan, de acuerdo -en parte- con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, a cualquier empleo o cargo de carácter electivo en el ámbito de la Administración local (STS núm. 414/2012, 9 de febrero)".

2º) El pronunciamiento primero Fallo queda completado de la siguiente forma:

"- Que debemos condenar y condenamos a D. Pedro Ángel Hernández Mateo por los delitos de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito continuado de prevaricación de los que fue acusado, en concepto de autor y con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de 3 años de prisión, multa de 7 meses con una cuota diaria de 50 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas incumplidas, y de 7 años de inhabilitación especial para el cargo de Alcalde o cualquier otro de naturaleza electiva en el ámbito local(sic)".

Cuarto.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por **PEDRO ÁNGEL HERNÁNDEZ MATEO**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el correspondiente recurso.

Quinto.- El recurso interpuesto por **PEDRO ÁNGEL HERNÁNDEZ MATEO**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración de precepto constitucional, en concreto del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º LECrim.

3.- Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración de precepto constitucional en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

4.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º LECrim.-

5.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECrim.-

El presente motivo se interpone como subsidiario de los anteriores, para el caso de que se mantenga la condena por alguno de los delitos apreciados por la Sentencia de instancia.

Se denuncia aquí la indebida falta de aplicación del art. 66.1.2º CP en relación con el art. 21.6º CP, en la medida en que Sentencia no ha estimado como muy cualificada la atenuante de dilaciones indebidas que ha aplicado.

Sexto.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, interesan la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sétimo.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la misma así como la deliberación posterior prevenidos para el día ocho de Octubre de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito de prevaricación. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el delito de falsedad, pues entiende que no ha quedado probado que, como se afirma en la sentencia, fuera el autor intelectual de la inclusión en la propuesta de 2 de marzo de 2004 del dato inveraz de que se había pedido oferta a tres despachos. Dicha propuesta tenía por objeto acordar un gasto por 12.000 euros para la redacción de un informe jurídico, técnico y económico sobre el expediente de contratación de basuras a realizar por un determinado despacho de abogados. En la misma se hace constar como antecedente que se ha consultado a tres despachos de abogados, que se identifican, lo cual, el recurrente reconoce que no se corresponde con la realidad, aunque afirma que nada tuvo que ver con su inclusión en el texto de la propuesta. Examina las razones del Tribunal, y,

considerándolas insuficientes, expone su propia valoración sobre los extremos tenidos en cuenta en aquellas.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la concreta versión alternativa ofrecida por el acusado por carencia de la necesaria racionalidad. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada.

2. Argumenta el recurrente que el Alcalde firmó la propuesta porque había sido él quien había propuesto que se encargara un informe externo, y era la primera vez que eso se hacía. Que la declaración como testigo del técnico Gómez Jover, aunque niega haber intervenido en la facilitación de los nombres de los despachos, entiende que era una declaración autoexculpatoria, pues era el técnico designado para dictaminar en el contrato de adjudicación y para supervisar el contrato de consultoría externa. Que la declaración de la testigo Pilar García Francés, no puede ser tomada como cierta, pues había declarado lo mismo en instrucción como imputada; es autoexculpatoria y fue prestada por resentimiento contra el recurrente, pues su citación como imputada se debía a que éste había manifestado que ella había confeccionado la propuesta; está en contradicción con la prestada como testigo con anterioridad en la que declaró que tramitó el expediente sin incidencia alguna,

que en el mismo no constan tres empresas, y sin que nada dijera acerca de la conversación con el Alcalde sobre los contactos con los tres despachos. Y respecto al argumento relativo al transcurso de muy pocos días para haber contactado con los tres despachos, el testigo Sr. Villar Ezcurra, del despacho Ariño y Asociados, declaró que el contacto fue telefónico, por lo que igualmente pudiera haberse hecho así con los otros dos. Por otro lado, este último testigo negó que hubiera sido el Alcalde la persona con la que contactó.

Frente a esta valoración que el recurrente hace del cuadro probatorio, el Tribunal ha razonado de otra forma, sin que a esta Sala le corresponda elegir entre una u otra valoración ni tampoco establecer como definitiva la suya propia, pues no ha presenciado las pruebas personales, que forman una parte importante de las valoradas. Por el contrario, solamente debe proceder a verificar si la valoración efectuada por el Tribunal de instancia se refiere a pruebas válidas, y no vulnera las reglas de la lógica ni los conocimientos científicos, ni tampoco es contraria, sin justificación bastante, a las máximas de experiencia.

El Tribunal señala que no se ha discutido la inveracidad de la afirmación relativa a la consulta a tres despachos. Nada consta en el expediente respecto a la referida consulta, ni siquiera respecto al despacho que emitió el informe. Considera que el recurrente es la persona responsable de que en la propuesta y luego en el Decreto de 4 de marzo de 2004, se hiciera figurar falsamente que se había consultado a tres despachos de abogados, y señala lo que considera prueba indiciaria, mencionando, en primer lugar que fue algo excepcional que la propuesta fuera firmada por el Alcalde, pues fue el único expediente, de 258 en total, en el que así se hizo. Que el Concejal Delegado de Contratación, al que ordinariamente correspondería dar las instrucciones para la redacción de este tipo de actos administrativos, ni dio nombres ni intervino en modo alguno en la propuesta, aunque ese mismo día firmó otro acto administrativo diferente, lo que deja sin valor la excusa o explicación del recurrente, cuando en el juicio adujo que aquel “no estaría”, como razón de que la propuesta apareciera firmada por él. Que el técnico Emilio Gómez Jover declaró no haber intervenido facilitando el nombre de los despachos. Que la testigo Pilar García manifestó en el plenario que la propuesta de 2 de marzo se realizó de acuerdo con las indicaciones expresas del recurrente en conversación telefónica para hacer constar que se había consultado a tres despachos y que el contrato se llevaría a cabo por Ariño y Asociados, manifestaciones que el Tribunal entiende

avaladas por la declaración de la auxiliar administrativa M^a Carmen García. Y, finalmente, el Tribunal entiende que la versión del recurrente respecto a que en los cuatro días transcurridos entre el acuerdo y la propuesta habría sido posible el contacto con los distintos despachos, no es verosímil, pues en ese tiempo entiende imposible cursar las invitaciones y recibir las respuestas.

A pesar de las argumentaciones del recurrente, no es posible considerar irracional la valoración de la prueba realizada por el Tribunal. En primer lugar, porque dispone, como prueba directa, de las declaraciones de una testigo respecto a que las indicaciones partieron del acusado recurrente, lo cual entiende avalado por las declaraciones de otra testigo diferente; respecto a esa versión ha de tenerse en cuenta que procede de una testigo, y no de una coimputada, pues en aquella condición es prestada en el plenario; y además, aparece avalada por la declaración de otra testigo y coincide con la declaración de otros dos testigos, que manifiestan no haber intervenido en la confección de la referida propuesta, uno de ellos el Concejal Delegado de Contratación del Ayuntamiento, que ordinariamente se ocupaba de estas cuestiones, y otro el técnico Emilio Gómez Jover, sin que exista ningún dato objetivo valorable que indique que alguno de ellos falta a la verdad. Concretamente, respecto del segundo, ha de tenerse en cuenta que solo es nombrado o designado como técnico en el referido expediente el mismo día 4, es decir, con posterioridad a la elaboración y firma de la propuesta. En segundo lugar, porque esta versión de lo ocurrido es coherente con el hecho de que el encargo del informe externo, como un supuesto excepcional sin precedentes, fue iniciativa del acusado recurrente, adoptada cuando, tras proponer en la Mesa de Contratación la adjudicación a favor de las empresas finalmente adjudicatarias, se encontró con dos informes internos contrarios a esa adjudicación, y con tres votos, de seis posibles, en contra de la misma, sin que hasta ese momento hubiera votado el técnico Emilio Gómez Jover. Así consta en el acta de esa reunión. Aun cuando lo hubiera hecho a favor de la propuesta del Alcalde y en contra del sentido de los únicos informes disponibles, internos y emitidos por técnicos, entonces hubiera sido necesario acudir al voto de calidad del Alcalde, también en contra del sentido de aquellos informes. Tal iniciativa, como se ha dicho, y las circunstancias en las que se adopta hacen que sea razonable entender que el propio Alcalde asumió el control de su ejecución. Y, en tercer lugar, porque no existía entonces, o al menos no consta, ningún dato que avalara o indicara, en alguna forma, que en esos cuatro días entre el acuerdo y la propuesta efectivamente se había consultado con los tres despachos, ni tampoco consta ningún dato relativo a

cualquier iniciativa del Alcalde orientada a comprobar que realmente se había hecho así o cuáles habían sido los resultados, de forma que aquel pudiera entender que lo que se consigna en la propuesta reflejaba la verdadera actuación administrativa.

En consecuencia, la Sala entiende que el Tribunal dispuso de pruebas válidas, y que en su valoración se ha ajustado a la lógica, a las máximas de experiencia y no ha vulnerado los conocimientos científicos, por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el motivo tercero, nuevamente invoca la vulneración de la presunción de inocencia, ahora respecto al delito de prevaricación, pues entiende que se declaran probados hechos que no lo están y sobre su base se condena por delito de prevaricación. Señala, en primer lugar que no era inhabitual que el Alcalde presidiera la Mesa de Contratación, pues el Tribunal dice que se ha declarado, sin explicitar quien lo ha hecho, y además salvo excepciones, el Alcalde presidía las referidas Mesas. En segundo lugar, sostiene que no está probado que la ampliación del número de miembros de la Mesa de Contratación el 8 de abril de 2004 se hiciera para facilitar y conseguir la aprobación de su propuesta. No se aclara cual es la prueba de que sea excepcional la ampliación del número de miembros de una Mesa. Que no se alteró la paridad entre políticos y técnicos. Y que el resultado final hubiera sido el mismo. En tercer lugar, argumenta que no es cierto que la reunión de la Comisión Informativa de 14 de abril de 2004 no viniera precedida de información sobre las discrepancias en la Mesa de Contratación ni sobre el informe técnico, afirmación que se apoya en la declaración del testigo Sr. Vera, que manifestó que accedió al expediente y que no figuraba en él el informe externo, lo cual sostiene que resulta contradicho por el testimonio de otros participantes en esa reunión.

1. La afirmación contenida en la sentencia impugnada respecto de la existencia de un delito de prevaricación por la adjudicación final de una contratación siguiendo un procedimiento arbitrario con el que se suprimen los controles reales sobre la actuación del Ayuntamiento, no se basa solamente en los aspectos fácticos que el recurrente cuestiona en el motivo. Otros aspectos de hecho relevantes se concretan en la existencia de unos informes internos, emitidos por técnicos, contrarios a la adjudicación, informes únicos en un primer momento; en la existencia de tres votos contrarios a la

adjudicación, y solo dos a favor antes de que votara el técnico, suspendiéndose la sesión por el recurrente antes de que esto ocurriera; en la propuesta de un informe externo por parte del recurrente, que fue luego contrapuesto a aquellos; en el revestimiento de dicho informe de la apariencia de haberse obtenido con un procedimiento no necesario, pero que efectivamente no se había seguido; y en el hecho, sí mencionado en el motivo, relativo a la ampliación del número de miembros de la Mesa de Contratación justo antes de proceder a examinar el informe externo y votar su propuesta de adjudicación.

2. De todos modos, el que fuera más o menos excepcional que el recurrente presidiera la Mesa de Contratación, no es un hecho especialmente relevante. El propio recurrente argumenta que sobre ello no existió debate. El Ministerio Fiscal pone de relieve que fue el mismo recurrente quien en fase de instrucción declaró que era normal que fuera sustituido en esa función, especialmente desde el año 1991. Y ello explica la ausencia de controversia sobre este punto. En cualquier caso, de ese dato es posible obtener que el recurrente estaba completamente al tanto de la marcha del proceso en la citada Mesa.

En cuanto a la finalidad con la que se procedió por el recurrente a ampliar los miembros de la Mesa, la afirmación del Tribunal es el resultado de una inferencia que no puede reputarse caprichosa o arbitraria. El recurrente sabía que, en la reunión de 24 de febrero de 2004, de los seis miembros de la Mesa, tres habían ya votado en contra de la adjudicación que él proponía, por varias razones, entre otras, las aducidas en los informes técnicos contrarios a la misma. De manera que era previsible que, como finalmente ocurrió, reiteraran su posición contraria a pesar del informe externo. Por otra parte, esos votos contrarios habían determinado al recurrente a paralizar la sesión y a proponer la incorporación de un informe externo antes de que el técnico Emilio Gómez Jover expresara el sentido de su voto. Con la nueva composición se aseguraba el resultado favorable en todo caso, fuera cual fuera el sentido del voto de este miembro de la Mesa.

De otro lado, la ampliación se ejecuta incorporando a dos miembros de su mismo grupo político, los Concejales de Hacienda y de Servicios, lo cual, es cierto que no alteraba una paridad antes inexistente, pero suponía una nueva composición en la que desaparecía la mayoría inicial de miembros “técnicos” frente a los considerados “políticos”. A lo que ha de añadirse que el Tribunal declara probado, y no se discute, que ambos manifestaron que

tuvieron conocimiento el día anterior de su posible entrada en la Mesa de Contratación, y que no llegaron a examinar el expediente. Finalmente, no es irrazonable considerar cuando menos irregular la modificación de los miembros y la composición de un órgano colegiado durante la tramitación de un proceso de formación de la voluntad con las características del que se examina en la sentencia impugnada.

Con los datos anteriores, no es irrazonable afirmar que la finalidad con la que se procedió por el recurrente a incorporar a dos nuevos miembros a la Mesa de Contratación era facilitar y conseguir la aprobación de su propuesta.

3. Y en tercer lugar, aunque existan versiones contradictorias de distintos testigos respecto de la información utilizada por los miembros de la Comisión Informativa Especial que emite el preceptivo dictamen y propuesta de acuerdo para la adjudicación, el Tribunal señala, tras la valoración de la prueba, que la mayoría de los miembros de esa Comisión han declarado que se trató de una mera formalidad que ocupó muy escaso tiempo, y que no vino precedida de información alguna. Es cierto que ello no es incompatible con el hecho de que esa información estuviera al alcance de los referidos miembros de la Comisión, ni queda desvirtuado por la declaración de otros miembros, como los que menciona el recurrente, pero lo que se desprende de sus manifestaciones, según las recoge el tribunal, es la inexistencia de debate alguno sobre la cuestión antes de la adopción del acuerdo, a pesar de la importancia económica del asunto.

Por lo tanto, los hechos que el Tribunal declara probados en relación con el delito de prevaricación vienen soportados por la existencia de prueba racionalmente valorada por el Tribunal.

El motivo, pues, se desestima.

TERCERO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, de forma subsidiaria al motivo primero, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 390 del Código Penal, pues entiende que aunque se mantengan los hechos probados, es procedente la absolución ya que la conducta no integra el delito de falsedad al resultar inocua la mendacidad que contiene el documento. Argumenta que el procedimiento administrativo que se siguió no fue de “contrato negociado sin publicidad”, que exige al menos tres ofertas o consultas a sendos proveedores, sino de “contrato menor”, que no las exige, como reconoce la propia sentencia. Por lo

tanto, la mención que se hace a las tres consultas es jurídicamente irrelevante, ya que la contratación podría haberse realizado prescindiendo de las mismas, sin que haya afectado a ninguna de las funciones propias del documento.

1. El delito de falsedad documental consiste en una mutación de la verdad que se apoya en una alteración objetiva, de manera que será falso el documento que exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constatados, sin que sea necesario que la falsedad cause un daño o perjuicio efectivo y determinado en el tráfico jurídico, pues como se ha señalado por la jurisprudencia, este delito “...no exige la provocación de un perjuicio concreto, bastando la potencialidad de causarlo”, (STS nº 690/2012, de 25 de setiembre; y en ese mismo sentido, entre otras, STS nº 946/2009, de 6 octubre; STS nº 165/2010, de 18 de febrero; STS nº 279/2010, de 22 marzo; STS nº 157/2012, de 17 de marzo; STS nº 309/2012, de 12 de abril; STS nº 707/2012, de 20 de setiembre; STS nº 974/2012, de 5 de diciembre). De otra parte, no toda falta a la verdad supone la comisión de un delito de falsedad, pues ésta, “como concepto normativo que es, además de una mentira, entendida como relato incompatible con la verdad, debe afectar a un objeto de protección relevante, al que nuestra jurisprudencia se ha referido con las expresiones de función constitutiva y de prueba de relaciones jurídicas” (STS nº 309/2012, de 12 de abril, que cita la STS nº 626/2007, de 5 de julio).

En esta misma sentencia, ampliando las consideraciones acerca de la relevancia de la alteración de la verdad, se argumenta que “...para la existencia de la falsedad documental no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la “mutatio veritatis”, en la que consiste el tipo de falsedad en documento público u oficial, altere la sustancia o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico. Y la razón de ello no es otra que, junto a la “mutatio veritatis” objetiva, la conducta típica debe afectar a los bienes o intereses a cuya protección están destinados los distintos tipos penales, esto es, el bien jurídico protegido por la norma penal. De tal modo que deberá negarse la existencia del delito de falsedad documental cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo, real o potencial, alguno.

A este respecto, y en cuanto al bien jurídico protegido, tiene ya reiterado esta Sala de Casación en ocasiones precedentes que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas (SSTS 349/2003, de 3-3; 845/2007, de 31-10; 1028/2007, de 11-12; 377/2009, de 24-2; y 165/2010, de 18-2, entre otras). Y también se ha establecido, contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24-9; 845/2007, de 31-10; y 165/2010, de 18-2, entre otras)”.

2. Desde la perspectiva de esta doctrina jurisprudencial ha de examinarse la alegación del recurrente. No parece discutible que la regulación administrativa de la contratación de las Administraciones Públicas contempla la exigencia de mayores garantías, orientadas a asegurar la realidad, y también la apariencia, de objetividad e imparcialidad en el proceso de decisión, en función de la importancia del contrato de que se trate, para lo cual se tiene en cuenta, entre otros elementos, su importe económico. Así, como el recurrente argumenta, en contratos de importe menor de 12.020,24 euros, podía acudirse en el momento de los hechos, según la regulación vigente, RDL 2/2000, al régimen del llamado “contrato menor” (artículo 201), que requieren el cumplimiento de menos requisitos (artículo 56: “*En los contratos menores, que se definirán exclusivamente por su cuantía de conformidad con los artículos 121, 176 y 201, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos...*”), mientras que si se supera esa cantidad, es, al menos, necesario el llamado “contrato negociado sin publicidad”, que requiere al menos tres ofertas o consultas con otros tantos proveedores (artículo 92).

No es, pues, irrelevante acudir a una u otra forma de contratación. Y no lo es desde, al menos, dos puntos de vista. En primer lugar, no lo será si al

acudir a uno u otro régimen de contratación se vulneran las reglas de obligado cumplimiento. Pero, en segundo lugar, tampoco lo será si, no siendo finalmente necesario, se acude inicialmente, al menos en apariencia, a un régimen de contratación que suponga la observancia de determinadas actuaciones, precisamente exigidas por ese concreto régimen legal de contratación para asegurar la presencia de unas mayores garantías de imparcialidad y objetividad.

En el caso, el acuerdo de la Mesa de Contratación de 24 de febrero para requerir un informe externo no consta que estableciera los límites cuantitativos que determinarían el procedimiento a seguir. Tal cosa solamente aparece en la propuesta de 2 de marzo, en la que se hace referencia a la consulta a tres despachos de abogados diferentes, como si se hubiera seguido hasta ese momento el procedimiento negociado sin publicidad, y añadiendo después que se propone la aprobación de un gasto por importe de 12.000 euros, constando también, ya en ese momento que el contrato de consultoría y asistencia será llevado a cabo por la mercantil Ariño y Asociados, Abogados, S.L., con una duración de tres semanas. Es cierto que el importe, determinado en ese momento, permite continuar la tramitación como contrato menor, pero también lo es que la impresión que se transmite es que se inició como contrato negociado sin publicidad, y, por lo tanto, con las garantías propias de un régimen de contratación más complejo que el previsto para los contratos de cuantía inferior a los 12.020,24 euros.

La trascendencia de esta apariencia no puede ser valorada en abstracto, como se pretende en el motivo, prescindiendo de su contexto, sino que ha de hacerse en función de las circunstancias en que se produce, a las que ya se ha hecho referencia con anterioridad. La Mesa de Contratación estaba compuesta de seis miembros, incluyendo al recurrente como Presidente de la misma. En la reunión del 24 de febrero, en atención a los informes internos entonces disponibles, tres de sus miembros habían ya votado en contra de la propuesta del Presidente para adjudicar el contrato de recogida de residuos a las empresas NECSO-LA GENERALA, S.A., y antes de que votara el técnico D. Emilio Gómez, que había suscrito informe en ese mismo sentido como Jefe del Area de Servicios, había acordado suspender la reunión para la incorporación de un informe externo. Ante esa situación, y con independencia de que luego se alterara, como se hizo y en la forma en que se hizo, la composición de la Mesa de Contratación para la votación final de la propuesta, no era irrelevante que el informe externo viniera revestido de las mayores garantías procedimentales posibles. Pues, tal como se recoge en

la sentencia impugnada con otros términos, esa circunstancia podía influir en la justificación de la decisión que otros pudieran adoptar respecto del sentido de su voto frente a informes técnicos internos de sentido diametralmente opuesto al nuevo informe. En ese sentido, el documento administrativo al que se incorpora la mendacidad, acredita, falsamente, que, en la tramitación, se había cumplido con una exigencia solo prevista para supuestos de contratación de mayor importancia económica, y por lo tanto, tendente a una ampliación de las garantías de objetividad e imparcialidad en la adopción de la decisión. Esa exacerbación de garantías no es potencialmente irrelevante, objetivamente, cuando se trata, como se trató, de obtener el voto, favorable prácticamente acrítico, de otras personas, a pesar de los informes técnicos de sentido contrario.

Por todo ello, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo, nuevamente al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal, pues afirma que ninguna resolución administrativa en cuya adopción participó el recurrente fue ilegal, ni arbitraria, ni injusta. Señala que en la sentencia no se dice cuáles de las conductas arbitrarias a las que se refiere se han materializado en una resolución administrativa, sin que pueda ser la de adjudicación del contrato, que no fue adoptada por él sino por la Junta de Gobierno. Se queja de que en la sentencia no se cita ninguna norma que haya sido infringida, aunque se afirme que “la legalidad es solo aparente”. Pues en ambos expedientes, el órgano que decide es el competente, se siguieron los trámites legales y la decisión de fondo no contraviene norma alguna, sin que existiera en ningún momento advertencia de ilegalidad respecto de alguna de las actuaciones administrativas.

1. *“Como declara la STS 363/2006, de 28 de marzo, recordando entre otras, la de 4 de diciembre de 2.003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al 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 última ratio en la intervención del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de*

1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras)”. (STS nº 340/2012, de 30 de abril).

La jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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.

Por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos (STS nº 627/2006, entre otras muchas).

En cuanto al contenido arbitrario de la resolución, algunas sentencias de esta Sala vienen a resaltar como elemento decisivo “...*el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa*”, (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS 766/1999, de 18 mayo y STS 2340/2001, de 10 de diciembre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, *no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley* (STS 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de

su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Insistía 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. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. (STS 340/2012).

Concretamente cuando se trata de infracciones del procedimiento, la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se cumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales. 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. 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, otra 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...*” (STS 1658/2003, de 4 de diciembre). 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. Son, en este sentido, trámites esenciales*”. (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo).

2. En relación a las alegaciones del recurrente, en cuanto al primer aspecto, no puede excluirse, como se pretende en el motivo, su responsabilidad en la adopción del acuerdo de adjudicación por el hecho de que haya sido adoptado por un órgano colegiado (STS nº 1312/1994, de 24 junio; STS nº 648/2007, de 28 de junio), pues, con conocimiento de todos los antecedentes, así como del significado de éstos y del sentido y consecuencias de su decisión, formó parte del mismo votando a favor del referido acuerdo.

Esto establecido, en la sentencia se dice con claridad que las conductas que se describen se han realizado en ejecución de un plan preconcebido dirigido a la adjudicación del contrato de recogida de residuos sólidos.

Esa es, pues, la resolución arbitraria. No lo es por falta de competencia, pues no se ha sostenido que la decisión haya sido adoptada por órgano incompetente.

Tampoco puede afirmarse ahora, aunque existan indicios en ese sentido, que la arbitrariedad radique en la contradicción racionalmente injustificable de su contenido de fondo con las normas jurídicas aplicables. Pues el Tribunal de instancia no ha examinado ese aspecto y se ha limitado a hacer constar las conclusiones, o el sentido de las mismas, de los distintos informes unidos al expediente administrativo, sin analizar críticamente su contenido.

La Constitución, (artículo 103.1), exige que la Administración pública sirva con objetividad los intereses generales y que actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho. En relación con esta previsión constitucional reviste una especial importancia la función de los técnicos que prestan su servicio a la Administración y cuya intervención está prevista por la ley en los distintos procedimientos administrativos. Función que, en ocasiones, se traduce en la emisión de informes en los que se advierte de una posible ilegalidad. En general, para justificar la elección de la opción de cuya ilegalidad se ha advertido no basta la mera aportación de un informe externo de sentido contrario, con la finalidad de contrarrestarlos. Ya en el marco del proceso penal, será preciso entonces, no solo descartar la posibilidad de que se trate de un informe de complacencia, confeccionado ad hoc, sino, además, que el Tribunal examine la racionalidad y consistencia de unos y otros informes o dictámenes. Siempre teniendo presente que, como se ha dicho más arriba, la arbitrariedad exigida por el tipo penal no se apreciará por la mera contrariedad con el derecho, sino cuando no sea posible sostener lo actuado

con ninguna interpretación de la ley que sea realizada con un método racional y, como tal, admitido en derecho.

3. Aquella resolución, es decir, la adjudicación del concurso de la contrata de recogida de residuos sólidos y demás, es considerada arbitraria en la sentencia impugnada a causa del procedimiento seguido en su adopción, que se califica en la dicha sentencia como una apariencia de legalidad, en tanto que se ha procedido a la ejecución de actuaciones que, simulando cumplir con el procedimiento administrativo, en realidad venían a soslayar los controles que éste tenía previstos. Aquellas actuaciones se traducen en dos aspectos fácticos en los que, como partes del procedimiento, se advierte la arbitrariedad.

En primer lugar en obtener, en oposición al sentido de los informes técnicos internos contrarios a la adjudicación que el recurrente proponía en la reunión de la Mesa de Contratación de 24 de febrero de 2004, un informe externo, al que dota de una apariencia de mayores garantías en su obtención que las realmente observadas al añadir falsamente a la propuesta de contrato de consultoría y asistencia de 2 de marzo y al Decreto de 4 de marzo, la mención de que se había consultado a tres despachos antes de adjudicar el contrato a la mercantil Ariño y Asociados. Tal como ya se puso de relieve en el anterior fundamento de derecho, respecto de la designación efectuada por el recurrente a favor del referido despacho, aunque estaba permitida por el procedimiento administrativo de contratación que de hecho fue final y efectivamente seguido, en realidad se actuó de forma que se ocultó su carácter directo y digital mediante la falsa mención a la consulta que se decía realizada a otros dos despachos, con lo que se daba la impresión de que se había acudido a un procedimiento de contratación revestido de mayores garantías y de que la designación, en realidad, no había sido directa.

Ninguna norma prohibía la unión de un informe externo, por más que en la sentencia se valore como algo inusual en el Ayuntamiento interesado, pero es evidente la prohibición de faltar a la verdad en cuanto al procedimiento seguido para ello.

Y, en segundo lugar, en la modificación de la composición de la Mesa de Contratación justo antes de proceder a la votación de la propuesta, incorporando a dos miembros de su propio partido que no llegaron a ver el expediente y, sin embargo, votaron acríticamente a favor de la propuesta del recurrente, viniendo precedido su voto de la dación de cuenta, por este último, respecto de la existencia y sentido del informe externo, y según se

declara probado, “*afirmando que ya no existían problemas de viabilidad en la propuesta de adjudicación*” y mencionando, además, que se había consultado a otros dos despachos. Tal forma de proceder ha de considerarse arbitraria al menos por las siguientes razones. En primer lugar, porque la composición de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento estaba prefijada desde las elecciones municipales de 2003, formando parte de la misma el Presidente y cinco vocales, de los cuales, cuatro eran técnicos, según se declara probado en la sentencia impugnada. En segundo lugar, porque la alteración se produce en el curso del proceso de formación de la voluntad del órgano colegiado. En tercer lugar, porque no existe en las actuaciones ninguna justificación objetiva de tal forma de actuar. En cuarto lugar, porque la única finalidad que, según puede desprenderse de los hechos probados, podía pretender el recurrente, era asegurarse el voto favorable o, en su caso, obtener una mayoría más holgada a favor de la propuesta de adjudicación que venía defendiendo desde el primer momento, y que había encontrando algunas dificultades dado el voto contrario de tres vocales en la anterior reunión de la Mesa y los informes internos. Y, en quinto lugar, porque la designación de los miembros de la Mesa corresponde al órgano de contratación (artículo 81 del RDL 2/2000), y, por lo tanto, en el caso, no al Alcalde ni tampoco a la Mesa.

Ambos aspectos suponen, pues, la alteración arbitraria, en aspectos esenciales, de las condiciones del procedimiento administrativo seguido, con la finalidad de obtener una resolución en un determinado sentido favorable a las pretensiones del recurrente, superando las dificultades derivadas de la opinión contraria de parte de los vocales técnicos de la Mesa de Contratación. Como ya se ha dicho, no se analiza en la sentencia impugnada si la resolución final de adjudicación es o no contraria a derecho y si alcanza la categoría de arbitraria en atención a su contenido de fondo, pero ese carácter le viene atribuido por el procedimiento seguido para adoptarla, tal como se describe en la sentencia de instancia y se examina en la presente, el cual fue alterado arbitrariamente para darle una apariencia de legalidad a lo que carecía de ella. En sentido similar la STS nº 627/2006, de 8 de junio.

Es indiferente a estos efectos que ninguno de los miembros de la Mesa, ni tampoco el Secretario de la misma realizaran advertencias de posible ilegalidad, pues ello, en el caso, no se aprecia que pudiera afectar al elemento del tipo subjetivo, lo cual, en realidad, tampoco se alega en el recurso.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, se queja de lo que considera indebida falta de aplicación del artículo 66.1.2ª en relación con el 21.6ª del Código Penal, en la medida en la que en la sentencia no se ha estimado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada. Entiende que los argumentos desarrollados en la sentencia no son razonables. Argumenta que el proceso ha durado cinco años y diez meses, cuando, a su juicio, debería haber durado un año y medio. En la fase de instrucción, se inició por denuncia de 4 de enero de 2007 y finalizó con la exposición razonada de fecha 27 de junio de 2011, practicándose solamente la reclamación del expediente administrativo, que fue remitido de inmediato; la declaración del imputado el 1 de marzo de 2007, y tres declaraciones testificales, la última en noviembre de 2010. Alega, finalmente, que las consecuencias del retraso son, en el caso, especialmente intensas, pues el recurrente era Alcalde de Torrevieja en la primera parte de la instrucción y luego Diputado en las Cortes Valencianas desde las elecciones de 14 de junio de 2007, por lo que el caso tenía un especial interés para la opinión pública con la consiguiente presión mediática. Reconoce la inexistencia de dilaciones en la tramitación ante el Tribunal Superior.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Es preciso en cada caso el examen de las actuaciones, a fin de comprobar si, teniendo en cuenta la duración total del proceso, efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga

c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

La jurisprudencia ha vinculado la atenuación a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. (En este sentido la STS nº 1432/2002, de 28 de octubre; la STS nº 835/2003, de 10 de junio y la STS nº 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS nº 1583/2005, de 20 de diciembre; STS nº 258/2006, de 8 de marzo; STS nº 802/2007, de 16 de octubre; STS nº 875/2007, de 7 de noviembre, y STS nº 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones, y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Su apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple. En este sentido, (STS nº 981/2009, de 17 de octubre) deben valorarse como muy cualificadas aquellas circunstancias atenuantes que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de pena asociado a la conducta del inculpado. En la misma línea argumentativa, la STS nº 692/2012, de 25 de setiembre.

2. El recurrente no precisa, en realidad, periodos de paralización del procedimiento que pudieran considerarse injustificados, sino que critica la duración total del proceso, cuando, a su entender, debería haberse invertido menos tiempo en su tramitación. Sin embargo, la tramitación de una causa penal no puede traducirse en una sucesión mecánica de trámites o actuaciones

procesales, sino que en función de los datos disponibles en cada momento y de la complejidad de los temas jurídicos suscitados, requiere ordinariamente un periodo de estudio y reflexión más o menos dilatado. Son las circunstancias concretas de cada caso las que permitirán establecer el carácter injustificado de la duración de la tramitación, por lo que éste no podrá establecerse atendiendo solamente al dato temporal.

Por otro lado, no se trata de valorar si los argumentos del Tribunal para rechazar la apreciación de la atenuante como muy cualificada son o no acertados, sino de acreditar la existencia de elementos fácticos y jurídicos que justifiquen ese efecto reforzado de atenuación. Y, como se ha dicho más arriba, el Código Penal ya exige el carácter extraordinario de la dilación para apreciar la atenuante simple, por lo que será preciso probar un retraso superior al extraordinario, o unos efectos derivados del mismo especialmente graves, para que la atenuación provoque el efecto propio de una atenuante muy cualificada, equivalente al que corresponde a una semieximente.

En el caso, como se ha dicho, el recurrente se limita a alegar la excesiva duración del proceso, lo cual ya se ha tenido en cuenta por el Tribunal para apreciar la atenuante simple, sin que se encuentren ahora razones para intensificar esos efectos atenuatorios. En cuanto a las especialmente intensas consecuencias que el recurrente vincula a su condición de Diputado en las Cortes Valencianas, ha de señalarse que, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, se le recibió declaración como imputado el día 1 de marzo de 2007, por lo que su decisión de presentarse como candidato a las mencionadas elecciones se adoptó conociendo la existencia del proceso y su cualidad de imputado en el mismo. Por lo tanto, esta posición procesal no le impidió concurrir a las elecciones ni ejercer sus cargos públicos durante la instrucción de la causa. De otro lado, la relevancia mediática alegada, se justificaría igualmente por el legítimo interés ciudadano en conocer la conducta de quienes han asumido cargos públicos durante el ejercicio de los mismos, lo cual puede entenderse que se incrementa de forma razonable cuando, al tiempo del proceso, continúan desempeñando funciones públicas. La existencia de tal interés, por lo tanto, no puede tener un efecto reductor de la pena.

El motivo, pues, se desestima.

III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal del acusado **PEDRO ÁNGEL HERNÁNDEZ MATEO**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, con fecha treinta de Noviembre de 2.012, en causa seguida contra el mismo, por delitos de falsedad en documento oficial y prevaricación. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Perfecto Andrés Ibáñez

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer

Manuel Marchena Gómez

Antonio del Moral García

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

