



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

## AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00121/2022

-

ROSALIA DE CASTRO NÚM. 5  
Teléfono: 986.80.51.19  
Correo electrónico: seccion2.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: MM  
Modelo: 213100

N.I.G.: 36038 43 2 2018 0001367

### RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000424 /2021-M

Juzgado procedencia: XDO. DO PENAL N.3 de PONTEVEDRA  
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000178 /2020

Delito: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Recurrente: DIEGO, JAIME MANUEL, MAURICIO, MARIA LUISA, RAFAEL, ENRIQUE, MANUEL ANGEL , JAVIER  
Procurador/a: D/D<sup>a</sup> RAFAEL BARRIOS PEREZ, JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO , ISABEL SANJUAN  
FERNANDEZ , MARIA SUSANA TOMAS ABAL , RICARDO ESTEVEZ CERNADAS , JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO  
, MARIA DOLORES COBAS GONZALEZ , ANA ISABEL SOTO GARCIA  
Abogado/a: D/D<sup>a</sup> JOSE LUIS FEIJOO BORREGO, MANUEL CISNEROS RODRIGUEZ , JESUS SEREN ROSAL ,  
MARTIN SERANTES ALVAREZ , JOSE FERNANDEZ IGLESIAS , XULIO TEIXEIRA RODRIGUEZ , MANUEL GONZALEZ  
CERVIÑO , MARIO JUAN TOJA GARCIA  
Recurrido: MINISTERIO FISCAL  
Procurador/a: D/D<sup>a</sup>  
Abogado/a: D/D<sup>a</sup>

### SENTENCIA N°121

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente

D. JOSE JUAN BARREIRO PRADO

Magistrados/as

DÑA. ROSA DEL CARMEN COLLAZO LUGO

DÑA. ROSARIO CIMADEVILA CEA

En PONTEVEDRA, a tres de mayo de dos mil veintidós.

VISTO, por esta Sección 002 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador RAFAEL BARRIOS PEREZ, JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, ISABEL SANJUAN FERNANDEZ, MARIA SUSANA TOMAS ABAL,

RICARDO ESTEVEZ CERNADAS , JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO , MARIA DOLORES COBAS GONZALEZ, ANA ISABEL SOTO GARCIA, en representación de **DIEGO, JAIME MANUEL, MAURICIO, MARIA LUISA, RAFAEL, ENRIQUE, MANUEL ANGEL y JAVIER** respectivamente, contra Sentencia dictada en el procedimiento PA 178/2020 del JDO. DE LO PENAL N°3; habiendo sido parte en él, como apelantes los mencionados recurrentes, y el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia, **actuando como Ponente la Magistrada Ilma. Sra. ROSARIO CIMADEVILA CEA.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha cinco de febrero de dos mil veintiuno, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente:

*"Que debo CONDENAR Y CONDENO a:*

*-RAFAEL, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal en concurso medial (artículo 77.1.3 del Código Penal) con un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas durante ocho años.*

*-MANUEL ÁNGEL, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas durante ocho años.*

*-MARÍA LUISA, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude*



del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas durante ocho años.

-ENRIQUE, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de cuatro años.

-JAIME MANUEL, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de cuatro años.

-ANDRÉS, en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como cooperador necesario de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y autor de un delito de fraude del artículo 436 del Código Penal (en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal) a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social por tiempo de cuatro años.

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

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

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

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

Y como **Hechos Probados** expresamente se recogen los de la sentencia apelada:

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

El 30-12-2011 se firmó el convenio de colaboración entre la Diputación y el Concello de Moaña, asumiendo la Diputación la redacción del proyecto por importe de 21.122 euros y la construcción por importe de 999.561,23 euros a través de una subvención discrecional del presidente de la Diputación.



Firmaron el convenio RAFAEL, mayor de edad, sin antecedentes penales, como presidente de la Diputación Provincial y MARÍA LUISA, mayor de edad sin antecedentes penales, como alcaldesa del Concello de Moaña.

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

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

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

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

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

De este modo, con el acuerdo del presidente de la Diputación Rafael, el director de infraestructuras de la misma, Manuel, el representante de la empresa Eiriña, Jaime Manuel, Enrique, como administrador de la empresa Eiriña SL, María

Luisa, como alcaldesa del Concello de Moraña y Andrés, como arquitecto, se elabora y ejecuta el plan siguiente:

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

En Junta de Gobierno presidida por Rafael, el 9 de agosto de 2013 se concedió al Concello de Moraña la cantidad de 86.829,84 euros con cargo a la partida 13/942.942.652.45.2012 (de libre disposición del presidente).

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

El acusado, DIEGO, mayor de edad, sin antecedentes penales -administrador de la empresa canalizaciones y Construcciones Salnés SL- y MAURICIO, mayor de edad y sin antecedentes penales - administrador de Construcciones Enrique XXXXXXXXXXXX SL- accedieron a participar en el proceso negociado sin publicidad sabiendo que se trataba de un mero trámite para adjudicar la obra a Eiriña SL y consecuentemente presentaron ofertas con los datos que la propia empresa Eiriña SL, a través de su representante y administrador les proporcionó, con la finalidad de que en todo



caso la obra fuese adjudicada a ésta última por ser la más ventajosa, como así ocurrió.

El 21 de octubre se firmó el contrato para la realización de la obra entre la diputada delegada, Xxxxxxx y Enrique como administrador de Construcciones Eiriña DL.

El 4 de noviembre se firmó el acta de comprobación de replanteo, firmando Jaime Manuel por la empresa y Andrés por la dirección de obra.

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

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

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

-casetón para la bomba hidráulica de riego y el filtro que consta ya realizado el 1-8-2013.

-cuartos bajo el graderío (almacenes) que constan ya realizados el 1-8-2013.

-cerramientos sobre muros de escaleras de hormigón que consta ya realizados el 12-10-2013.

-soleras de hormigón pulido frente a galería y vestuario que constan ya realizadas a fecha 1-8-2013 al menos la solera de hormigón frente a graderío.

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



Aunque la decisión administrativa de conceder la subvención por importe de 86.829,84 euros se tomó en Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Pontevedra, presidida por el acusado, Rafael con cargo a la partida presupuestaria de su libre disposición, la misma no hubiese sido posible sin la solicitud de la acusada, María Luisa, sin el proyecto técnico firmado por el arquitecto Andrés, y sin la preparación previa fundamental de los acusados Manuel Ángel, Enrique y Jaime Manuel.

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

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

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de los hoy recurrentes, se interpuso recursos de apelación que formalizaron exponiendo las alegaciones que constan en sus escritos, los cuales se hallan unidos a las actuaciones.

**TERCERO.-** Dado traslado de los escritos de formalización de los recursos a las partes, se presentó escrito de impugnación en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

**CUARTO.-** Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación.





ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

## HECHOS PROBADOS

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

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

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

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

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

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

El día 12 de diciembre de 2013 la empresa Eiriña S.L presentó una certificación 12 fechada el 9-12-2013, que venía coincidiendo con la 11, pero aumentando algunas partidas, por importe de 86.816,47 euros, no obstante, como se trataba de



una obra financiada con subvención, la legislación impedía rebasar el importe subvencionado, tanto vía modificados como liquidaciones con incremento de coste, motivo por el que no fue atendida dicha certificación por esa vía sino a través del expediente de reclamación extrajudicial de crédito.



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

De este modo, con el acuerdo del presidente de la Diputación, D. Rafael, del director de infraestructuras de la misma, D. Manuel Ángel, el representante de la empresa Eiriña, D. Jaime Manuel, D. Enrique, como administrador de la empresa Eiriña SL, se elabora y ejecuta el plan siguiente:

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

En Junta de Gobierno presidida por Rafael, el 9 de agosto de 2013, se concedió al Concello de Moraña la cantidad de 86.829,84 euros con cargo a la partida 13/942.942.652.45.2012 (de libre disposición del presidente).

Como los acusados anteriormente mencionados habían ya acordado que, con simulación aparente de aplicar la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas, la obra iba a ser adjudicada a Construcciones Eiriña SL, por resolución de la diputada delegada en materia de contratación, D<sup>a</sup>.



Xxxxxxx, que actuaba desconociendo el plan de los acusados, limitándose a firmar, se aprobó el proyecto y expediente de contratación, el pliego de cláusulas económico- administrativas (procedimiento negociado sin publicidad), el gasto por importe de 86.829,84 euros, y se acordó dar traslado de la resolución a las empresas Eiriña SL, Construcciones E.C. XXXXXXXXXXXX SL y Canalizaciones y Construcciones Salnés SL.

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

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

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

El 4 de noviembre se firmó el acta de comprobación de replanteo, firmando Jaime Manuel por la empresa y Andrés por la dirección de obra.

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

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

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

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

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

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

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

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

Aunque la decisión administrativa de conceder la subvención por importe de 86.829,84 euros con cargo a la partida presupuestaria de libre disposición del Presidente, se tomó en



Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Pontevedra, presidida por Rafael Rafael, la decisión de conceder la subvención no hubiese sido posible sin la preparación previa fundamental de los acusados Manuel Ángel, Enrique y Jaime Manuel.

Asimismo, todos ellos necesariamente eran concededoras de la invitación realizada a los acusados, Diego, como administrador de Canalizaciones y Construcciones Salnés SL y a Mauricio, como administrador de Construcciones Enrique XXXXXXXXXXXX SL, para que participasen sin propósito serio de concurrir, en el proceso negociado sin publicidad.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **PRIMERO. - Cuestiones Previas.**

Con carácter previo daremos respuesta a los distintos motivos de nulidad de actuaciones alegados por las defensas.

Asimismo, en adelante nos referiremos al Proyecto "Modificado nº 1 del Campo de fútbol y edificación anexa en Moraña", como modificado 1 y al proyecto de "Melloras en vestuarios e graderío do campo de futbol de O Buelo (Moraña)" como proyecto melloras.

**1.- Nulidad de la sentencia por vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) en relación con infracción del art. 324 LECRIM, en su anterior redacción y que determina la nulidad de las actuaciones posteriores al 6/12/2017 (art. 11 LOPJ). (Defensas de Enrique y Jaime Manuel).**

La infracción fue alegada en el plenario y lo había sido en fase de instrucción en dos momentos: a) por vía de recurso contra la providencia del 21/05/2018 del juzgado de instrucción nº 1 de Pontevedra (DP 450/2018 f. 205) que acordó dar traslado a las partes de la solicitud del MF para declarar la complejidad de la causa, recurso desestimado por auto del 28/06/2018 (f. 570); b) mediante recurso de reforma contra el auto del 9/06/2018 del referido juzgado que declaró la complejidad y prorrogó por 18 meses el plazo para la instrucción (f. 552 y 553), decisión recurrida en reforma y en apelación, habiendo sido desestimado el recurso de apelación por auto del 18/10/2018 (f. 741,742, rollo 486/18) de este mismo tribunal de la Audiencia Provincial.

Los apelantes justifican la pretensión de que se reconsidere tal cuestión en que, con posterioridad a aquellas

resoluciones, pudieron aportar al órgano de enjuiciamiento (Jdo Penal 3 de Pontevedra PA 178/2020, T.IV, f. 1529 ss), que desestimó la cuestión previa, nueva prueba documental la cual estiman decisiva para demostrar la vulneración que alegan.

Se trata de tres informes del Fiscal que actuó en las DP 1838/12, en las 3890/2013 y en las 2576/17 todas del Jdo de Instrucción 7 de Vigo, en concreto: un informe del 29/11/2017 emitido en las DP 2576/17, pieza separada de las DP 3890/2013 (f 120) en el que renuncia expresamente a solicitar nuevas diligencias de investigación en dicha pieza (pieza que conforma DP 450/18 del Jdo Instrucción 1 de Pontevedra y el actual PA 178/2020) y solicita la transformación en procedimiento abreviado; dos informes del 2/05/2018 (f. 242, 243) evacuados respectivamente en las DP 2532/2017 y 2556/2017 de Instrucción 7 de Vigo, (también piezas separadas de las DP 3890/2013) en los que mantiene el Ministerio Fiscal que para el cómputo del plazo de instrucción en dichas piezas debe tenerse en cuenta el tiempo transcurrido en la causa de origen DP 3890/2013, que el plazo de instrucción ha expirado el 6/12/2017 en dicha causa de origen DP 3890/2013 y ya nada procede acordar al respecto.

Un nuevo análisis de la cuestión y su reconsideración es acorde a derecho pues, aunque la invocada como "nueva documentación" ya constaba, en su mayor parte, cuando adoptamos nuestro auto del 18/10/2018, la cuestión afecta al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, por lo que contrariamente a lo afirmado en la sentencia de instancia, nuestro auto resolviendo el recurso de apelación en fase de instrucción, no constituye cosa juzgada, pues, las resoluciones dictadas en fase de instrucción que afectan a derechos fundamentales no adquieren propiamente firmeza en la medida en que el artículo 786.2 LECRIM autoriza expresamente su revisión por el tribunal a quien incumbe su enjuiciamiento disponiendo éste de plenitud de jurisdicción para resolver cuanto le sea planteado en la vista oral, sin quedar vinculado por las decisiones adoptadas a lo largo de la instrucción (Vid SSTs 455/2021 del 27/05/2021).

Además de ello, desde entonces ha habido varios pronunciamientos del Tribunal Supremo que vienen a sentar criterio en aspectos controvertidos del plazo de instrucción introducido por la Ley 41/2015 en el art. 324 LECRIM; en aspectos relativos a la naturaleza procesal o material de tal plazo, a la validez o invalidez del auto de declaración de complejidad y prórroga de la instrucción cuando es dictado fuera de plazo, al régimen de las diligencias de instrucción



acordadas una vez expirado el plazo (etc..). Nos referimos a las SSTS 445/2021 del 27/05/2021; SSTS 527/2021 del 16/06/2021 (motivo trigesimonoveno); SSTS 836/2021 del 3/11/2021 (Primer motivo, puntos 9 a 16), SSTS 48/2022 del 20/01/2022, SSTS 52/2022 del 21/01/2022, todas las cuales se refieren a la redacción del art. 324 LECRIM aquí aplicable, anterior a su modificación por la ley 2/2020 del 27 de julio.

La cuestión que se nos plantea atañe a: a) cual debe ser el día inicial del cómputo del plazo de instrucción en las DP 2576/17 (pieza separada de las DP 3890/13) luego inhibidas a Instrucción 1 de Pontevedra que las registró como D.P 450/18 y que conforman la presente causa; b) si el auto del 9/06/2018 que declara la complejidad de las D.P 450/18 y fija una prórroga de 18 meses, fue dictado ya expirado el plazo, c) las consecuencias derivadas de la extemporaneidad del auto.

**a) Dies a quo.**

La postura de los recurrentes, coincidiendo con el miembro del Ministerio Fiscal que actuó en las causas del juzgado de Instrucción 7 de Vigo (DP 3890/13 y DP 2576/17), es que siendo las DP 2576/17 una pieza separada de las 3890/13, el tiempo transcurrido en éstas ha de computarse en aquellas y como el plazo de instrucción expiró en las DP 3890/13 el 6/12/2017, circunstancia ésta que no es controvertida, ya no cabía declarar con posterioridad a esta fecha la complejidad en la Pieza separada DP 2576/17.

El devenir procesal de las DP 2576/17 fue el que sigue: por auto del 21/09/2017 el juzgado de Instrucción 7 de Vigo (en DP 3890/13), acogiendo el informe del Ministerio Fiscal del 10/07/2017 (f. 54-114) acordó, deducir determinados testimonios para formar Pieza Separada en relación con la investigación relativa a la obra "Mejoras en vestuarios y graderío en campo de fútbol O Buelo (Moraña)"; por auto del 27/11/2017 (f. 115 y ss) se incoa con los testimonios deducidos, la pieza separada DP 2576/17 y al tiempo se acuerda dar traslado al Ministerio Fiscal así como a las partes personadas sobre el curso de las actuaciones. El Ministerio Fiscal presenta el informe del 29/11/2017 (f. 120) en el que insta la continuación por los trámites del procedimiento abreviado, en los términos ya interesados en su escrito del 10/07/2017, mientras que las defensas del Sr. Rafael y de los Sres. Enrique y Jaime Manuel, solicitaron la práctica de diligencias de investigación, si bien esta última defensa también presenta declinatoria de competencia a favor de los juzgados de Pontevedra. La declinatoria fue estimada por auto del 11/01/2018 (f. 169 y ss).

En el oficio de remisión de las DP 2576/17 a los juzgados de Pontevedra el/a LAJ hace constar que *"se pone en su conocimiento que el plazo para la declaración de la complejidad de la causa, si se estima pertinente, vence el próximo 27 de mayo de 2018"* (f.1); esto es, transcurridos seis meses desde el auto de incoación de las diligencias.

El juzgado de Instrucción 1 de Pontevedra, al que correspondieron por turno incoó las DP 450/2018 por auto del 9/05/2018 (f. 199 ss) y en ellas, a instancia del Ministerio Fiscal, declaró la complejidad por auto del 9/06/2018 fijando el plazo de instrucción de 18 meses (f. 552 ss).

Las partes que apelaron este auto del 9/06/2018 centraron la impugnación en la determinación del "dies a quo" para el cómputo del plazo de instrucción en supuestos de piezas separadas, defendiendo entonces como ahora, la imposibilidad de acordar la complejidad y fijación de un nuevo plazo de instrucción al no haberse hecho antes de la expiración del plazo en la causa de origen (DP 3890/13). Centrado así el debate, en el auto de esta sección fue desestimado el recurso y confirmada la resolución de instancia, sobre la base de interpretar que la resolución de incoación de la pieza separada determinaba la incoación de un procedimiento nuevo y el inicio de un nuevo plazo de instrucción, a tenor de la redacción del entonces vigente art. 324.1 LECRIM.

La decisión no era ni es pacífica. Seguimos defendiendo tal criterio apoyado entonces, en la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2015 de 13 de noviembre y actualmente también en la Circular 1/2021 de 8 de abril que adaptó aquella a la reforma operada en el art 324 LECRIM por la ley 2/2020 de 27 de julio, las cuales acogen el criterio que las recurrentes defienden para los casos de inhibiciones o conflictos de competencia entre los juzgados, pero acogen el contrario en los supuestos de acumulaciones, siendo a esto último a lo que debe asimilarse este supuesto. Se dice en ellas: *"Cuando se trata de acumulaciones el criterio ha de ser necesariamente diferente, ya que las mismas versarán sobre hechos o sujetos distintos, que en principio podrían haberse instruido en causas separadas. Como establece el artículo 17 LECrim, cada delito debe dar lugar a la formación de una causa, pero si concurre alguno de los supuestos de conexidad, la investigación se efectuará en un solo procedimiento. En este caso, si existen varios autos de incoación de diligencias, el que marque el inicio del cómputo de los plazos debe ser el auto de incoación de las últimas diligencias iniciadas, y ello por razones de estricta lógica: por un lado, si tales diligencias no se hubieran acumulado, estarían sometidas a los plazos generales del artículo 324 LECrim en toda su amplitud; por otro, de quedar vinculadas al plazo de las diligencias más antiguas, podría llegarse al absurdo de que una vez acumuladas, no se disponga de plazo alguno para la instrucción, por hallarse este ya agotado"*.

En el presente caso la causa matriz (DP 3890/13) comprendía en su objeto que era más amplio -(supuestos sobornos en las





adjudicaciones de distintas obras públicas a determinadas empresas, entre ellas Eiriña S.L)- también el de las DP 2576/17, ceñidas a la obra proyecto "Mellora en vestuario e graderío do campo de fútbol de O Buelo (Moraña)".

Aquel objeto más amplio comprendía una investigación de hechos complejos aparentemente en conexidad y/o continuidad delictiva, hasta que el devenir de la instrucción puso de manifiesto la inexistencia de esa conexidad, lo que determinó la formación de varias piezas separadas, entre ellas las DP 2576/17 cuya desconexión varió la competencia territorial a favor de los Juzgados de Pontevedra. En este sentido informaba el Ministerio Fiscal con motivo de la declinatoria (f. 167) que *"las razones que determinaban la asunción de la competencia de los hechos relativos a la Diputación de Pontevedra concurrían mientras el conjunto de hechos se tramitaba de modo conjunto en función de su aparente conexidad o incluso susceptibles de potencial continuidad en algunos aspectos, pero tras el resultado de la instrucción se comprueba que no concurre, ni identidad de acción, ni continuidad delictiva y ni siquiera conexidad en sentido técnico jurídico"*.

En el mismo sentido se expresaban las defensas (Vid defensa del Sr. Manuel Ángel 759 CD) exponiendo que los presentes hechos nada tienen que ver con los que motivaron la incoación de las DP origen de todas las demás (DP 1838/2012) siendo estos hechos muy posteriores en su comisión a aquella incoación y extraídos del resultado de intervenciones telefónicas allí acordadas.

Consideramos que se trata aquí de un supuesto asimilable a la deducción de testimonio dentro de una causa para remisión al juzgado competente, con la particularidad de que la causa formada con el testimonio fue incoada en el propio juzgado que instruía la de origen. Por tanto, el auto de incoación de la pieza separada marca el inicio del cómputo de un nuevo plazo de instrucción.

Esta interpretación viene avalada por la reciente SSTS 48/2022 del 20/01/2022. En ella el Tribunal Supremo analiza la cuestión y recoge que *"(..)la clave, a los efectos de precisar el dies a quo, es determinar qué fecha es la que ha de considerarse como de incoación de la causa, o si se prefiere, por ceñirnos a la literalidad del art. 324 vigente en la época de los hechos "la fecha de la incoación del sumario o de las diligencias previas" si aquélla de 13 de junio de 2017, como mantiene el recurrente, o ésta de 4 de abril de 2018, cuando se incoan las nuevas diligencias previas en pieza separada abierta ad hoc, para lo cual podemos comenzar recordando que la formación de pieza separada, con cobertura en lo dispuesto en el artículo 762.6ª LECrim., no deja de ser una causa penal propia, susceptible de un tratamiento procesal autónomo, que tiene opción de abrir el juez de instrucción para la práctica de diligencias respecto de distintos encausados, cuando existan elementos para enjuiciarlos con independencia de otros, a los efectos de simplificar y activar el procedimiento principal, proporcionando un mejor control de las actuaciones y no entorpeciendo el curso de la principal, lo que no obsta para que, en función del*

curso y resultado de las mismas, se puedan luego reincorporar a la causa principal, como así acordó el instructor mediante auto de acumulación de 27 de julio de 2018(f. 3348 tomo VIII) (...) En resumen, coincidimos con el M.F, cuando mantiene que fueron diligencias distintas, a las iniciales, en las que se investiga a los recurrentes, de cuya argumentación transcribimos aquella parte, que pone en relación con nuestra STS 455/2021, de 27 de mayo de 2021, en la que dice: "Si leemos detenidamente la STS 455/2021, observamos que se refiera a la indefensión del investigado, la declaración del investigado etc...Pues bien, como señala el TSJ, los recurrentes no estaban siendo investigados y no serán hasta que incoándose la Pieza Separada y a la vista del Atestado 2/03/2018, se practiquen una serie de diligencias de investigación, principalmente intervenciones telefónicas, debidamente autorizadas, que permitirán llegar hasta el acusado Maximiliano y desde él, al recurrente Leandro. En consecuencia, no parece descabellado sostener que respecto de ellos y dada la separación procedimental, el contador se puso a cero".

En conclusión, la incoación de la Pieza 2576/17 por auto del 27/11/2017 marcó el inicio del cómputo de un nuevo plazo de instrucción de seis meses, (conforme al art. 324.1 LECRIM vigente a la fecha de los hechos) y lo informado por el Ministerio Fiscal que actuaba en la causa de origen (como también en las piezas DP 2532/2017 y 2556/2017) no deja de ser un criterio con el que se puede estar o no de acuerdo. Tampoco el hecho de que dicho miembro del Ministerio Fiscal estimara suficientemente instruida la causa interesando el dictado del auto de procedimiento abreviado, supone un óbice legal para que otro miembro del Ministerio Fiscal sostenga un criterio distinto ante el juzgado finalmente competente, por más que tal disparidad de criterio no sea lo deseable.

Se respeta el criterio conforme al cual la inhibición de una causa en favor de otro juzgado no puede suponer el inicio de un nuevo plazo de instrucción, pues el cómputo se inicia con la incoación de la pieza separada 2576/2017 por auto del 27/11/2017, no con el auto de incoación de las DP 450/2018 por el juzgado que recibió la inhibición de dicha pieza. Finalizaba así el nuevo plazo de seis meses (art. 324.1 LECRIM) el 27/05/2018.

**b) Dictado extemporáneo del auto del 9/06/2018 (DP 450/18).**

Se alega ahora en los recursos que, aunque se admitiera la apertura de un nuevo plazo de instrucción de seis meses computado desde el 27/11/2017, igualmente el auto del 9/06/2018 del juzgado de Instrucción 1 de Pontevedra declarando la complejidad y prórroga por 18 meses es extemporáneo, porque fue dictado una vez expirado el plazo y no puede hacer resurgir plazos que se extinguieron el 27/05/2018.

Esta alegación será estimada.

Tanto la resolución declarando la complejidad y ampliando el plazo (art. 324.1 LECRIM), como la resolución que fije un



nuevo plazo máximo para el fin de la instrucción (art. 324.4) debían ser dictadas *"antes de la expiración del plazo anterior"*, previsión que no existía en relación con el dictado de las sucesivas prórrogas una vez declarada la complejidad (324.2 LECRIM).

El auto del 9/06/2018 del Juzgado de Instrucción 1 de Pontevedra, fue dictado una vez expirado el plazo de instrucción de seis meses que se cumplía el 27/05/2018 tal como advertía la LAJ al remitir la Pieza. Su dictado una vez expirado el plazo se oponía al tenor literal del párrafo 1 inciso segundo del art. 324 LECRIM a cuyo amparo se declaró la complejidad de la causa y se amplió el plazo por 18 meses. No estamos, por tanto, ante una resolución que hubiera acordado una prórroga (art. 324.2 LECRIM) respecto de la cual dada su redacción se podía entender que, si bien la solicitud debía ser realizada antes de que expirara el plazo, cabía dictar la resolución de prórroga tras haber expirado, aunque con efectos retroactivos en su cómputo.

No siendo este el caso, aquel tenor gramatical del art. 324.1 inciso 2, y los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en las sentencias anteriormente referidas (SSTS 445/2021 del 27/05/2021, SSTS 527/2021 del 16/06/2021 (motivo trigesimonoveno), SSTS 836/2021 del 3/11/2021 (Primer motivo, puntos 9 a 16), SSTS 48/2022 del 20/01/2022, SSTS 52/2022 del 21/01/2022), todas posteriores a la Circular 1/2021 del 8/04/2021 de la Fiscalía General del Estado que plantea una interpretación alternativa más flexible y todas referidas al art. 324 LECRIM en su redacción anterior, nos llevan a concluir que su dictado una vez expirado el plazo ya no podía producir el efecto de rehabilitar un nuevo plazo de instrucción.

En ese sentido, según la SSTS 455/2021 se trata de plazos procesales propios, sin posibilidad de recuperación, *"3. La norma del art. 324 LECRIM al momento de los hechos señala, pues, que:*

*a.- Los seis meses es un plazo de máximo, tope procesal "infranqueable" .*

*b.- El cómputo lo es desde la incoación del sumario o las diligencias previas, no después.*

*c.- El Fiscal puede instar la declaración de complejidad de la causa y el juez acordarlo, pero... antes de la expiración de ese plazo".*

*"(..)Los plazos acordados en el art. 324 LECRIM no son flexibles, sino imperativos o taxativos. No hay interpretación flexible posible como llevó a cabo la Audiencia en la resolución anulada posteriormente por la sentencia".*

En la misma línea se pronuncia la SSTS 48/2022 del 20/01/2022:

*"Los categóricos términos empleados por el legislador, como que el transcurso de los plazos "sí provoca consecuencias procesales" o la mención a ese "límite temporal infranqueable" para la realización de las diligencias, dejaban nulo margen para que, llegado el asunto a este Tribunal, se pronunciara en el sentido de reconocer validez a actuación alguna acordada fuera de esos plazos legales, pues no*

parece razonable que, ante tan concluyente mención, se acuda a fórmulas para sobrepasar unos plazos que el propio legislador ha definido como infranqueables".

En el caso que nos ocupa alguna de las defensas recurrió en reforma la providencia que acordó dar traslado a las partes por cinco días para alegaciones a la solicitud del Fiscal de declaración de complejidad, pero tal recurso no conlleva efectos suspensivos.

c) Efectos de la declaración de complejidad adoptada fuera de plazo y régimen de las diligencias acordadas una vez expirado el plazo.

Las consecuencias del transcurso del plazo eran establecidas en los párrafos 6º y 7º del art. 324 LECRIM.

Las sentencias que referimos coinciden en que el elemento de temporalidad en el desarrollo de la fase previa no es de carácter "voluntarista" o subsanable, sino "de obligado cumplimiento" "los plazos acordados en el art. 324 LECrim no son flexibles, sino imperativos o taxativos", "no hay interpretación flexible" y que la expiración del plazo lleva consigo consecuencias: 1) de carácter preclusivo, "la finalización de la fase previa y con ella de la oportunidad de práctica de nuevas diligencias indagatorias"; 2) atinentes a la validez, "las consecuencias procesales de la práctica de diligencias fuera del plazo fijado ex lege es que "no serán válidas".

En la SSTS 455/2021 se recoge que: "Una prueba evidente de que el legislador quiso aclarar qué pasaría con las diligencias llevadas a cabo fuera del plazo está en que en la redacción del nuevo art. 324 LECRIM, ex Ley 2/2020 de 27 de Julio, se recoge en el apartado 3º que : Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha.

Resulta clarificadora la aclaración del cuál es la mens legislatoris del alcance de la fijación de un plazo para practicar diligencias y las consecuencias de su incumplimiento.

Así, como ya hemos precisado, el legislador, con la Ley 2/2020, de 27 de julio, ha resuelto las dudas interpretativas que existían en torno a las consecuencias de la práctica de diligencias fuera del plazo marcado por la Ley, que ahora ubica en doce meses y en seis al momento de los hechos, cual es la nulidad. Se alinea, pues, el legislador con la no validez de estas diligencias corroborando lo ya resuelto en este caso.

Se trata, pues, de un elemento valorativo de "singular importancia" que exista un pronunciamiento expreso del legislador en la misma línea que mantenía el sector doctrinal que apoyaba la nulidad, y que ha sido el basamento argumental tanto de la sentencia de la Audiencia Provincial como del TSJ.

Se niega, pues, con rotundidad la validez a las diligencias posteriores al plazo fijado ex lege constituyendo una clara " opción de política legislativa".

Se puede extraer de dichas sentencias que:



1) " El transcurso del término o su prórroga extemporánea priva de título competencial al juez de instrucción para ordenar diligencias de investigación novedosas. Finalizada la fase de instrucción, el juez no puede seguir investigando el hecho punible practicando diligencias. Esta vinculación del término de instrucción con el propio presupuesto subjetivo de ordenación de actuaciones investigadoras convierte al primero, sin duda, en un término propio esencial y, por ello, en condición de validez" (SSTS 836/2021).

2) "Su traspaso debe considerarse, ya desde la regulación de 2015, causa de anulación y pérdida de eficacia de la diligencia instructora intempestiva, de conformidad a lo previsto en el art. 242 LOPJ. Sanción procesal, la anulación, que se ha incorporado expresamente a la regulación de la temporalidad de la fase previa en el hoy vigente artículo 324.3 LECRIM".

3) "La temporalidad constituye, por un lado, una condición de validez de la actuación indagatoria y, por otro, una regla de prohibición de adquisición de información sumarial".

Ahora bien, el alcance de la invalidez de las diligencias de investigación acordadas fuera del plazo de instrucción ha sido objeto de matización en varias de las citadas.

En la SSTS 455/2021 se avaló el dictado de una sentencia absolutoria por la Audiencia Provincial como resultado de haber estimado la cuestión previa planteada y de considerar que se había infringido el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los acusados. En el caso, todas las diligencias de investigación habían sido acordadas y practicadas con posterioridad a la expiración del plazo de instrucción, incluida la audiencia en calidad de investigados, de los posteriormente acusados. Se estimó la vulneración del derecho fundamental con la consecuencia de considerar no válido todo lo actuado y no susceptible de subsanación por lo que era inútil una retroacción procedimental al no ser posible ya formular una acusación válida. En esa línea la SSTS 48/2022 también recoge al respecto que: *"es cuestión que ya obtuvo respuesta en nuestra Sentencia 455/2021, de 27 de mayo de 2021, a la que seguiremos, y en lo que, en términos generales, coincidimos con el recurrente, cuando considera que los plazos del referido art. 324 son plazos procesales propios, una vez agotados los cuales no son válidas las diligencias acordadas, sin posibilidad de recuperación"*.

En el caso de la SSTS 836/2021 el supuesto de hecho era sustancialmente distinto y la solución también lo fue. Se

habían practicado dentro del plazo de instrucción, tanto la declaración de investigado como diligencias de instrucción cuyo resultado inculpativo justificaba, según el Tribunal Supremo, el juicio de inculpación que motivó el auto transformando las diligencias previas en procedimiento abreviado, aunque en ese momento procesal se hubiera prescindido, como así debía haber sido, del resultado de las diligencias acordadas fuera de plazo. Se apreció la infracción del plazo de instrucción, pero no la afectación de derechos fundamentales del acusado y rechazó la nulidad de actuaciones que se interesaba.

Se precisa en ella que la prohibición de utilizar la información de las diligencias de instrucción acordadas expirado el plazo, lo es para los fines pretendidos con su irregular adquisición, esto es, para los fines de adoptar alguna de las resoluciones previstas en los arts. 779 y 622 LECRIM: *"el Juez de Instrucción no podrá tomar en cuenta los datos irregularmente incorporados al proceso para fundar la decisión inculpativa. De hacerlo, la parte agraviada podrá formular el correspondiente recurso pretendiendo, por un lado, la anulación ex art. 242 LOPJ y consiguiente exclusión de las diligencias intempestivas y, por otro, una nueva valoración de los datos procesalmente utilizables para sostener el efecto inculpativo ordenado. El incumplimiento de la regla de prohibición de adquisición de información sumarial más allá del término establecido en la ley, además de neutralizar su aprovechamiento para fundar la inculpación, afectará al potencial valor probatorio anticipado o preconstituido de la diligencia intempestiva"*.

Por el contrario, afirma la validez probatoria de la información obtenida mediante dichas diligencias extemporáneas porque *"el problema no reside en su validez probatoria sino en su utilización para fundar la decisión inculpativa, porque no ofrece duda alguna que dichas informaciones se han obtenido sin lesionar ningún derecho fundamental, por lo que no les resulta aplicable la regla de exclusión probatoria del art. 11 LOPJ y no impide, insistimos, que su contenido informativo, en el caso de que se considere que hay razones indiciarias suficientes, obtenidas de diligencias regularmente practicadas, para proseguir el proceso inculpativo, pueda ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes -vid. SSTC 303/93 (RTC 1993, 303) , 171/99 (RTC 1999, 171) , 259/2005 (RTC 2005, 259) , 216/2006 (RTC 2006, 216) , 197/2009 (RTC 2009, 197) -*.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

*(..) La falta de validez por incumplimiento del plazo de producción afecta a la diligencia de investigación, al vehículo informativo que quedará, valga el símil mecánico, inservible, pero no compromete la licitud constitucional de la información contenida y su potencial utilización probatoria por otros medios en el juicio oral".*

En esas mismas precisiones insiste la SSTS 52/2022, aunque consideró que en su caso no se había superado el plazo de instrucción.

El presente caso participa tanto del supuesto de hecho analizado en la SSTS 455/21 como del analizado en la 836/21, porque fueron practicadas diligencias de investigación de contenido incriminatorio dentro del plazo de instrucción y prestaron declaración en calidad de investigados seis de las personas acusadas, pero también fueron acordadas y practicadas diligencias de investigación con posterioridad al 27/05/2018 en que expiró el plazo.

En este segundo caso se encuentra el acuerdo de ampliar la imputación y dirigir la causa contra dos nuevos investigados, los acusados Sr. Javier y Sra. María Luisa que tuvo lugar, a instancia del Ministerio Fiscal, por autos del 5/09/2018 y del 29/04/2019 y comparecieron a prestar declaración en tal calidad el 25/10/2018 (f. 728 ss) y el 6/07/2019 (f. 1023 ss).

Pese a esta imputación tardía, constaba en la causa su intervención en el expediente administrativo objeto de enjuiciamiento, desde el principio de la investigación y cabía pensar en su posible responsabilidad en la comisión de los hechos en apariencia delictivos. El Sr. Javier aparecía como el arquitecto que firmaba como autor del "proyecto de mellora" y como director de las obras recogidas en este proyecto y la Sra. María Luisa, alcaldesa de Moraña, aparecía como la solicitante de la subvención para dicho proyecto de mellora, cuya presunta ilicitud se fundaba en el contenido de grabaciones resultantes de intervenciones telefónicas que constaba en la causa y que avalaba esa posible implicación de éstos en el delito. Por tanto, no estamos ante un caso en el que su implicación apareciera por primera vez solo por datos conocidos una vez expirado el plazo de instrucción.

Se solicita que sea declarada la nulidad de la sentencia y de todo lo actuado desde la expiración del plazo, con remisión de la causa al juzgado de instrucción para el dictado de la resolución que proceda de las previstas en el art. 779 LECrim, pero consideramos que la solución no ha de ser ésta sino la

acogida en la SSTS 836/2021, con fundamento en las matizaciones que en ella se refieren, acogidas también en las SSTS 52/2022 y la más reciente SSTS 288/22 del 23 de marzo.

Como en aquel supuesto, en la presente causa, a fecha del 27/05/2018, se habían practicado diligencias de investigación de entidad inculpativa (significadamente el contenido de las intervenciones telefónicas) que justificaban el dictado de la resolución del art. 779.1º LECRIM acordando la continuación por los trámites del procedimiento abreviado, lo cual tuvo lugar por auto del 18/09/2019 (f. 1095 y ss). Así lo había instado el Ministerio Fiscal en sus informes del 10/07/2017 y 29/11/2017 ante el juzgado de instrucción 7 de Vigo y, seis de los posteriormente acusados habían prestado declaración en calidad de investigados dentro del plazo de instrucción, ante dicho juzgado.

Por tanto, no se ha infringido el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) de los acusados que declararon en tal calidad dentro del plazo de instrucción y respecto de los cuales existían antes del 27/05/2018 indicios de criminalidad para continuar las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Contrariamente consideramos que si se ha vulnerado ese derecho fundamental en el caso de los investigados Sr. Javier y Sra. María Luisa, contra quienes no fue dirigido el procedimiento hasta después de expirado el plazo de instrucción, pese a que, y esto es lo relevante, su presunta implicación derivaba de información obrante en la causa con mucha antelación.

Los autos de ampliación de imputación (auto de 5/09/2018 (f. 589ss) y auto de 29/04/2019 (f. 958-960) carecen de validez al haber sido dictados ya precluida tal posibilidad, al igual que su llamamiento y declaración en calidad de investigados y no es posible dirigir la acusación contra quienes no hubieran sido llamados a prestar declaración en tal calidad antes de transformar las diligencias en procedimiento abreviado, diligencia ésta insoslayable conforme a la ley (art. 779.1-4ª en relación con el art. 775 LECRIM) y doctrina constitucional para otorgar al investigado la oportunidad de ejercitar sus derechos de defensa (art. 118 LECRIM).

Consideramos que la expiración del plazo de instrucción sin declaración de complejidad dentro de plazo excluyó la posibilidad de dirigir la imputación contra estos investigados al imponer el art. 324.6 LECRIM la conclusión de la instrucción con la adopción de alguna de las resoluciones del art. 779 LECRIM.





Ciertamente la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2021 aporta argumentos y resoluciones judiciales que afirman tal posibilidad, dada esa doble naturaleza de la primera declaración de investigado como acto de investigación judicial y como garantía de defensa, pero en el presente caso y por las razones expuestas, no nos parece asumible sin infringir garantías del derecho de defensa (art. 118.1 LECRIM) y la finalidad perseguida por el art. 324 LECRIM, dado que su posible implicación derivaba de información obrante en la causa desde el principio de la investigación de estos hechos y nada impedía haber acordado su llamada en tal calidad mucho antes de expirar el plazo. Consideramos que ha habido una demora injustificada en la decisión de su imputación que fue solicitada por la acusación y acordada por el juzgado, transcurridos más de tres años desde que declararon los restantes acusados y expirado el plazo de instrucción.

El que el Sr. Javier y la Sra. María Luisa no hayan reiterado en sus respectivos recursos de apelación la vulneración de su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión debida a la infracción del plazo de instrucción, lo que sí alegaron en el acto del juicio oral mediante su adhesión a la cuestión previa formulada por las mismas defensas que la reiteran en este recurso; no puede ser óbice para acordar en su favor la consecuencia derivada de la infracción constitucional, en cuanto afecta a su derecho fundamental a un proceso justo con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva y forma parte de su voluntad impugnativa.

En consecuencia, procederá dictar respecto de estos acusados para los cuales no existe ni puede existir ya una acusación válida, un pronunciamiento de absolucón.

**2.- Nulidad de actuaciones por falta de competencia territorial del juzgado de instrucción de Vigo para la instrucción. Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y del derecho de defensa (art. 24 CE y art. 14 y ss LECR). Defensa de Enrique.**

Alega la defensa recurrente que si bien inicialmente en las DP 3890/2013 dicho juzgado estaba instruyendo diversos hechos entre los que se podía apreciar una aparente relación, como consecuencia de las intervenciones telefónicas, una vez que se pone fin a estas mediante auto del 18/02/2014 y se levanta el secreto del sumario, se constata que los hechos se refieren a obras públicas que son independientes unas de otras y se producen en diversos lugares y tiempos, estando involucradas diferentes personas de diferentes administraciones públicas

por lo que, una vez alzado el secreto, se crean diversas piezas separadas en setiembre del 2015 y se remiten a los órganos judiciales correspondientes. Que en ese momento debían haberse creado también piezas separadas para los hechos que se referían a la Diputación provincial de Pontevedra, de acuerdo con el art. 762.6ª LECRIM y haberlas remitido a los juzgados de Pontevedra, mucho antes por tanto, de incoarse las DP 2576/2017 y que el "permanente y tenaz" mantenimiento de la instrucción por el Juzgado de I. 7 de Vigo hasta el momento en que dicha parte plantea la declinatoria, supuso una vulneración de su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y debe conllevar la declaración de nulidad de todo lo actuado desde que se alzó el secreto de las actuaciones.

La jurisprudencia asocia la lesión de ese derecho fundamental a la búsqueda intencionada de un Juez o Tribunal distinto al llamado previamente por la Ley a conocer del concreto asunto de que se trate lo que es algo nítidamente diferente de lo que sería una mera infracción de normas de competencia que regulan la jurisdicción ordinaria y cuya infracción no rebasa la legalidad ordinaria.

En tal sentido razona la STS 512/2004, de 28 de abril que: "*Tal planteamiento excluye de partida la vulneración del derecho constitucional enunciado en la medida que la Audiencia Provincial de Barcelona sería en todo caso el órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos. (..) sabido es además que las cuestiones de competencia entre Juzgados adscritos a la Jurisdicción ordinaria no constituyen tampoco vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley*". O la STS 660/2016 Penal sección 1 del 19 de julio de 2016, "*La determinación del órgano competente dentro de los Tribunales ordinarios, tanto para la instrucción como para el enjuiciamiento, carece de relevancia constitucional, salvo en aquellos casos en que un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al órgano que la ley designa para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad. Las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, no afecta al derecho al juez predeterminado por la ley*".

En idéntico sentido a SSTs 244/22 del 16 de marzo, entre otras muchas "*tampoco ha habido vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, porque incluso en el hipotético caso de haberse vulnerado las normas de competencia territorial, conforme a la jurisprudencia que hemos citado, ello no hubiera afectado al derecho al Juez predeterminado por la Ley, ya que solo puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial, mientras que la disputa que se centre en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado*"; así como la doctrina constitucional, entre otras STC 35/2000 del 14 de febrero.



Por tanto, la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Las cuestiones de competencia tienen en el proceso penal ordinario su cauce adecuado de proposición con anterioridad a la celebración del juicio (declinatoria de jurisdicción, art. 666 de la LECRIM.), y su propio sistema de recursos (SSTS 26-5-04) y en modo alguno se vulnera el derecho al Juez predeterminado por la ley en cuanto está conociendo y va a conocer un Tribunal ordinario, investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a los hechos" (STS 26-3-01; SSTS 39, de 1-2-2011).

No se aporta en el presente caso argumento alguno que pueda sustentar mínimamente la vulneración constitucional que se alega. Nada apunta a que el juzgado de instrucción 7 de Vigo hubiera manipulado el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad para sustraer la causa, indebida e injustificadamente, a los juzgados de Pontevedra.

Los hechos que se enjuician tuvieron lugar y fueron descubiertos durante el curso y en el seno de otras actuaciones que llevaba dicho juzgado (DP 3890/13) cuyo objeto era una investigación de mayor alcance sobre una posible actividad delictiva prolongada en el tiempo consistente en presuntos sobornos a funcionarios públicos e irregulares adjudicaciones de obras a las empresas de Enrique; hechos que inicialmente se mostraban como aparentes delitos conexos e incluso en posible continuidad delictiva y que solamente el curso de la investigación permitió diferenciar.

Lo actuado por el juzgado de Instrucción nº 7 tuvo lugar dentro de su competencia objetiva y territorial y quien ahora alega su falta de competencia territorial desde el año 2015 (levantamiento del secreto) no planteó la declinatoria hasta dos años después y en el propio escrito en que la plantea admitía la ahora recurrente que: " es cierto que en el procedimiento Diligencias Previas 3890/13 seguido en el juzgado al que me dirijo se estaban instruyendo diversos hechos entre los que se podía apreciar conexión delictiva...".

El motivo se desestima.

**3.- Nulidad de actuaciones conforme al art. 11 LOPJ, por haberse llevado a cabo una instrucción general y prospectiva con vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE) e infracción del art. 588 bis.i, en relación con art. 579 bis de**

**1a LECRIM. Defensas de Enrique y Manuel.**

Como alegan estas defensas, el origen primero de la presente causa fueron las DP 1838/2012 incoadas en el Juzgado de Instrucción nº 7 de los de Vigo, en virtud de querrela del Ministerio Fiscal contra D. XXXXXXXX propietario y administrador único de Translinas Vigo S.L y tres personas más por delitos de falsedad documental y fraude fiscal con supuesta emisión de facturas falsas para justificar pagos o cuotas de IVA repercutidas y resultando que en su declaración como investigado, D. XXXXXXXX afirmó, entre otros extremos eu D. Enrique utiliza sus empresas "Eiriña e Inversiones Patos" para obtener dinero B para pagar a políticos por concederle contratos y que Enrique le dijo personalmente que una de sus funciones era conseguir concursos municipales.

La instructora dicta auto del 22/10/2012 (f. 714-715) en el que acuerda el secreto parcial de las actuaciones por un mes en el que se recoge que el Sr. XXXXXXXX atribuye, entre otros, a Enrique la comisión de posible delito de cohecho sin perjuicio de mejor calificación y por providencia del 9/11/2012 (f. 722) acuerda dar traslado a la UDEF a fin de que realicen las diligencias de investigación oportunas para el esclarecimiento de los hechos denunciados por el Sr. XXXXXXXX.

Para las recurrentes la actuación del juzgado de instrucción constituye una prospección injustificada, porque no existían más que meras afirmaciones interesadas de un investigado sin base objetiva alguna y se dirigía a investigar unos hechos que no guardaban relación con los de la causa; añaden que en todo caso tendría que haberse abierto una nueva causa con remisión al turno de reparto entre juzgados y que lejos de ello continuó la misma jueza de instrucción con múltiples y sucesivas intervenciones telefónicas y prórrogas.

No apreciamos la prospección.

A la vista de la declaración del investigado Sr. XXXXXXXX, sus informaciones en relación con el Sr. Enrique quien habría comprado la empresa "Inversiones Patos" junto con la esposa del primero, presentaban en aquel momento relación con lo que se investigaba, en cuanto afirmó haber emitido facturas (supuestamente falsas) a petición de Enrique, además de revelar unas conductas de éste que podrían constituir delitos de cohecho y tráfico de influencias, porque a través de la compañía Eiriña S.L buscaría irregulares



adjudicaciones de obras mediante el soborno de funcionarios públicos, aportando determinados detalles (f. 697 y ss).

El auto del 22/10/2012 en el que se acuerda el secreto parcial de las actuaciones por ser dicha medida necesaria para la investigación de los nuevos y graves hechos, contiene una inicial ponderación de las manifestaciones del Sr. XXXXXXXX sobre estos hechos delictivos que, de inicio, no podían desconectarse de los investigados (f. 714 y ss) y la providencia del 9/11/2012 que acuerda dar traslado de lo actuado a la unidad de Delincuencia económica y Fiscal de la policía judicial para que realizaran las diligencias de investigación oportunas para su esclarecimiento (f. 722) es ajustada a derecho en cuanto ordena una actuación necesaria.

Tal como se presentaban los hechos en su complejidad - reflejada en el informe del Ministerio Fiscal del 10/07/2017- nada permitía en aquel momento inicial, pensar en una desconexión material y /o jurídica, máxime dada la frecuencia con la que concurren y se interrelacionan diversos tipos penales en una actividad delictiva que implica a la Administración Pública y así vino a admitirlo la propia defensa de Enrique, como dijimos, al plantear años después la declinatoria.

Por lo demás los nuevos hechos fueron objeto de ponderación y pronunciamiento expreso por la instructora conforme a las resoluciones antes referidas y lo siguieron siendo, así como el resultado de la información que se iba obteniendo, en los sucesivos autos de prórroga de secreto, de intervenciones telefónicas y sus prórrogas, de manera que la autoridad judicial los ha evaluado y resuelto expresamente que debían ser investigados.

Contrariamente a lo que alegan las recurrentes, no nos encontramos ante un supuesto de "un hallazgo casual", sino como ya razonó el TSJG en auto del 1/07/2020 dictado en causa 38/2019 del Tribunal del Jurado, ante delitos conexos con los inicialmente investigados, revelados por un investigado en su declaración como tal.

A mayor abundamiento, también un hallazgo casual podría ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito (SSTS 717/2016 del 27 de setiembre, entre otras).

En definitiva, no apreciamos prospección. La investigación tenía objeto concreto que era la presunta participación del Sr. Enrique y sus empresas en irregulares adjudicaciones de obras de licitación pública, mediante procesos de sobornos a funcionarios públicos y es intrascendente, como también dijo el TSJG en el auto antes referido con argumentos que compartimos: "que los concretos hechos que la integran sean de fecha posterior a la incoación de las DP 3890/13, pues se investigaba una actividad delictiva prolongada en el tiempo y resulta igualmente inane la apertura de pieza separada que tiene como única finalidad facilitar la tramitación, no existiendo por tanto irregularidad alguna por el hecho de no remitir la pieza separada a turno de reparto, pues no se trata de un hallazgo causal en el marco de una investigación que pueda ser constitutivo de delito, sino de los propios hechos investigados".

La cuestión se desestima.

**4.- Nulidad de actuaciones conforme al art.11 LOPJ en relación con las escuchas telefónicas del abonado xxxxxx, con vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y al proceso con todas las garantías (arts. 18 y 24 CE), infracción del art. 579 (actuales 588bis y ter) LECRIM y jurisprudencia de aplicación.** Defensas de Enrique, Manuel Jaime Manuel y Manuel Angel.

Se invoca la nulidad de las intervenciones telefónicas por varias razones:

**4.1 - Inexistencia de auto judicial habilitante (Enrique).**

La alegación resulta infundada. Damos por expresamente reproducidos los argumentos de la juzgadora de instancia que la desestima, así como los contenidos en el auto de fecha 1/06/2016 de la Sección V de esta Audiencia Provincial que la rechazó en fase de instrucción (f. 537 ss) y los contenidos en auto del del TSJG dictado en la causa 38/19 Tribunal del Jurado (aportado por el Ministerio Fiscal en juicio oral) sobre la misma cuestión.

El auto que acordó la intervención, grabación y escucha de dicho abonado móvil existe y fue dictado el 30/01/2013 en las DP 1838/12 del J.I 7 de Vigo. Consta en el CD (f. 329) que contiene la carpeta "recuperación de documentos" y en el Tomo II de las DP 458/2018 obra testimonio de todo lo actuado en aquel juzgado de Vigo en relación con esta cuestión ya planteada en la fase de instrucción por las defensas una vez que, alzado el secreto de las diligencias, advirtieron que en



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

las actuaciones en papel no estaba el auto de autorización de intervención telefónica del xxxxxx utilizado por Enrique. Advertido el error ante las pretensiones de nulidad de actuaciones de las defensas, dicho auto fue recuperado del expediente electrónico por el Centro de Servicio a Usuarios de Xustiza (f. 320, 329-334) que trasladó al expediente la referida carpeta "recuperación de documentos"; ya recuperado (06259, doc del archivo electrónico) fue unido a las diligencias en papel (f. 401).

Para zanjar las sospechas vertidas por las defensas acerca de la posibilidad de su dictado en un momento posterior, pese a haber sido desestimada la pretensión de nulidad y confirmada la decisión por la sección V de esta Audiencia Provincial, se recabó, a instancia del Ministerio Fiscal, completa información al Centro de Servicio a Usuarios de Xustiza (CAU y Amtega) que excluye cualquier resquicio de duda, explicándose en razones técnicas del expediente electrónico, aquellas circunstancias "sospechosas" para las defensas, consistentes en que el auto recuperado no lleve la numeración de las DP en las que fue dictado (1838/2012) sino la de aquellas a las que fue incorporado DP 3890/2013 cuya incoación fue posterior al dictado del auto, o que presente un NIG no acorde con el que le correspondería en la secuencia de su dictado en relación con otras resoluciones del expediente.

La explicación detallada obra en la información aportada por el servicio (f. 341,384-389) a la que nos remitimos, destacando únicamente de su contenido que: *"el origen de los nombres de los documentos recuperados es correspondiente con la asignación interna de un identificador en Minerva y que está asociado a un contador que en la versión que se encontraba en producción en ese momento era consecutivo para todos los documentos generados en la instalación (partido judicial), o sea, no es una numeración consecutiva para los documentos de ese procedimiento o del órgano judicial concreto"; "la fecha de modificación de un archivo varía solo con abrir en Minerva el documento y utilizar la opción guardar y cerrar, aunque no se hagan cambios"; "dado el funcionamiento de la aplicación no es posible intercalar nuevos acontecimientos entre otros ya existentes"* (f. 341,387).

Como recoge la juzgadora puede comprobarse la proximidad existente entre el auto de referencia (nº 06259) y los oficios a la compañía telefónica poniendo fin a la intervención de un teléfono fijo (nº xxxxxx) y solicitando la intervención del referido abonado móvil (nº xxxxxx), numeraciones prácticamente correlativas.

Y como ya se concluía en el auto de la Sección V, corrobora más si cabe el dictado en su día de dicho auto, el subsiguiente auto de 21 de febrero del 2013 en el que se acuerda la prórroga de la intervención de los teléfonos utilizados por Enrique "acordada en autos de fecha 21/01/2013 y 30/01/2013"; el oficio previo de la policía judicial solicitando aquella intervención y los oficios del mismo día 30 de enero firmados por la jueza de instrucción para la policía y para la compañía telefónica, (asumiendo en ellos la autoridad judicial el contenido del auto a que se refieren), en los que se recoge que "por resolución de esta fecha dictada en las actuaciones de referencia se ha acordado autorizar la intervención telefónica del número xxxxxx de este operador desde el día de la fecha hasta el 21 de febrero del 2013".

La razón de que el auto en cuestión recuperado de la aplicación informática Minerva aparezca registrado en ella con el número de diligencias previas 3890/13 y no de las DP 1838/2012 en las que fue dictado, se debe a que este procedimiento a partir de su tomo IV inclusive, fue trasvasado informáticamente en las DP 3890/13 en el momento de la incoación de éstas por auto del 11/07/2013, por lo que el cambio de numeración y referencia de procedimiento en dicho auto se debe al borrado operado en las DP 1838/2012 con su trasvase a las DP 3890/13, lo que se compadece con lo informado por Amtega y con que existía una declaración de secreto parcial que comprendía a aquellos hechos revelados por el investigado xxxxxxxx y las diligencias practicadas para su investigación (del tomo IV de las DP 1838/2012 inclusive en adelante) lo cual justificaba el trasvase a las nuevas DP 3890/2013 y su borrado de las 1838/2012, al afectar la declaración de secreto únicamente a la nueva causa .

El error de haber omitido su unión en papel no sobrepasa la mera irregularidad procesal carente de significado constitucional y en nada afecta a la validez de la resolución, como tampoco afectó al derecho de defensa de los investigados que dispusieron de todos los recursos para conocer y atacar dicha resolución.

#### 4.2 - Falta de control por el Ministerio Fiscal de dicha intervención judicial.

Dice la recurrente que no existe en las actuaciones un informe concreto del Ministerio Fiscal respecto a la intervención del referido abonado.

Al margen de que la legislación entonces no imponía ese informe previo, consta el control del Ministerio Fiscal, como





el mismo afirma, sobre ese auto y los restantes relativos a las intervenciones telefónicas. El Ministerio fiscal había informado favorablemente a la intervención de dos teléfonos fijos relacionados con Enrique, uno el de su domicilio y otro el de su empresa, acordada por auto del 21/01/2013 y por cuyo resultado se descubrió el número de su abonado móvil. Las razones que esgrimió el Ministerio Fiscal para informar favorablemente la intervención de aquellos teléfonos fijos subsistían plenamente para intervenir, pocos días después, el número de su móvil, tratándose de una extensión de lo ya acordado a este nuevo teléfono del mismo investigado. La conformidad y control del Ministerio Fiscal se pone de manifiesto también con su conocimiento posterior, su acceso a las actuaciones y notificación de sucesivas prórrogas.

En relación con esta cuestión, la SSTS 244/2021 del 17/03/2021 (Rec. 10472/2019) se pronuncia sobre la consecuencia de la falta de audiencia previa al Ministerio Fiscal y niega que, aun con la legislación actual, sea un requisito exigible para las sucesivas prórrogas y que, en cuanto a los autos de intervención, la omisión no sería determinante de infracción constitucional y consecuente nulidad de dichas resoluciones si se ha garantizado al MF la posibilidad de intervenir en las actuaciones desde el primer y en todo momento, como garante de los derechos del ciudadano, garantizándosele la posibilidad real y efectiva de controlar la medida desde su adopción hasta su cese, lo que sin duda se ha posibilitado en el caso que aquí nos ocupa, habiendo tenido el Ministerio Fiscal cumplido conocimiento y activa intervención en ese control como así lo entiende al impugnar esta cuestión.

Como en dicha sentencia se dice, la intervención telefónica no es un instrumento de investigación que esté sometido al principio de justicia rogada, al modo que podría predicarse de una medida cautelar de naturaleza personal. La petición de la medida de investigación no se reserva a las partes acusadoras, sino que se faculta cursar la petición a la policía judicial o que el juez pueda proceder de oficio a su adopción (art. 588 bis b LECRIM). Por otro lado, tampoco se impone otra obligación respecto del Ministerio Público que su audiencia, lo que únicamente comporta que se garantice que pueda ejercer el control de legalidad que le corresponde. Con cita de las SSTC 187/2009 del 28 de setiembre y 25/2011 del 14 de marzo precisa la referida sentencia que, lo que se ha considerado contrario con exigencias del artículo 18.3 CE, no es el mero incumplimiento de los actos formales de intervención del Ministerio Fiscal, sino el hecho de que las decisiones, al no ser puestas en conocimiento del Fiscal, pudieran adoptarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, pues

equivaldría a no recaer en un auténtico proceso que permita el control de su desarrollo y cese.

En definitiva, la falta de notificación al Ministerio Fiscal no configura un vicio determinante de una injerencia inaceptable en el derecho al secreto de las comunicaciones, a menos que esa falta de notificación entrañe un verdadero secreto global de la intervención, lo que aquí no se ha dado en ningún caso.

La cuestión se desestima.

#### **4.3 - Falta de firma judicial del auto del 30/01/2013.**

La omisión, como argumenta la jugadora de instancia, es consustancial a la inexistencia física del auto en papel al haberse recuperado con posterioridad del expediente electrónico.

Por lo ya expuesto no existe duda de la existencia del auto y del dictado en su fecha por la autoridad judicial conteniendo una reflexión motivada sobre el objeto y la procedencia de la intervención y la falta de firma del soporte en papel no va más allá de una irregularidad formal que no afecta a su validez, ni a los derechos de los recurrentes, habiendo declarado la jurisprudencia (entre otras SSTS 394/2015 del 17/06/2015 y las que en la misma se citan, SSTS 402/2008 del 30 de junio, SSTS 1356/2011 del 12 de diciembre, SSTS 190/2012 del 16 de marzo, SSTS 431/2013 del 15 de mayo; SSTS 157/2014, de 5 de marzo), que esa ausencia de firmas no tiene relevancia para afirmar la nulidad de la injerencia, cuando no existen dudas razonables sobre la existencia y autoría de la resolución.

#### **4.4 - Falta de motivación de las resoluciones que acuerdan prorrogar las intervenciones telefónicas, en especial, respecto a la obra objeto del procedimiento.**

La objeción también resulta infundada. Nos remitimos a toda la relación y examen de autos de intervenciones y prórrogas que se recoge en la sentencia de instancia, a fin de evitar reiteraciones inútiles.

A modo de resumen diremos que la impugnación es genérica como no podía ser de otro modo ya que todos los autos se encuentran cumplidamente motivados. Todas las decisiones son tomadas por la instructora tras conocer el resultado de las últimas intervenciones mediante la aportación de las grabaciones originales, así como de un resumen escrito de las conversaciones de interés con la interpretación policial de



dicho resultado y ello es exteriorizado en los fundamentos jurídicos que sustentan las respectivas decisiones.

Todos los autos se sustentan en el resultado que ofrece la investigación en el momento de su dictado y ello evidencia el control judicial de la intervención telefónica, sin que sea necesario, conforme tiene declarado la jurisprudencia que cada vez que se efectuó una prórroga se deba repetir todo aquello que inicialmente motivó la necesidad de la intervención telefónica, sino lo necesario para constatar que subsisten los motivos que determinaron la estricta necesidad, proporcionalidad y utilidad de la medida, a la vista de los resultados que periódicamente deben aportarse a la autoridad judicial.

En definitiva, la autoridad judicial tuvo y lo refleja en los sucesivos autos de intervención y prórroga, un total control del resultado de las intervenciones adoptando las correspondientes decisiones al efecto, debidamente motivadas y en atención al resultado de la investigación en cada momento. Como recoge la SSTS 1002/2021 del 17 de diciembre (ROJ 5802/2021 *"En el caso, cada auto de prórroga vino precedido de un informe policial dando cuenta del estado de la investigación, del que resultaba la necesidad de la intervención, por lo que ha de entenderse que el Juez estuvo suficientemente informado y pudo decidir en cada momento si existían razones para mantener la medida o acordar su cese"*).

#### 4.5 - Falta de control judicial sobre las intervenciones telefónicas realizadas.

Se alega también la falta de cotejo por parte del LAJ de las transcripciones aportadas por la policía a lo que se le atribuye relevancia constitucional sin tenerla, pues constituiría un requisito de legalidad ordinaria que de no respetarse motivaría que las transcripciones policiales carezcan de valor como prueba de cargo, lo que no obsta a que tengan valor como medio de investigación y fuente de prueba que puede completarse con otros medios.

Se identifica la omisión con la falta de control judicial de la medida, lo que no es así por lo ya expuesto.

En todo caso la alegación es totalmente infundada. Con remisión a lo ya recogido en la sentencia de instancia, apreciamos que existen, a lo largo de las actuaciones, múltiples cotejos de las transcripciones por parte de la LAJ, si bien no en relación con el contenido íntegro de cada soporte grabado, sino con muestreos aleatorios, pero suficientes.

Reiteramos que hay que distinguir entre el valor de las intervenciones como medio de investigación y como medio de prueba.

Como medio de investigación no es necesario el cotejo por parte del LAJ o la audición de las grabaciones por parte de la autoridad judicial, para entender cumplido el control judicial de la medida siendo suficiente que la autoridad judicial conozca y valore el resultado de la investigación por las transcripciones e informes que periódicamente debe efectuar y aportar al juzgado la policía judicial, como así tiene declarado una reiterada doctrina jurisprudencial.

Como medio de prueba el material probatorio lo conforman las cintas originales grabadas y no su transcripción. Como recoge la SSTS 161/2020 del 18 de mayo y todas las que en ella se citan, "No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni de los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad, solo vendrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del secretario Judicial".

En el presente caso lo que se valora como prueba de cargo son las grabaciones contenidas en la fuente original, esto es, en los soportes electrónicos aportados y que accedieron al juicio oral donde fueron escuchadas bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Cualquier deficiencia o ausencia de cotejo, que tampoco apreciamos, sería irrelevante.

La cuestión se desestima.

#### 4.6 - Falta de verificación de la titularidad de los teléfonos intervenidos (Defensa de Enrique).

La verificación de la titularidad en sí no es un requisito de la validez de la intervención telefónica. Conforme a la jurisprudencia y doctrina constitucional "no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida (..)siendo lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad "la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas" (STC 104/2006 del 3 abril 2006 (Fto.J 5°); SSTS 23/2015 del 4/02/2015 (Fto. J 1°); SSTS 877/2014 del 22/12/2014 etc...).



El uso de los abonados telefónicos por los aquí acusados quedó constatado por los términos de sus conversaciones en relación con el objeto de la investigación y datos complementarios. En este sentido, basta remitirse al contenido de las conversaciones recogidas en la sentencia de instancia y a las que posteriormente nos referiremos. Que el Sr. Enrique era el usuario del abonado móvil xxxxxx no ofrece duda alguna a la vista de ese contenido en sus conversaciones con el Sr. Jaime y dicho número fue conocido a través de la intervención del teléfono fijo de su domicilio al comprobarse que recibía llamadas en dicho terminal móvil, tal como se expresa en el auto del 30/01/2013 (f. 402).

En cuando al abonado móvil de Jaime n° xxxxxxxxxxx no ofrece dudas de que era su usuario a la vista del contenido de sus conversaciones, con Enrique, con trabajadores de Eiriña S.L (Xxxxxxxx y Xxxxxxxx), con el Sr. Manuel Angel y con los Sres. Mauricio y Diego, además de haber reconocido éstos sus conversaciones con Jaime Manuel como usuario de dicho abonado móvil (Vid, entre otras, SSTs 23/2015 del 4/2/2015).

#### 4.7 - Falta de autenticación de la voz de las conversaciones (Defensa de Enrique)

No es necesaria una autenticación de la voz cuando tampoco existen dudas de la identidad del sujeto interlocutor y aquí no las hay por cuanto acabamos de exponer.

Por otra parte, nunca a lo largo de la instrucción consta que hubiera impugnado la autenticidad de la voz de las grabaciones.

En plenario renunció a contestar sobre si se reconocía o no en dichas audiciones, dado que acogiéndose a su derecho a guardar silencio únicamente contestó a su letrado que nada le preguntó sobre las grabaciones, ni en relación con su reconocimiento ni en relación con una explicación a su contenido.

Como se recoge en la SSTs 161/2020 del 18 de mayo antes referida que cita la SSTs 491/2019 del 16 de octubre del 2019, la ley no ampara el silencio estratégico del acusado.

También se alega que las audiciones de las conversaciones grabadas tuvieron lugar al final de la prueba personal habiéndola propuesto el Ministerio Fiscal como prueba documental. Parece apuntarse porque no se afirma expresamente un déficit de contradicción. Una tal objeción sería totalmente rechazable, pues la opción de todos los acusados, a excepción de Diego y Mauricio, a guardar silencio

parcial rechazando contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, impidió que fueran interrogados por la acusación sobre el contenido de las grabaciones.

El Ministerio Fiscal sí interrogó sobre su contenido e intervención en ellas y previa su audición en el acto, a los Sres Diego y Mauricio, que optaron por la oportunidad de explicarse al respecto.

**5.- Ilegalidad de la aplicación de las escuchas telefónicas a la investigación del expediente "Mejora en vestuarios y graderío en campo de fútbol O Buelo (Moraña)".**  
*Defensa de Manuel Angel.*

Se basa la objeción en que la investigación mediante las escuchas telefónicas debe estar orientada hacia el descubrimiento de un delito concreto y que la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo, "un hallazgo casual", requiere una renovada autorización judicial a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y que reconduzca la investigación con los razonamientos que sean precisos para continuar legalmente con la misma, proscribiéndose las denominadas "licencias de cobertura" ( actuales arts. 588 bis.a.2 y 579 bis.3 LECRIM).

Según este recurrente se utiliza como prueba de cargo el resultado de escuchas que comprenden un periodo de tres meses desde el 13/08/2013, en relación con hechos "casualmente descubiertos en otro proceso no iniciado para su investigación, sin que conste ninguna resolución que específicamente las autorice".

Como antes expusimos, los hechos a que se refieren las escuchas aquí utilizadas como prueba de cargo, estaban abarcados en los autos autorizantes de intervención telefónica, pues fácil es comprender su conexión con los delitos contra la Administración Pública, cohecho y tráfico de influencias que se investigaban, no existiendo un "hallazgo casual" de hechos desconectados y totalmente ajenos al objeto y alcance de las intervenciones telefónicas autorizadas.

Los autos de intervenciones y prórrogas respetaron los principios de especialidad, proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad exigidos en la legislación actual (Ley Orgánica 13/15 del 5 de octubre) y también entonces por la jurisprudencia de aplicación.

Los hechos objeto de investigación podían constituir, según calificación inicial y por razones obvias provisional, delitos de falsedad documental con el fin de justificar y dar



aparición de legalidad a posibles pagos ilícitos y delitos contra la Administración pública, dentro de éstos se señalaban tráfico de influencias, cohecho "entre otros".

Entre los delitos contra la Administración se encuentran los delitos de prevaricación y fraude cuya posible concurrencia en una actividad de "pago de ciertas comisiones ilegales en agradecimiento a servicios prestados, buscar, amañar y finalmente conseguir las adjudicaciones de contratos públicos", resulta incuestionable. Se cumplió el principio de especialidad y el de necesidad de las intervenciones como única medida eficiente para poder investigar tan graves y complejos hechos.

En cuanto al principio de proporcionalidad, dada la naturaleza de los delitos que se investigaban relacionados con el recto funcionamiento de la Administración pública que debe servir a los intereses generales, el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones estaba justificado (art. 588bis a LECrim) y entraba, incluso, dentro de los parámetros de gravedad de la nueva norma (art. 588ter en relación con art. 579.1 LECRIM) teniendo en cuenta que el fraude por el que se ha condenado estaba sancionado con pena de prisión de 1 a 3 años, además de la inhabilitación para oficio o cargo público.

Concurrían los parámetros de gravedad en la actividad ilícita objeto de investigación, para justificar el sacrificio del derecho fundamental. Como dice, entre otras, la SSTS 1002/2021 del 17 de diciembre (ROJ 5802/2021) antes citada: *"la jurisprudencia ha exigido que se trate de un delito grave, pues las infracciones que pueden ser consideradas bagatelas no justifican generalmente la restricción, para su investigación, de un derecho fundamental como el aquí concernido, pero también ha señalado que esa gravedad exigida no solo ha de relacionarse con la pena prevista para el delito, sino que se pueden tener en cuenta otros aspectos, como la posible repercusión social o institucional de los hechos que se investigan. En el caso se trataba de investigar hechos relacionados, prima facie, con supuestos de corrupción urbanística que, aunque no constituya un delito con esa denominación específica, tiene lugar mediante la ejecución de hechos que, generalmente, pueden ser constitutivos de prevaricación, malversación, tráfico de influencias y cohecho. Es indiscutible que el sistema democrático se resiente cuando quienes alcanzan cargos públicos, por elección o por nombramiento, emplean para el lucro personal, de la clase que sea, las potestades y poderes que se les confieren para la satisfacción del interés general. En ese sentido, los delitos relacionados con la corrupción, como los antes mencionados, que en realidad se investigaban en las diligencias iniciales, han de ser considerados delitos graves, por lo que, en su investigación, desde esa perspectiva y si concurren los demás presupuestos, se justifica la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. A estos efectos es irrelevante la calificación que, de forma provisionalísima, se haya hecho al proceder a la incoación de las diligencias, siempre que del resultado de las practicadas resulten los elementos que permitan identificar un delito grave en el sentido expuesto"*.

La gravedad de la actividad ilícita investigada era indiscutible, más allá de las calificaciones concretas y definitivas de aquellos hechos respecto de los cuales,

finalmente, se pudieron obtener indicios de criminalidad suficientes para la apertura del juicio oral.

La cuestión se desestima.

**6.-Prohibición de aplicar el resultado de las escuchas telefónicas como prueba para el delito de prevaricación del art. 404 CP. Defensa de Manuel Angel.**

Se alega que la prohibición deriva de la necesaria observancia del principio de proporcionalidad en la materia (art. 588ter a, 588 bis.5 LECRIM Y 579.1) y que como el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP nunca ha estado penado con penas privativas de libertad, no es de los que conforme al art. 579.1 LECRIM, permite la adopción de tal medida restrictiva del derecho fundamental para su descubrimiento.

El argumento es inasumible por lo que acabamos de exponer y, en todo caso, una cosa es que el principio de proporcionalidad impida restringir un derecho fundamental para el descubrimiento de unos hechos delictivos que no alcancen la gravedad requerida para justificar por sí solos la injerencia en el derecho fundamental y otra muy distinta que, el resultado de unas intervenciones telefónicas válidas para el descubrimiento de delitos más graves y conexos, entre los cuales se encuentran datos de la comisión del delito de menor penalidad, no pueda ser utilizado como prueba de éste. El principio de proporcionalidad no guarda relación alguna con el efecto pretendido.

**7.- Nulidad del juicio y la sentencia por vulneración del derecho al Juez Imparcial (art. 24.2 CE). Defensa de Rafael.**

Señala esta defensa expresiones de la juzgadora en el curso del juicio oral que, a su juicio, serían indicativas de la apariencia de prejuicio, de un posicionamiento previo hacia una declaración de culpabilidad del Sr. Rafael y como tales las siguientes intervenciones con motivo de preguntas formuladas por dicha defensa: 1) S.S<sup>a</sup> "una gran pregunta", el letrado ¿perdón?, S.S<sup>a</sup> "nada"; para la recurrente se percibe aquí, claramente, un sentimiento de rechazo, tono de burla o desprecio y cuestionamiento que desborda la función de la magistrada efectuando una opinión fuera de lugar y contraria a la norma. 2) Durante la declaración de la agente 74231 por videoconferencia, al tratar el letrado de aclarar si poseía formación en planimetría (5h y 34" de la grabación) S.S<sup>a</sup> interviene en términos de "es policía judicial e hizo el informe. Vamos a aligerar esto, si no se nos va a cortar la





comunicación". Según el recurrente la expresión evidencia un hartazgo injustificado, o de alguna manera un absoluto rechazo a permitir el más mínimo despliegue de la defensa y de producirse algún fallo técnico bastaría con solventarlo o caso de imposibilidad, decidir sobre la postergación de la declaración, o su presencialidad. 3) Tras cuestionar la juzgadora si se había propuesto en tiempo y forma por la defensa la intervención de ciertos peritos, en un determinado momento dice *"yo valoraré la pericial, si no le gusta mi valoración tiene la Audiencia para valorársela y también el Supremo, en su caso, no considero necesario comparezcan los peritos"*. Ante la insistencia del Letrado en los argumentos atinentes a la necesidad de la comparecencia del perito, S.S<sup>a</sup> accede a ello comentando, *"Tranquilo! le advierto entonces que el tiempo de informe a usted se le descuenta. Lo que no podemos estar es por su ...cuando le estoy diciendo que su prueba vale, que la voy a valorar, usted quiere seguir ganando tiempo, no, perdiendo tiempo, pues venga..."* *"en cualquier caso 3 preguntas, no más"*. Dice la recurrente que ello denota la falta de imparcialidad y el prejuicio porque sin haber sido practicada la prueba de la defensa, ya tendría claro el resultado condenatorio al sugerir al letrado que puede articular recursos, que no serían necesarios para el caso de absolución, y que, de alguna manera, se le advierte de que se le va a "sancionar" con menor tiempo en su informe y se le limitan las preguntas con falta de objetividad y desinterés respecto a la prueba de descargo.

El derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial está recogido en los textos internacionales fundamentales, (art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

En nuestro derecho interno, como tiene proclamado el TC, el derecho a un Juez imparcial, aunque no aparezca expresamente aludido, forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución ( STC 45/2006, de 13 de febrero ) y constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, que condiciona su propia existencia pues, sin juez imparcial, no hay propiamente un proceso jurisdiccional (STC 178/2014, de 3 de noviembre ).

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que, para establecer si un Tribunal puede ser considerado «independiente», hay que tener en cuenta, (...)si hay o no

apariencia de independencia ( STEDH, *Findlay contra el Reino Unido* , de 25 febrero 1997 , ap. 73) (..) hay que tener en cuenta, no solamente la convicción personal del Juez en dicha ocasión (a saber, que ningún miembro del tribunal tenga ningún prejuicio o tendencia), sino también, conforme a una diligencia objetiva, indagar si ofrecía las garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima ( SSTEDH, *Bulut contra Austria* , de 22 febrero 1996, ap. 31 y *Toman contra Suiza*, de 10 junio 1996 , ap. 30). Desde el punto de vista objetivo, debe determinarse si existen hechos evaluables que puedan plantear dudas en cuanto a la imparcialidad de los tribunales, destacando en este sentido, que incluso las apariencias son importantes, pues lo que está en juego es la confianza de los ciudadanos en los tribunales y sobre todo de las partes en el proceso (STEDH, *Salov contra Ucrania*, de 6 septiembre 2005, ap. 82).

Ello, no obstante, no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien las afirma, sino que es preciso determinar, caso por caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 133/2014 22 de julio y las SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, 140/2004 de 13 de septiembre, 26/2007, de 12 de febrero, 60/2008, de 26 de mayo y 47/2011, de 12 de abril). No significa que deba primar la subjetividad de una de las partes, resultando suficiente para excluir al Juez predeterminado por la Ley con levantar sospechas carentes de fundamento objetivo y que no resulten razonables para un observador externo, pues ello conduciría a un sistema de selección o exclusión del Juez llamado legalmente a conocer (SSTS 614/2017 del 14/09/2017, SSTS 770/2017 del 29/11/2017).

La SSTS 770/2017 indica que deberá cuidarse de diferenciar la pusilánime susceptibilidad, no pocas veces sesgadamente interesada, de la objetividad de las razones de sospecha, que haga que la misma deba compartirse por la generalidad como razonable (también SSTS 621/2017 de 18 de septiembre).

Las intervenciones de la juzgadora que se consideran fundamento de su pérdida de imparcialidad deben ponderarse dentro de su contexto y no de forma sesgada y descontextualizada como las ofrece la parte recurrente, que omite incluso los términos de sus intervenciones previas, las cuales, motivaron aquellas intervenciones. La necesidad del análisis, de acuerdo con las circunstancias y contexto del desarrollo de la vista del juicio oral, es recogida en la doctrina jurisprudencial, (SSTS 246/2021 del 24/03/2021 o STSJ Comunidad Valenciana 26/2018 etc....).



Preciso es partir de que neutralidad y pasividad no son conceptos equiparables, pues entrañan valores o concepciones del proceso muy diferentes (SSTS 246/2021 entre otras). Al juzgador compete "evitar las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad" conforme al art. 683 LECRIM.

Nos dice la SSTS 614/2017 del 14/09/2017, contextualizando la actuación de Jueces y Presidentes de Tribunales, que si bien están obligados a adoptar una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso (STC 130/2002, de 3 de junio), la neutralidad no equivale a pasividad, por lo que el juzgador puede, y debe, desempeñar funciones de ordenación del proceso, dirigiendo los debates y cuidando de evitar las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad en los aspectos que tienen relevancia para la decisión judicial con la que debe concluir el proceso ( art 683 LECrim ). También tienen encomendado velar porque el juicio se desenvuelva con sujeción a los principios de igualdad entre las partes, la buena fe y adecuada contradicción.

Y no puede obviarse cómo, a medida en que la prueba va desarrollándose a presencia del Tribunal, lógicamente va conformándose una opinión sobre el objeto de juicio, hasta alcanzar un convencimiento. Decía la SSTS 918/2012 de 10 de octubre: «las sentencias en definitiva *"toman partido"*, totalmente o no, por alguna de las posiciones sostenidas por las partes. La *"imparcialidad"* en ese sentido se perderá en el momento en que se produce el enjuiciamiento. Lo que se prohíben son los *"prejuicios"*, pero no los *"juicios"*. "Necesariamente al ir presenciando la prueba cada miembro del Tribunal va formándose un juicio sobre el asunto que, combinado con el de los demás integrantes del Tribunal y tamizado y perfilado por el proceso de deliberación conjunta, cristalizará en una decisión. Eso ya no es *"prejuicio"* prohibido, sino *"juicio"* obligado (vid. igualmente STS 289/2013)".

Así delimitado el marco jurídico del análisis, las intervenciones de la juzgadora señalada por la defensa, no nos merecen la interpretación que le confiere y no justifican la duda de parcialidad que denuncia.

No exceden de su función de dirección de los debates, así:

1) la vista oral se prolongó a lo largo de un día (mañana y tarde) y durante la mañana del día siguiente (sábado) con numerosas cuestiones, debates e interrupciones no ajenos a un juicio de estas características por el número de acusados y

por la naturaleza de los hechos enjuiciados. En ese desarrollo del proceso las defensas tuvieron una extensa y generosa intervención, sin que hubieran efectuado protesta alguna por recorte de tiempo en cualesquiera de sus intervenciones, como tampoco la defensa del Sr. Rafael efectuó protesta alguna durante el interrogatorio que efectuaba, por las intervenciones de la juzgadora que pone ahora en cuestión.

2) A la intervención crítica de la Juzgadora "una gran pregunta" precedió una pregunta de la defensa ciertamente inocua o improcedente por obvia, así como previas declaraciones de improcedencia de otras preguntas de igual irrelevancia, dentro de su facultad de dirección del juicio para que las preguntas de esta parte se centraran en aspectos relevantes para la decisión final, no cualesquiera que tuviera a bien realizar.

Desde luego no era relevante la que obtuvo el comentario de la Magistrada, como tampoco otras rechazadas y así lo debe compartir la propia recurrente porque, como decimos, no efectuó protesta entonces, ni alega ahora ninguna vulneración de su derecho de defensa por improcedente limitación de prueba.

3) Nada sospechoso de parcialidad existe en el comentario de "es policía judicial e hizo el informe", "vamos a aligerar esto", en el contexto anteriormente referido, como no sea una injustificada susceptibilidad de quien ve en ello prejuicio.

4) El comentario de la juzgadora en relación con la prueba pericial de la defensa, (en realidad de dos periciales de dos defensas pues su decisión fue la misma para ambas), tuvo lugar cuando consideró innecesaria la declaración de los peritos a los fines propuestos de ratificar sus informes, dado que la acusación manifestó que no los impugnaba sin perjuicio de su valoración y cuando ante la insistencia de esta defensa, accedió la juzgadora a la comparecencia del perito, si bien exigiéndole la concreción que requería la escasa necesidad del interrogatorio y los notorias problemas técnicos que estaba dando el sistema de videoconferencia, con continuas desconexiones y cortes que fue lo advertido por la jugadora en aras de evitar cuestiones reiterativas e innecesarias.

La advertencia de que su informe final se vería reducido en tiempo, no debió tener reflejo práctico alguno, pues la recurrente no se queja de que su tiempo hubiera sido recortado en comparación con el de las otras partes.

En definitiva, tales intervenciones no constituyen indicio ninguno de una apariencia de falta de imparcialidad, se



justifican en sus facultades de dirección del proceso y la queja solo se entiende desde una excesiva susceptibilidad de la defensa. Las intervenciones cuestionadas no empañan la labor de la Magistrada durante la vista en el desempeño de una función que, en ocasiones, como admite la doctrina jurisprudencial, resulta compleja, (SSTS 922/2016 del 10 de marzo entre otras).

Y como tiene declarado el TEDH si bien cualquier decisión de carácter procesal adoptada por un Juez debe expresarse cuidadosamente al objeto de ser neutral y evitar cualquier injerencia en el principio de la presunción de inocencia que establece el artículo 6.2 del Convenio, ello no significa que el contenido de la decisión suponga que el Juez se convierta necesariamente en el aliado u oponente de ninguna de las partes ( SSTEDH *Borgers contra Bélgica* , de 30 octubre 1991, ap. 26 o *Salov contra Ucrania* , de 6 septiembre 2005 , ap. 85).

El motivo se rechaza.

**8. - Nulidad de la sentencia por vicio de predeterminación del fallo.** *Defensas de Rafael, Manuel.*

Tras invocar también la doctrina jurisprudencial acerca del vicio de predeterminación del fallo, como causa de nulidad de la sentencia, destacan como expresiones recogidas en los hechos probados que conformarían la predeterminación las consistentes en: "*voluntariamente*" (en cuanto contiene un juicio de valor) "*se ideo un sistema artificioso, en fraude de ley*" (en cuanto resulta prácticamente coincidente con la redacción del tipo penal del art. 436 CP), "*se concertaron*", "*no constatables ex ante*", "*con el acuerdo del Presidente*", "*habían ya acordado que con simulación aparente de aplicar la ley*" "*era mera apariencia*" "*sabiendo que se trataba de un mero trámite*" "*con la finalidad de que en todo caso la obra fuera adjudicada a esta última*" "*necesariamente eran concedores*". Según los recurrentes esas expresiones conforman expresiones jurídicas del tipo del art. 436 del CP en cuanto recoge, "la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en (...) se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público" (...), no son expresiones comunes ni del lenguaje común y suplantarían el relato fáctico que debe contener la declaración de hechos probados por una consideración jurídica.

La predeterminación del fallo requiere para su estimación:

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

En un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues si en los mismos se describe una conducta subsumible en un tipo penal, la consecuencia lógica se infiere, aunque se describa en la parte dispositiva o fallo de la sentencia, pero no es éste el sentido de tal vicio de la sentencia, sino que se produce exclusivamente por la utilización en el "factum" de expresiones técnicamente jurídicas que definan y den nombre a la esencia del tipo aplicado, ajenas al lenguaje común, con un valor causalista del fallo, por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejaran el hecho histórico sin base alguna, el vicio procesal no existe (ATS 1025/2021 del 21/10/2021 (ROJ 14509/2021)).

En palabras de la STS 152/2006, de 1 de febrero y la STS 401/2006, de 10 de abril, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico (STS 684/2007, de 26 de julio, STS 250/2017, de 5 de abril).

No estimamos que concurra tal vicio en la sentencia de instancia. A nuestro juicio las expresiones referidas no predeterminan el fallo.

Se concertaron no es una expresión ajena al lenguaje cotidiano para indicar que se pusieron de acuerdo o acordaron y su utilización no conforma el vicio que se alega, aunque su tenor literal se ajuste más al que utiliza la definición del tipo penal. El hecho de que sea empleada por el legislador para definir el tipo penal no conlleva que su utilización en los hechos probados sea por sí y en todo caso determinante del fallo (SSTS 757/2021 del 7/10/2021).

Asimismo, alude al conocimiento y consentimiento que debe conformar el dolo que, según una consolidada doctrina



jurisprudencial, ha de formar parte del relato histórico de la declaración de hechos probados.

Tampoco la expresión de que se ideó un "sistema artificioso en fraude de ley" conforma, a nuestro juicio, dicho vicio. No es ajena al lenguaje común y además en cuanto va acompañada de la descripción de los actos o actuaciones que conformaron ese sistema artificioso aun cuando tal expresión fuera suprimida, el relato histórico seguiría conteniendo los elementos típicos del delito de prevaricación por el que mantendremos algunas de las condenas. Las restantes expresiones, empleadas en el lenguaje común, aluden al conocimiento, voluntad y finalidad de la actuación enjuiciada, lo cual conforma el elemento fáctico del dolo.

El motivo se desestima.

**9.- Nulidad de la sentencia por vicio de incongruencia omisiva, en relación con la vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE) y con infracción de los arts. 775 y 779.1.4<sup>a</sup> LECr. Defensa de Manuel Angel.**

Se asienta la queja en que la juzgadora no habría dado respuesta a la infracción de no haber sido llamado el Sr. Manuel Angel a declarar como investigado en las DP 450/18. En el razonamiento del recurrente si como afirma la sentencia, dichas DP se tratan de un procedimiento nuevo, era imperativo que el juzgado que instruyó este procedimiento nuevo y acordó continuar por los trámites del procedimiento abreviado (Instrucción nº 1 de Pontevedra), le hubiera informado de los hechos objeto de investigación y le hubiera recibido declaración en calidad de investigado conforme al art. 779.1.4<sup>a</sup> LECR.

Nótese que el recurrente no invoca que no hubiera sido informado y no hubiera declarado en calidad de investigado sobre los hechos enjuiciados que conformaron el objeto de las DP 2576/17 de I.7 de Vigo, con las que se formaron las DP 450/2018 de Inst 1 de Pontevedra, sino que no se le recibió declaración sobre tal objeto en este último juzgado que fue el que posteriormente acordó continuar por los trámites del procedimiento abreviado.

No existe incongruencia omisiva porque en la sentencia sí se responde a ese planteamiento y se rechaza con la afirmación de que el Sr. Manuel Angel declaró como investigado por estos hechos.

El recurrente ha sido informado de estos hechos y ha prestado declaración como investigado sobre ellos. Lo hizo en las DP 3890/13 el 16/11/2015 constando su declaración grabada (f. 35)

en la que se puede comprobar que fue informado y se le preguntó, en tal calidad, por las presuntas irregularidades en la adjudicación de la obra Proyecto de Mellora en vestuario e graderío do campo de fútbol de O Buelo (Moraña), hechos que formaban parte de una imputación más amplia por haber tomado parte en varias adjudicaciones de obras, presuntamente ilegales, a la empresa Eiriña S.L por las que también se le preguntó.

El Sr. Manuel Angel declaró en extenso sobre todo ello y en particular sobre el proyecto de mellora como también sobre el contenido de intervenciones telefónicas mantenidas por él y relativas a estos hechos, reconociendo su intervención en las escuchadas y mantenidas el 28/11/13 (11.33 horas) y el 8/08/2013 (13,44 horas), con Jaime.

Dice el recurrente que el objeto de aquellas diligencias no era la posible comisión de ilícitos penales en el referido expediente de mellora porque las diligencias 3890/13 se habían incoado con anterioridad a la elaboración, subvención y adjudicación de dicho proyecto; siendo cierto lo segundo, no lo es lo primero.

Como dijimos, se trataba de una investigación sobre supuestas adjudicaciones ilegales de obras a la empresa Eiriña, que comprendía varias obras y una actividad prolongada en el tiempo, en el curso de la cual se cometieron y descubrieron las ilicitudes relativas al expediente que aquí nos ocupa, lo cual formó también parte de dicho objeto de investigación y sobre ello fue informado y prestó declaración en calidad de investigado.

Considera el recurrente que el mismo órgano jurisdiccional que decidió continuar por los trámites del procedimiento abreviado venía obligado a recibirle declaración en tal calidad, lo que no compartimos.

Lo que exige la ley en garantía del principio acusatorio y de su derecho de defensa, es que sea informado de los hechos investigados y pueda declarar sobre ellos ante la autoridad judicial que los investiga y así se ha cumplido. No exige que tenga que ser además ante la autoridad judicial que va a decidir la continuación por los trámites del procedimiento abreviado, o en la causa en la que se adopte esta decisión, cuando ha sido inhibida de otro juzgado ante cuya autoridad judicial, ya hubiera prestado declaración en tal calidad.

Por otra parte, el recurrente pudo haber solicitado hacer uso del derecho que le confiere el art. 445 LECRIM de prestar





declaración en la causa (a efectos de rectificar, ampliar etc.. su anterior declaración judicial), lo que no hizo.

Finalmente, no concreta qué indefensión le habría ocasionado el no repetir ante el nuevo órgano de instrucción (J.I.1 Pontevedra) una declaración ya prestada, máxime cuando en el plenario se acogió al derecho a contestar solo a las preguntas de su abogado.

La cuestión se desestima.

**10.- Nulidad de la sentencia por vulneración del derecho de defensa, en relación con la ausencia de motivación (art. 24 CE) tanto de la prueba de descargo, como de la autoría.**  
Defensa de Rafael Rafael.

**10.1 - "La sentencia no motiva la autoría de D. Rafael".**

Para la recurrente hay una total ausencia de explicación de la base probatoria que permite alcanzar las conclusiones de que "con el acuerdo del presidente de la Diputación, Rafael, (..) se elabora y ejecuta el plan siguiente", dice que existe una total ausencia de motivación acerca de en qué ha consistido el plan delictivo, cómo se elaboró y ejecutó y como fue la participación tanto objetiva como subjetiva del Sr. Rafael en el citado plan, que se desconoce qué prueba existe de que el Sr. Rafael quisiera adjudicar la obra a construcciones Eiriña SL bajo una aplicación de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas simulada, o qué prueba existe de que el Sr. Manuel Angel habló de ello con Rafael.

Como cuestión previa debe ser desestimada de plano, pues basta leer la sentencia de instancia para comprobar que sí se exteriorizan las razones por las cuales, basándose en el resultado de las pruebas practicadas, considera la juzgadora que el Sr. Rafael intervino a sabiendas en la comisión de los hechos.

Como cuestión de fondo relativa a la suficiencia o insuficiencia de la prueba de cargo para efectuar tal declaración, la trataremos al analizar el alegado error en la valoración de las pruebas.

**10.2.- "Ausencia total de valoración de la prueba de descargo practicada en el acto del juicio oral".**

Se dice que la juez no valora las declaraciones de los acusados, la testifical de Da. XXXXXXXX

diputada delegada de la Diputación Provincial de Pontevedra; la testifical de la arquitecta municipal del Concello de Moraña, Da. Xxxxx, la testifical de D. Xxxxx interventor de la Diputación Provincial de Pontevedra, la testifical de D. Xxxxx jefe de contratación de la Diputación de Pontevedra y que valora sesgadamente, solo a favor de la condena en una interpretación incompatible con lo expuesto en su testimonio, la testifical de Da. Xxxxx.

Según el recurrente, se le ha infringido su derecho a conocer la valoración probatoria realizada por la juzgadora y ello veta la posibilidad de que el tribunal de apelación valore la racionalidad de su criterio valorativo.

La sentencia no contiene la exteriorización de la concreta apreciación de cada testimonio, lo que tampoco se precisa cuando por el resultado de la prueba en su conjunto valorada, lo aportado por aquellos carece de la relevancia que la ley requiere para fundar una queja comprensiva de un error en la valoración de las pruebas "por omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia" (art.790.2 inciso tercero LECRIM) y, con mayor motivo, de una infracción constitucional por déficit de motivación.

La cuestión se desestima.

**SEGUNDO. - Error en la valoración de las pruebas por parte de la juzgadora de instancia.**

Es este un motivo de impugnación común a todos los recurrentes.

Dada la extensión de algunos de los recursos y su reiteración en aspectos fácticos incontrovertidos o sin relevancia, daremos una respuesta común a los aspectos controvertidos con relevancia jurídica, no a cada una de las múltiples alegaciones.

**1.- Sobre diferencia entre Proyecto Modificado nº 1 del Campo de fútbol y edificación anexa en Moraña (en adelante modificado 1) y proyecto de "Melloras en vestuarios e graderío do campo de futbol de O Buelo (Moraña)" (en adelante proyecto melloras).**

**1.1.-** Como punto de partida se alega que la sentencia mezcla de forma desordenada las dos obras que existieron en relación con el campo de futbol O Buelo del Concello de Moraña: obra 1 "Campo de futbol y edificación anexa en Moraña" que fue objeto



de un Modificado a coste cero (aprobado en Junta de Gobierno de la Diputación del 6/09/2013), pasando a denominarse la obra en cuestión "Modificado nº 1 del Campo de fútbol y edificación anexa en Moraña" y una obra 2 denominada "Melloras en vestiarios e graderío do campo de futbol de O Buelo (Moraña)", empeñándose los recurrentes en diferenciar ambas obras.

A lo largo de la sentencia se comprende meridianamente la constancia documental de ambos proyectos y no se aprecia la mezcla desordenada a la que se alude. Cosa distinta es que el análisis y enjuiciamiento de los hechos relativos al proyecto melloras requiera necesariamente referirse a la primera, modificado 1, en cuanto el núcleo de la acusación es que los acusados se concertaron para crear, a través del proyecto melloras, un procedimiento de adjudicación, negociado sin publicidad, totalmente simulado con la finalidad de justificar el pago a la empresa Eiriña de determinados sobrecostes que reclamaba derivados de la ejecución de la primera de las obras. La razón del empleo de tal ficción estuvo en que el carácter subvencionado de la obra modificado 1, impedía exceder los límites de la subvención no siendo posibles ni los modificados, ni las liquidaciones con incremento de coste.

Estas limitaciones estaban en las bases que regían la subvención concedida por la Diputación de Pontevedra al Concello de Moraña para la obra modificado 1 (BOP Pontevedra del 17/08/2009): "Bases Reguladoras do Plan de Investimentos da Deputación Provincial de Pontevedra 2009-2011", cuya base décimo cuarta recogía: *MODIFICACIÓNS DOS CONTRATOS "O órgano contratante da Deputación non autorizará a realización de modificados nin complementarios dos proxectos, nin liquidación ningunha por excesos de medida. Así mesmo, tampouco autorizará a aplicación das baixas de adxudicación nin para este, nin para outros proxectos.*

*Se excepcionalmente fose necesario o incremento do custo será con cargo ó crédito do concello, que terá que renunciar á execución dalgunha outra obra se fose preciso. Neste caso deberá realizarse o ingreso con carácter previo ó expediente de modificación".*

A tenor de la regulación contenida en dichas Bases y en concordancia con lo regulado en la Ley General de Subvenciones, así como en la Ley de Subvenciones de Galicia, "Para o non disposto nas presentes bases contemplárase o establecido nas bases de execución do orzamento xeral da Deputación de Pontevedra para o exercicio 2009, na Lei 38/2003, de 17 de novembro, xeral de subvencións (BOE número 276, de 18/11/2003), Lei 9/2007, de 13 de xuño, de subvencións

de Galicia (DOG nº. 121 de 25/06/2007) e demais lexislación aplicable”.

**1.2.-** Tachan de poco rigurosa la sentencia en cuanto se refiere en genérico a la infracción de normas que no eran de aplicación al caso, “ley de contratos de las Administraciones Públicas” omitiendo aquellas que sí lo eran; esto es, la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011 del 14 de noviembre, en adelante TRLCSP) y en particular sus arts. 216, 232, 235, así como el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001 del 12 de octubre), en particular su art. 166 o el propio Pliego de Cláusulas económicas y administrativas ( 20 y 21) de la obra modificado 1, aprobado el 17/02/2017.

Nada que objetar a que dicha normativa regía para las contrataciones en cuestión, lo que carece de la transcendencia que pretenden conferirle las defensas como se verá.

**1.3.-** Se insiste en los recursos en diferenciar las certificaciones 11 y 12 de la obra modificado 1, objetando que en la sentencia se confunde lo que es una certificación parcial expedida por unidades de obra a medida que ésta se va ejecutando y lo que es una certificación final o última que se realiza después de acabada la obra y que recoge la valoración final de la obra, es decir, *las variaciones de medición* (que pueden ser por exceso o por defecto) en el número de unidades de obra efectivamente ejecutadas.

En esencia sostienen que la certificación 11 presentada por registro de la Diputación el 16/09/2013, no era la certificación final de obra, como vendría a entender la juzgadora de instancia por el hecho de que en la misma se recogía “que las obras se encuentran bien ejecutadas, ajustándose sensiblemente al proyecto vigente” y que “no consta pendiente de ejecutar obra alguna”, sino que solo se refiere a la ejecución de la última unidad de obra, debiendo posteriormente procederse a la medición final y a expedir la certificación final, tratándose ésta de la certificación 12, la cual recogería aquellos excesos de medida; certificación 12 que entró por registro de la Diputación el 12/12/2013 con la correspondiente firma de la directora de obra Sra. xxxxxxxx. Invocan al efecto el art. 235.1 inciso 2 de La Ley de Contratos del Sector Público y el art. 166 Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001).

Coincidimos en que puede darse una certificación final que recoja las variaciones de medida (art. 235.1 inciso 2 del



TRLCSP y 166 de su reglamento) siempre y cuando esas variaciones hayan tenido lugar efectivamente (en este sentido testimonios de la arquitecta municipal Sra. Xxxxx y del interventor de la Diputación Sr. Xxxxxx). A las variaciones en cuestión se refiere el art. 234.3 inciso 2 de la TRLCSP en términos de que: *"No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato"*.

Las defensas, específicamente del Sr. Rafael, Sr. Enrique y Sr. Jaime Manuel, prescinden de diferenciar aquello que el referido precepto diferenciaba, pues una cosa eran las *variaciones* en el número de unidades realmente ejecutadas *sobre las previstas en las mediciones del proyecto* y otra diferente las *modificaciones* que supusieran la introducción de unidades de obra *no previstas en el proyecto* o cuyas características difieran de las fijadas en éste (art.234.2 y 4) cuyo régimen era, conforme a dicho precepto, bien distinto.

En cualquier caso, las bases de la subvención que constituían la específica norma de aplicación como en ella se establecía, expresamente lo excluían, (base decimocuarta) y así lo reiteraron en juicio, tanto la jefa del departamento de cooperación, como el interventor de la Diputación.

**1.4.-** Al hilo de lo anterior sostienen las recurrentes que es incierto que la certificación 12 recoja obras no contempladas en el proyecto y que no hubiese sido atendida por tal razón, sino que recogería solo diferencias de medición, no obras nuevas y que, ante las limitaciones de las bases de la subvención, fue atendida por el procedimiento del reconocimiento extrajudicial de crédito para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, lo que tuvo lugar en Acuerdo de Junta de Gobierno de la Diputación del 14/02/2014, (Tomo VI f. 84-86, abonándose el 21/02/2014 Tomo VI f. 87).

Lo primero que cabe significar es la escasa claridad en un aspecto de los recursos como es el de a qué respondía en realidad la certificación 12.

Así, la defensa del Sr. Rafael, por una parte, afirma que: *"por vicisitudes normales del proceso constructivo la obra sufrió modificaciones inherentes al avance de la ejecución por lo que se tuvo que aprobar un modificado donde se recogen los cambios efectuados (...) En toda obra de cierta importancia es habitual que en la ejecución de la misma se haga necesario la*

*realización de determinadas partidas que no habían sido previstas en el proyecto inicial. En el presente caso toda vez que la obra había sido subvencionada con fondos europeos que impedían que la empresa que ejecutó la obra pudiera cobrar estos trabajos a través de la partida presupuestaria destinada a obra 1 la Administración tuvo que pagarlas a través de la figura del reconocimiento extrajudicial (fin pág 31), (..)La ley de Contratos del Sector público permite los modificados, salvo que las bases del concurso lo prohíban, esto generó que la empresa pretendiese cobrar vía modificado las obras a mayores que tuvieron que hacer por imprevistos, pero como las bases de la subvención no lo permitían, se solventó tal problema a través del reconocimiento extrajudicial de créditos. (f. 31 fin y 32 inicio).*

Conforme a ello, la certificación 12 vendría a recoger las vicisitudes que tendrían que contemplarse en un modificado.

Por otra y en contradicción con lo anterior, afirma que: "es evidente que ni las obras fueron pagadas dos veces, ni se intentó por la empresa contratista cobrar los excesos de ejecución a través de un modificado" (f. 96) (...) La certificación 12 recoge los excesos de medición" "la certificación 12 se corresponde con la medición final de la obra".

En cualquier caso, el dato de que dicha certificación 12 fue abonada mediante un procedimiento de reconocimiento extrajudicial de crédito, dato que no había sido introducido por las defensas hasta el acto mismo del juicio oral, carece de la trascendencia que quieren conferirle. Y, si bien el Ministerio fiscal sostiene al impugnar los recursos, la dudosa legalidad del referido procedimiento para satisfacer, en el caso concreto, la certificación 12 en cuanto parte el Ministerio Fiscal de que Eiriña S.L habría actuado de mala fe al ejecutar un exceso de obra al margen del proyecto inicial, la prueba practicada en el plenario no aporta, a juicio de este tribunal, datos suficientes para obtener una conclusión cierta sobre la procedencia o improcedencia de tal procedimiento de reconocimiento extrajudicial de crédito en este caso, lo que tampoco tiene relevancia.

Del mismo modo no podemos concluir si la certificación 12 recogería únicamente una variación sobre las mediciones del proyecto o si con ella también se pretendía recuperar la baja aplicada por Eiriña S.L al concurrir a la licitación de la obra modificado 1, algo prohibido asimismo en las bases de la subvención.



## **2.- Resultado de la prueba sobre la ilegalidad y arbitrariedad del proyecto de mellora.**

**2.1.-** *Las apelantes sostienen que Eiriña S.L no realizó obras no contempladas en el modificado 1, para cuyo abono o compensación se tuviera que haber inventado el proyecto de melloras. Dicen que en este proyecto se contemplaron y ejecutaron obras nuevas y perfectamente diferenciadas de las del primero y que los expedientes de subvención y contratación de la obra proyecto de melloras siguieron todos los trámites de rigor, con los informes precisos, adecuándose plenamente a las normas de aplicación.*

Como alega el Ministerio fiscal al impugnar los recursos, una cosa es lo que los expedientes y documentos formalmente reflejan y otra la realidad a la que obedecen, realidad formal y realidad material que por razones obvias no serán coincidentes cuando, como aquí consideramos acreditado, se creó un procedimiento simulado, burlando las barreras establecidas por la norma sustantiva de aplicación para proteger los derechos de la Administración.

Por mucho que los recurrentes reiteren que los documentos que conforman los correspondientes expedientes del proyecto de melloras indican la realidad que afirman, los términos de las conversaciones de los acusados conocidos por las intervenciones telefónicas y corroborados por otros datos, acreditan una realidad muy distinta.

**2.2.-** *Resultado de las conversaciones telefónicas intervenidas.*

El contenido de las conversaciones telefónicas que se recogen y analizan en la sentencia de instancia, es la prueba nuclear de cargo y coincidimos con la juzgadora en que resulta concluyente por su inequívoco significado, el cual no se presta a interpretaciones alternativas. Tampoco se ha querido dar una explicación alterativa razonable por parte de los acusados que se limitan a ignorarlo como si no existieran en la causa, salvo para invocar su nulidad.

De dichas conversaciones se concluye como realidad sobre el origen y finalidad del proyecto melloras, que Eiriña S.L reclamaba cantidades por sobrecostes sobre el precio de adjudicación, financiado con subvención, de la obra modificado 1 y pretendía recuperarlos por dos vías no excluyentes sino complementarias, con la liquidación final hasta el 10% de dicho precio, y, por la vía de un modificado con incremento de coste en el que irían los de las obras realizadas no contempladas en aquel proyecto; pero como ello no estaba

permitido entrando en frontal contradicción con las bases de la subvención, el modificado con incremento de coste fue rechazado por intervención de la Diputación (extremo que viene a confirmar en juicio el interventor Sr. Xxxxxxx ) y este sistema del modificado con coste, se cambió a toda prisa y a propuesta de la Diputación por el de la elaboración de un nuevo proyecto para una nueva subvención, simulando una nueva contratación acorde a la normativa aplicable en materia de contratación pública, mediante el proyecto de *Melloras en vestuarios e graderío do campo de futbol de O Buelo (Moraña)*.

Así resulta de siguientes conversaciones intervenidas, reproducidas en el acto del juicio oral:

- La del acusado Jaime (tf. xxxxxxxxxxx) con la empleada de Eiriña Xxxxxxxx del 12/04/2013(11,12 horas, minuto 5,26 en adelante) en la que Jaime comenta a la empleada que estuvo con Manuel Angel y que los mensajes no son los mismos, le dijo que estuvo tu jefe por aquí, con el presidente y ya te habrá dicho que no hay un duro más. Jaime le dijo a Manuel Angel que iba a hacer *el modificado* y Manuel Angel le dijo que el presi no quería ni hacer *el muro*, que lo pagara la alcaldesa y Jaime le respondió que *lo que va en el modificado es precisamente el muro*. Jaime le dio los números del modificado y de la liquidación. Xxxxxxxx le dice que *con el modificado y la liquidación no hacen nada* y Jaime le responde que *el resto se lo tendrá que llevar a la alcaldesa*. Xxxxxxxx le dice y le vas a llevar a la alcaldesa 200 y Jaime responde que lo tendrá que hacer, que ya le dijo a Manuel Angel que lo tendría que inflar, pero Manuel Angel le dijo que no se podía pasar porque entonces la alcaldesa podía llamar a otra empresa. Jaime dice a Xxxxxxxx que *con el modificado y la liquidación recuperan un 15% que sería el equivalente a la baja*. Le dijo que iba a empezar a hacer el muro esa semana.

- La de Enrique con Jaime Manuel ese mismo día del 12/04/2013 pocos minutos después (11,25 horas), Enrique (xxxxxx) llama a Jaime (xxxxxxxxxxx), éste le cuenta la conversación con Manuel Angel en el sentido de que no hay más dinero para la obra y Enrique le dice que le diga que él (Enrique) ha hablado con el presidente y el presidente ha dicho que le tienes que arreglar la obra; que la obra está en pérdidas y se la tienes que hacer. *Jaime le dice que va a presentar el modificado, que en el modificado va el diez y luego va la liquidación donde va el cinco que es lo que ellos tienen de presupuesto; todo lo demás se lo tendrá que meter a la alcaldesa, que le tendrá que meter un paquete; él me dijo que no me pasara. Enrique le dice que lo que no pague la alcaldesa lo tendrá que pagar la Diputación.*





Los términos de las conversaciones anteriores indican las dos vías complementarias barajadas por Eiriña para cobrar los sobrecostes (entre ellos la baja aplicada) y que en el modificado iba un muro, muro que no se contempla en el proyecto primitivo.

- La conversación del 8/08/2013 (11,35 horas) entre Jaime Manuel (xxxxxxxxxx) y el empleado de Eiriña S.L. Xxxxxxxxx (xxxxxxxxxx), Xxxxxxxxx llama a Jaime y le dice que Manuel Angel le había llamado pidiéndole que pasara por su despacho. Fue para allá y (Manuel Angel) le dijo que *el proyecto modificado lo había echado atrás intervención* (lo que admitió en plenario el interventor Sr. Xxxxxx) y que *para mañana se preparase un proyecto nuevo, como una licitación nueva, como unas obras complementarias a vestuario, pero sin decir que son complementarias, obras de mejora de vestuario e graderío y que se presente mañana*. El arquitecto es uno que me pasó, que es amigo de Xxxxxxxxx, este de Coruña, el argentino y que se va a sacar por negociado. Y le dice que va a ir preparándolo.

Los términos de la conversación anterior son confirmados e incluso aclarados por el propio Manuel Angel en la conversación siguiente:

- Llamada del mismo día 8/08/2013 (13,44 horas) entre Jaime (xxxxxxxxxx) y Manuel Angel. Manuel Angel dice a Jaime que *ya le dijo a Xxxxxxxxx que tenemos que cambiar el sistema*. Jaime le pregunta si a un complementario y Manuel Angel responde, *no, como si fuera un proyecto completamente nuevo, ni siquiera llamarle complementario; técnicamente y realmente es como si se tratase de un complementario, pero hay que tramitarlo como si fuese un proyecto nuevo porque va a ser objeto de una subvención independiente*. El nombre ya se lo di a Xxxxxxxxx y el importe es el mismo. *Se va a aprobar mañana en Junta de Gobierno porque ya no hay más en todo el mes*. Ya hablé con el arquitecto que es el Xxxxxxxxx este, pero lo va a firmar uno que colabora con él que ya está avisado. *No lo va a firmar la Xxxxxxxxx esta y a ver si mañana podemos tener algún documento, aunque luego se complemente*. Jaime le dice que vale, que se ponen con el proyecto a ver si por la tarde o terminan y Manuel Angel le dice que tampoco se vuelvan locos "con un par de planitos basta".

Los términos de las conversaciones anteriores son, a nuestro juicio claros y concluyentes. El modificado con incremento de coste no fue admitido y tenían que cambiar el sistema que era la presentación de un proyecto como completamente nuevo, no podía constar como complementario, aunque realmente lo fuera, porque había que tramitarlo como si fuese un proyecto nuevo ya

que iba a ser objeto de una subvención independiente. Tal planteamiento evidencia que la adjudicataria de ese *proyecto* nuevo iba a ser necesariamente Eiriña S.L. El cambio de sistema tenía que hacerse a toda prisa porque la última Junta de Gobierno del mes era la del día siguiente 9/08/2013, Eiriña buscaba resarcirse de los costes y resolvieron que la única forma de obtener más dinero era mediante esa nueva subvención. La idea fue transmitida y explicada Jaime, como resulta de las conversaciones transcritas, por el director de infraestructuras, Sr. Manuel Angel. Obviamente, el que esa conversación haya tenido lugar ese día no implica que no se sospechara ya, que, dados los límites de la subvención, el modificado con incremento de coste podría ser rechazado.

Siendo tal el origen del proyecto mejoras y conforme a ello resulta que, al menos en parte, comprendía obras ya ejecutadas por Eiriña al margen del proyecto inicial.

Los expedientes administrativos de subvención y contratación guardan una aparente formalidad y cobertura de legalidad, pero están amañados de origen porque su finalidad fue sortear las limitaciones impuestas por la norma dada la fuente de financiación y simular una contratación para adjudicar de antemano el proyecto mejoras a Eiriña, con infracción del principio de concurrencia que rige en materia de contratación de obra pública, más cuando comprendería también obra nueva.

### **2.3.- Simulación de trámites esenciales en el expediente de subvención.**

El proyecto mejoras no fue elaborado, por quien aparece como arquitecto firmante y director Sr. Javier, sino elaborado a toda prisa por la propia Empresa Eiriña y lo llevó un empleado de esta empresa (XXXXXXXX) en la tarde noche del 8/08/2013 a La Coruña para que lo firmara aquel arquitecto, incluso se confundieron en el nombre poniendo XXXXXXXXXXXX en vez de Javier, con el fin de poder presentarlo al día siguiente en la Diputación porque iba a tener lugar la Junta de Gobierno que aprobaría la nueva subvención. El propio director de infraestructuras de la Diputación Sr. Manuel Angel dio indicaciones a Jaime para su elaboración (lo que debía incluirse, la fecha que debía llevar (retroactiva) y como se llamaría). Consecuentemente, con la solicitud de subvención firmada por la alcaldesa de Moraña no pudo haberse acompañado el proyecto en cuestión dado que el registro de la solicitud en la Diputación es del día 7/08/13 y el proyecto se aportó en la Diputación, como resulta de las intervenciones telefónicas, en la mañana del mismo día 9/08/2013.



Así lo acreditan los términos de las conversaciones anteriormente referidas y las que siguen:

- La conversación de las 16,33 también del 8/08/2013 (16,33 horas), Jaime (xxxxxxxxxx) llama a Manuel Angel y le pregunta *qué fecha tiene que llevar el proyecto, si julio o agosto* y Manuel Angel le dice *que ponga julio*, pero no hace falta que especifique el día, Jaime le pregunta si hay que llevárselo a la firma del arquitecto y le responde que sí, pero que Xxxxxxxx ya ha hablado con él, Jaime le dice que irá Xxxxxxxx por la noche a La Coruña.

- La conversación del 9/08/2013 a las (08,13 horas), mismo día de la Junta de Gobierno para conceder la subvención, Xxxxxxxx llama a Jaime y le dice que estuvo con el arquitecto por la noche para firmar el proyecto y se dieron cuenta de que el apellido no es Xxxxxxxx, sino Javier, lo corrigieron por encima, pero sería bueno corregir la portada del Proyecto; por eso lo llama porque hay gente en la oficina y están a tiempo de corregirlo.

- La conversación del 9/11/2013 a las 18,57 horas, Jaime (xxxxxxxxxx) llama a Enrique y en el minuto 10,49 Jaime le dice que el arquitecto de la obrita de Moraña *ya le ha firmado las certificaciones y la recepción*; "estuvo el otro día por aquí y ya me firmó todo". Dice que quedó de presentarlo el día 25 porque la obra acaba el 22. Aclara que *la obra era de tres semanas y no puede haber un acta de replanteo y presentar la certificación*; "es un cante".

Como con toda lógica concluye la juzgadora, si el Sr. Javier hubiera sido el autor del proyecto que firma, difícilmente habría puesto mal su apellido reiteradas veces a largo de dicho proyecto, como se puede apreciar en el mismo y si hubiera dirigido efectivamente las obras tampoco firmarían las certificaciones y la recepción antes de transcurridos cinco días del acta de replanteo cuando tenían una duración prevista de casi tres semanas.

Pese a que el proyecto melloras fue realmente presentado el 9/08 por la mañana, el expediente administrativo refiere que el día anterior 8 de agosto se remite a Infraestructuras (Sr. Manuel Angel) y a Intervención de la Diputación.

**2.4.- Simulación de trámites esenciales en el expediente de contratación, aparentando haberse seguido un procedimiento de negociado sin publicidad.**

El nombre de las dos empresas invitadas al negociado sin publicidad, lo facilitó a la Diputación la empresa que de

antemano se había decidido que iba a ser la adjudicataria Eiriña S.L y aquellas empresas se limitaron a presentar, conforme a las indicaciones de Eiriña sendos presupuestos con ofertas más desventajosas para colaborar así en simular una apariencia de concurrencia.

Al respecto resultan concluyentes las siguientes conversaciones:

- Llamada del 13/08/2013, de Enrique (xxxxxx) a Jaime (xxxxxxxxxx). Jaime le dice que está preparando el modificado a cero de Moraña. Enrique le pregunta si esa adjudicación de los setenta mil hay que llevar tres ofertas y toda esa mariconada y Jaime le responde que sí, que es un negociado así que hay que llevar el rollo, esperar a que llamen, contrato y toda la historia, contestando Enrique "mariconadas".

- Llamada del 9/09/2013 (13,35h) llaman a Enrique desde el gabinete del presidente de la Diputación, le pasan con XXXXXXXXXXXX que le dice que tiene que hablar con él del campo de fútbol de Moraña y quedan en verse ese mismo día a las 14,15 horas.

- Llamada del 9/09/2013 (14,14h), un minuto antes de la cita concertada con XXXXXXXXXXXX, lo que es indicativo de que Enrique (xxxxxx) se encuentra en el gabinete de presidencia de la diputación. Enrique llama a Jaime Manuel (xxxxxxxxxx) y le pregunta si el viernes va a la comisión el modificado y si es un modificado a cero y Jaime le responde que sí; luego le pregunta que si el contratito ese de los ochenta mil es un contrato menor y Jaime le responde que no, que es un negociado. Enrique le dice que la cantidad es 86.896 y le pregunta si con eso pagan todo y Jaime le responde que falta la liquidación. ¿Repíte, pero el modificado es a cero no? Y Jaime le responde que sí, que en un principio "era ese el incremento".

- Llamada del 9/09/2013 (14,17 h) Enrique llama a Jaime, y le pregunta si tiene los dos nombres para este. Jaime le dice que los que quieran ellos y Enrique le dice que los diga él; entonces *Jaime le da dos nombres, XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX* y además Jaime le dice que les recuerde lo de Bayona- lo que, en efecto, viene a reforzar la tesis de que estaba en la Diputación). Luego Enrique le dice que "mueva la timba", que los chismes tienen que estar mejor mañana que pasado y Jaime le recuerda que primero les tienen que invitar; Enrique le dice que las invitaciones salen ahora.



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

Coincidimos con la juzgadora en que de las llamadas anteriores se concluye que Enrique está en la Diputación pues tiene lugar dos minutos después de la hora concertada con XXXXXXXXXXXX de presidencia y Jaime le dice "que les recuerde lo de Bayona" y luego Enrique le dice que las invitaciones salen ahora.

Por tanto, es la propia empresa Eiriña que iba a ser la adjudicataria, la que da a la Diputación los nombres de las empresas que habrían de ser invitadas.

- Llamada del 17/09/2013 (13,49 horas) de Jaime (XXXXXXXXXX) a Mauricio (administrador de Construcciones Enrique XXXXXXXXXXXX SL), el primero le pregunta si le han mandado "la invitación aquella" porque a ellos les acaba de llegar. Mauricio le dice que no está en la oficina que lo mira y Jaime le dice que quieren presentarla pronto, porque hay que presentarla un poco rápido y que la mire para comentar.

Conversación ésta en la que el acusado Mauricio reconoció su voz y que hablaba con Jaime.

- Llamada del 17/09/2013 (14 horas) de Jaime (XXXXXXXXXX) a Diego, (administrador de Construcciones Salnés S.L), le pregunta Jaime si recibió ya eso por correo electrónico, si lo recibisteis danos un toque *para comentar porque queremos presentarlo un poco rápido*; Diego le dice que le diga ya lo que sea y Jaime le contesta que ya hablarán, comentan de quedar ya que Diego quiere hablar con él de otro tema y al final le dice que *de lo otro diles que le den para adelante y fuera y Jaime contesta que vale, ya dice que le manden los datos.*

También el Sr. Diego reconoció su voz y que hablaba con Jaime aunque dijo no recordarla, ni que datos le iba a dar, pero que no era por el campo de fútbol.

Coincidimos también con la juzgadora en que las explicaciones dadas por los referidos invitados no lograron justificar esas llamadas de Jaime Manuel en otras cuestiones que no fuera la invitación para concurrir al proyecto de mellora y los términos de que lo miren "para comentar", que "queremos presentarlo un poco rápido" "que le diga ya lo que sea", valorados con la falta de una explicación alternativa convincente, con el momento temporal en que Jaime realiza esas llamadas y con todo lo que hasta aquí expusimos por las comunicaciones precedentes, acreditan la connivencia de estas empresas para aparentar su concurrencia al negociado.

Como consta en Acta de Junta de Gobierno de la Diputación del 9/08/2013, la subvención por importe de 86929,84 fue concedida con cargo a la cantidad que se reserva a presidencia para su concesión directa.

## **2.5.- Corroboraciones del contenido de las escuchas telefónicas.**

La realidad que resulta de los términos de las escuchas telefónicas transcritas se corrobora con:

- La premura, sin que conste en razones justificadas, de la tramitación de la subvención para el proyecto mellora por la vía de urgencia. La solicitud fue registrada el siete de agosto y la subvención fue aprobada el día nueve con informes de tres departamentos de la Diputación durante el mismo día ocho y el día nueve y se introdujo en la junta fuera del orden del día por esa vía.

- Se planteó un proyecto para mejorar unas obras que aún no se habían finalizado y se recurrió, sin justificación, a un arquitecto director distinto al autor y director del proyecto de la primera obra (modificado 1), Sra. Xxxxxxx, técnica ésta que lógicamente estaría en mejor situación para conocer y proyectar las necesidades o aspectos a mejorar.

- En lo que respecta al expediente de contratación, la Diputada delegada Da. Xxxxxxxx que firmó las resoluciones referidas a dicho expediente, entre ellas la invitación a Eiriña S.L, Construcciones EC Xxxxxxxxxxxx S.L y Canalizaciones y Construcciones Salnes SL (Resolución 11/09/2013) declaró en el juicio oral que ella se limitaba a firmar la documentación que se le pasaba, comprobando que llevaba los informes precisos.

- Constatación de obras ya ejecutadas con anterioridad al proyecto de "Melloras en vestuarios e graderío do campo de fútbol de O Buelo "que no estaban contempladas en el proyecto inicial "Modificado 1".

Insisten las defensas en que todas las obras recogidas en el proyecto mellora eran nuevas y diferentes de las incluidas en el primer proyecto no habiendo sido realizadas con anterioridad. Precisan que la unidad de obra referente a soleras de hormigón pulido frente a graderío y vestuarios, aparece en los dos proyectos pero la diferencia estriba en que se refieren a zonas distintas y que los cerramientos sobre muros de escaleras de hormigón efectivamente se realizaron antes del acto de inauguración el 12/10/2013 de la obra modificado 1, en concreto entre las fechas de adjudicación



provisional (1/10/2013) y de adjudicación definitiva (8/10/2013) a Eiriña del proyecto de mellora y antes del acto de inauguración de la obra modificado 1 (el 12/10/2013), a solicitud de la Diputación para garantizar la seguridad del público y que Eiriña accedió sabiendo que la obra ya se la había adjudicado.

La juzgadora de instancia analiza pormenorizadamente varios informes periciales y prueba documental: el informe realizado por la policía judicial UDEF(f. 772-889)ratificado y aclarado en el plenario por sus autores, junto con el CD (f. 897) correspondiente a los fotogramas aportados por Diario de Arousa y el CD (f. 898) con los fotogramas aportados por Faro de Vigo; el informe pericial elaborado por el ingeniero de caminos canales y puertos D. XXXXXXXX a instancia del Sr. Manuel Angel (f. 1485 y ss) y el elaborado por el ingeniero de caminos D. XXXXXXXX a instancia del Sr. Enrique. Los fotogramas aportados por aquellos medios periodísticos se refieren a los reportajes gráficos de la visita institucional a la obra modificado 1 (el 1/08/2013) y del acto de inauguración del modificado 1 (el 12/10/2013).

A la vista de su resultado concluye que muchas de las obras descritas en el proyecto melloras, las que en la sentencia se relacionan, ya constaban realizadas, unas a fecha de la visita institucional, por tanto, incluso antes de la solicitud de subvención para tal proyecto, otras a fecha de la inauguración de la obra modificado 1, pero, en todo caso antes de la firma del contrato de la obra del proyecto melloras con Eiriña y antes del Acta de comprobación de replanteo.

La Sala comparte la conclusión que se alcanza en la instancia, valorados el detallado análisis de la prueba que la misma comprende, los argumentos de las defensas y significadamente el resultado de las intervenciones telefónicas que las imágenes de la obra modificado 1 recogidas en los reportajes del Diario de Arousa y Faro de Vigo, vienen a corroborar.

Esa misma corroboración se obtiene de las conclusiones que se pueden alcanzar respecto a la realización de un muro, obra que centró el mayor debate del plenario siendo la partida de mayor importe.

El proyecto inicial modificado 1 no contemplaba la realización de ningún muro y el muro de mampostería que se describe en la memoria y se representa gráficamente en el plano del proyecto melloras, no coincide con el muro perimetral que circunda la carretera de acceso, cercano al campo de fútbol, pero alejado (entre 20 y 25 metros según los peritos judiciales) del lugar

que correspondería según se sitúa, en el plano del proyecto, el muro a que se refiere su memoria.

Se justifica en ésta la realización de un muro "anexo a vestuarios", describiéndose como "un muro de mampostería de sillares graníticos que permite obtener un talud más tendido delante de los vestuarios y eliminar el riesgo de descalce de las cimentaciones de los vestuarios ya que teniendo en cuenta la posición del edificio de vestuarios, se puede verificar que delante del mismo existe un talud que es preciso contener, por la posibilidad de que con el paso del tiempo y con precipitaciones abundantes, pueda sufrir un deslizamiento que pudiera llegar a afectar a la cimentación del mismo". Tal muro, como concluye la juzgadora, no consta realizado con esa descripción y finalidad ni durante la ejecución del proyecto melloras.

El único que existe no tiene esas características, tampoco la ubicación que se le atribuye en el plano del proyecto y no sirve a aquella finalidad descrita en la memoria. Lo que se hizo fue una prolongación del preexistente (ya en 2012) muro perimetral, apreciándose en las fotografías que del mismo aportan los informes periciales que circunda la carretera de acceso; prolongación que tampoco consta hubiera tenido lugar durante la ejecución del proyecto melloras.

Dicen las defensas que era a esta actuación sobre el muro preexistente, a lo que se refería el proyecto melloras- que recoge en el plano una "rectificación de aleta"- para darle mayor longitud y justifican su diferente ubicación en el plano de proyecto por limitaciones de la escala y porque, al contrario de un plano de replanteo, no era preciso representarlo con su ubicación exacta.

Las explicaciones no convencieron a la juzgadora de instancia y tampoco nos convencen a nosotros.

Al margen de que la regulación contenida en el TRLCSP no avala, a nuestro juicio, la informalidad con la que las defensas califican el plano de proyecto y que tampoco justificaron que la escala del plano no permitiera representarlo en su verdadera ubicación, como sí se hizo con las restantes obras, las características descritas en el proyecto eran muy diferentes. Como afirmaron los peritos de la UDEF, el proyectado es de trazo recto y el real tiene un tramo semicurvo y en aspectos constructivos el proyectado era de mampostería cara vista y el realizado no lo es. Junto a ello lo esencial es que su distanciada ubicación desvirtúa aquella finalidad descrita en la memoria y, a nuestro juicio, tal como





alega el Ministerio Fiscal, que pudiera encajarse dentro de un proyecto de melloras de "vestuarios e graderío".

La empresa Eiriña no aportó documental acreditativo de la concreta fecha, coste y en su caso empresa subcontratada, para su realización, solo obra en la causa un documento denominado "presupuesto" que hace referencia a la construcción de un muro de mampostería fechado el 19/03/2013 de la empresa Manuel Vaqueiro SL para Eiriña, con el concepto "obra: campo de fútbol de Moraña", por importe de 7.063,38 y a bolígrafo inicio el 17/04 y duración dos semanas.

Este documento valorado con todo lo anterior y con las conversaciones transcritas relativas al muro y a que iría en el modificado, nos llevan a concluir que a la prolongación se referían dichas conversaciones y que fue una de las obras realizadas antes del proyecto melloras, al margen del proyecto modificado 1, cuyo pago reclamaba Eiriña S.L.

El testimonio de la Sra. Xxxxx, arquitecta municipal del Concello de Moraña, al que aluden las defensas, no desvirtúa tal conclusión, pues, aunque afirma que cuando ella visitó las obras del campo de fútbol las del proyecto melloras no estaban realizadas, no supo precisar en absoluto la fecha de tal visita o visitas, más aún, dijo haber tomado conocimiento de las obras descritas en el proyecto melloras cuando fue llamada a declarar en esta causa.

En definitiva, nuestra conclusión es que, para poder disfrazar esa prolongación sobre el muro preexistente, como una obra del proyecto melloras y cobrarla, se describió en éste como se describió y ello se compadece con la finalidad de dicho proyecto que obviamente evitaría una descripción prístina de las "melloras" en las que se justificaba.

**2.6.- Irrelevancia para la tipificación de los hechos, del pago de la certificación 12 por reconocimiento extrajudicial de crédito.**

Compartimos con las defensas, -en lo que coincide también el Ministerio fiscal al impugnar los recursos- que la conversación del 28/11/2013 entre Manuel Angel y Jaime no se referiría al "encaje" del proyecto melloras sino al "encaje" del reconocimiento extrajudicial de crédito mediante el que se abonó la certificación 12 habida cuenta de que tal conversación tuvo lugar cuando el proyecto melloras ya había sido adjudicado y ejecutado.

En esta conversación Jaime llama a Manuel Angel y le pregunta por la obra de Moraña, diciéndole Manuel Angel que ha

hablado con XXXXXXXX, la de cooperación y "como es una obra financiada con el plan de inversión, las bases no admiten ni los modificados ni las liquidaciones. La paisana va por el libro. Tengo que hablar con el presidente y buscar otro encaje que ya lo tengo pensado".

Nos separamos así de la sentencia de instancia en cuanto parte de esta conversación para explicar la razón de la creación y adjudicación del proyecto melloras, como un sistema para pagar la certificación 12.

Las defensas otorgan a ese "error" de valoración una relevancia trascendental porque según ellas, si el artificio del proyecto melloras se explica en la sentencia, en el pago de la certificación 12 y esto no es así porque dicha certificación fue pagada por la vía del reconocimiento extrajudicial de crédito, eliminada la causa del artificio también desaparece la prueba de su realidad y resultaría irrazonable la totalidad de la valoración efectuada por la juzgadora.

No compartimos la consecuencia que afirman. El amaño existió en los términos que se declaran probados y que no fuera para el pago de la certificación 12, sino para el pago de otras cantidades que a mayores de esa certificación reclamaba Eiriña por obras realizadas al margen del proyecto primitivo y que se intentaron cobrar a través de un modificado, resulta irrelevante.

Ciertamente llama la atención que el importe de la certificación 12 (86.816,47) y el importe de la subvención proyecto melloras (86.929,84) difieran en solo 13 euros, pero su coincidencia también se explica, estando cada una de ellas próxima al 10% del precio de adjudicación del contrato modificado 1, en los términos de aquella conversación del 12/04/2013 -ya transcrita- entre Jaime y la empleada de Eiriña, XXXXXXXX, sobre porcentajes del precio a recuperar, vía modificado y vía liquidación.

En conclusión, la realidad del amaño ha quedado acreditada y su fundamento en la circunstancia de la pretensión de cobro de un modificado, lo cual fue objeto del debate contradictoria del plenario.

### **TERCERO. - Infracción de ley.**

**1.- Aplicación indebida del delito de prevaricación del art. 404 CP en relación con la normativa administrativa vigente en el momento de comisión de los hechos.**



Al amparo de este motivo las defensas niegan la existencia de una resolución ilegal y además arbitraria e injusta y sostienen que, de existir alguna irregularidad, ésta no superaría la mera ilegalidad de carácter administrativo.

#### *1.1.- Resolución administrativa contraria a derecho.*

Afirman que el acuerdo de concesión de la subvención se adoptó por órgano competente y de acuerdo con el procedimiento administrativo legalmente establecido, cumpliendo con los informes preceptivos y que incluso funcionaron los filtros de control como, por ejemplo, el rechazo por intervención del modificado.

Es cierto que la resolución fue adoptada por órgano competente, en un procedimiento formalmente adecuado a la norma, pero en realidad ficticio.

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

#### *1.2.- Arbitrariedad e injusticia de la resolución.*

Por cuando antecede consideramos que el acuerdo de subvención como resolución clave de todo el expediente administrativo (subvención y contratación), además de infringir manifiestamente la normativa administrativa de aplicación, es arbitrario e injusto porque fue ideado para sortear la normativa administrativa que impide arbitrariedades y protege los intereses de la Administración.

En cuanto a los elementos del delito de prevaricación recoge la SSTS 507/2020 del 14/10/2020 que " para colmar la tipicidad

*objetiva y subjetiva será necesario: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea 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 particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho”.*

El bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración Pública es el buen funcionamiento de las administraciones públicas de acuerdo con su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al derecho. Más en concreto, en el del tipo delictivo de la prevaricación es el principio de legalidad, el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al derecho, que se ve afectado cuando una autoridad o funcionario dicta una resolución arbitraria, contraria al derecho en un asunto administrativo, teniendo consciencia de la injusticia o ilegalidad de la resolución. La prevaricación es el negativo del deber de los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico y lesiona gravemente la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

Dice la SSTTS 600/2014 del 3/09/2014 que una resolución es arbitraria porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento (...), porque en el fondo la misma contravenga la legislación vigente (..) o cuando se esté ante un ejercicio arbitrario de poder.

Consideramos que estamos ante tal supuesto. No se trata aquí de una nulidad de carácter administrativo por la infracción de algún trámite esencial en el procedimiento, sino ante la realización desde la administración de un procedimiento simulado para dar cobertura legal a una realidad contraria a la norma sustantiva de aplicación, que, consecuentemente no respeta las normas esenciales de procedimiento y remueve las barreras establecidas para proteger los intereses de la Administración.



En este sentido, de la SSTS 606/2016 del 7/07/2016 en un supuesto de negociado sin publicidad en el que se alegó por el recurrente que el trabajo contratado se realizó correctamente y a precio de mercado, se extrae que la adjudicación del contrato a una persona ya elegida de antemano no solamente es un acto ilegal, sino que constituye una arbitrariedad y esa adjudicación, con independencia del resultado lesivo, en sí misma no protege los derechos de la administración. EL tribunal Supremo absuelve por delito de fraude, pero mantiene la condena por prevaricación porque: *"es incuestionable que de antemano se había designado al amigo y correligionario como destinatario de la oferta de contrato. Así pues, no se han protegido los derechos de la administración al apartarse de la normativa que impide arbitrariedades, como la que se produjo.*

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

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

En apoyo de la tipicidad de los hechos como delito de prevaricación, podemos citar también la SSTS 1002/2021 del 17 de diciembre (ROJ 5802/2021) en la que la injusticia de la resolución se predica de la operación en su totalidad en sus distintos aspectos, la SSTS 311/2019 del 14 junio (RJ 2868/2019) que analiza un supuesto de contratación de un determinado arquitecto para la ejecución de una obra con simulación del procedimiento administrativo seguido por la Administración.

La SSTS 695/2019 del 19/05/2020 en la que se recoge que "la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas

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

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

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución ( STS 743/2013, de 11 de octubre, STS 152/2015, de 24 de febrero y 259/2015 de 30 de abril, entre otras). (...) la ilegalidad de la actuación administrativa realizada en el presente caso es total. Se ideó un procedimiento totalmente falsario para generar una apariencia de legalidad y libre concurrencia, que pretendía encubrir una adjudicación ya decidida de antemano. Se concitó la colaboración de extraños, que contribuyeron con sus ofertas pactadas a conformar ese escenario de fingida competencia (..)"

En el presente caso se prescindió absolutamente del procedimiento legalmente establecido; primero se decide o permite que determinadas obras, ajenas al proyecto inicial se ejecuten por Eiriña S.L sobrepasando los límites de la subvención concedida y ante la imposibilidad de incluirlas en un modificado con incremento de coste para el órgano de contratación al impedirlo las bases de la subvención, se realiza la tramitación de aquel expediente ficticio para remover las barreras legales, con infracción del principio de transparencia en la actuación y poniendo en riesgo los intereses de la Administración.



**1.3.- Alegan algunas defensas que no se infringió la norma administrativa que era de aplicación ( el TRLCSP, Real Decreto Legislativo 3/2011 del 14 de noviembre) porque permitía los modificados y las liquidaciones, insistiendo de nuevo en que la certificación 12 únicamente recogía las liquidaciones de la obra, habituales en las obras públicas por debajo del incremento del 10% del precio inicial del contrato, que por ello tanto el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas Particulares del contrato como el contrato firmado el 19/09/2012 para la obra principal con la empresa adjudicataria Eiriña recogían esa posibilidad y que lo sucedido fue que las Bases reguladoras del Plan de Inversiones de la Diputación Provincial de Pontevedra 2009-2011 entraban en contradicción con ello al no permitir tales variaciones inferiores al 10% a pesar de haberse ejecutado siguiendo las instrucciones de la Dirección facultativa; contradicción que no fue advertida por ninguno de los órganos técnicos que informaron el expediente de contratación, lo que obligó a buscar otro procedimiento legal para atender al pago de la certificación 12 y final.**

En cuanto al pago de la certificación 12 mediante el procedimiento extrajudicial de reconocimiento de crédito nos remitimos a lo ya expuesto, sin que proceda un mayor análisis.

Lo que aquí se considera delictivo es el procedimiento ficticio del proyecto melloras que, a nuestro juicio, no encuentra amparo en la normativa invocada.

**1.4.- En la misma línea sostienen que, aunque fuera cierto que el proyecto de mellora comprendía obras realizadas, lo que solo admiten como hipótesis, se ajustaría a la ley general de subvenciones 38/2003 ya que conforme a su art. 2 b) puede otorgarse la subvención para objetivos *ya realizados* o por desarrollar y que el proyecto melloras podría haberle sido adjudicado a Eiriña directamente, conforme al art. 171 b del TRLCSP, sin necesidad de seguir un procedimiento negociado sin publicidad.**

Al margen de que tal planteamiento no fue objeto de debate en el acto del juicio oral, tampoco lo fue que las obras recogidas en el proyecto melloras debieran considerarse conforme al referido precepto, "obras complementarias de las del modificado 1, *necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla y que no pudieran separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación, o , aunque resulten separables sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento*". Al contrario, se sostuvo que contenía

obras nuevas y en la conversación del 8/08/2013 del Sr. Manuel Angel con Jaime, el primero excluye la vía del complementario diciendo a Jaime Manuel que se haga como si fuera un proyecto nuevo porque va a ser objeto de una nueva subvención.

En cuanto al ajuste de la actuación a la ley general de subvenciones 38/2003 en virtud de su art. 2 b), no consideramos que la posibilidad de conceder una subvención para obras ya realizadas legitime el artificio aquí utilizado y la adjudicación de nueva obra al margen del principio de concurrencia perseguido en la regulación del TRLCSP. Tampoco ilustran las defensas acerca de la razón por la cual no se habría acogido esa posibilidad por la Diputación al tiempo que cumpliría con el principio de transparencia en su actuación.

**1.5.-** Dice la defensa del Sr. Rafael que, en un supuesto similar al presente del juzgado de instrucción nº 2 de los de Pontevedra (DP 2622/2009), el Ministerio Fiscal interesó el sobreseimiento por considerar que no se acreditaba el delito de prevaricación y que los argumentos de su informe en tal sentido serían extensibles al presente caso por su similitud.

Desconocemos los particulares del asunto en cuestión, pero a la luz del informe fiscal que se transcribe en el recurso, el supuesto de hecho no es coincidente, partiendo de que se trataría en aquel caso de obras menores que podían haber sido objeto de adjudicación directa, de que el procedimiento ficticio utilizado no tenía posibilidad de engañar a los destinatarios y de que además resultaba innecesario porque la misma finalidad se habría alcanzado de proceder conforme a la norma, las cuales no se acreditan en este caso.

## **2.- Inexistencia del delito de fraude del artículo 436 del CP.**

En la sentencia de instancia se argumenta la existencia del delito de fraude a la Administración en que *"para la adjudicación a la empresa Eiriña S.L de esta concreta contratación pública hubo un concierto entre autoridades y funcionarios públicos (..) y el propósito no puede ser otro que la defraudación al ente público, en este caso la Diputación de Pontevedra, creándose una subvención ad hoc para un proyecto que no se ejecutó en los términos proyectados, por cuanto las partidas de obras más importantes o bien ya estaban ejecutadas, o no se ejecutaron en los términos contemplados en el proyecto y pese a ello, se abonaron a la empresa, constituyendo un verdadero fraude. Y ello porque, ya desde la creación de la subvención para la ejecución del proyecto de mejora, el propósito era que la empresa adjudicataria de este*





*fuera la empresa Eiriña, dándole apariencia de legalidad al procedimiento de contratación, si bien en la práctica, todos los intervinientes en el mismo estaban concertados para que se adjudicase a la empresa Eiriña, como así ocurrió".*

*Los fiscales al impugnar los recursos sustentan la existencia del delito de fraude en que "se trata de algo que ya se había hecho y que no se podía abonar porque lo impedía la condición de contrato subvencionado", "la empresa Eiriña actuando de mala fe realizó obras fuera de proyecto a sabiendas de que se encontrarían fórmulas para su cobro (..)y la Diputación abonó una obra que no tenía que abonar porque había superado el límite de la subvención, no estaba en contrato, no solicitó ella y que nada tenía que ver con los proyectos subvencionados (..)el importe del muro presupuestado por Manuel Vaqueiro era de 7063,38 euros muy inferior al cobrado a la Administración por Eiriña, 15.621,38, asimismo Javier admitió en juicio haber cobrado ese proyecto, cuando solo lo firmó, pago injustificado que también causó perjuicio a la Administración", o en que " existe concierto de voluntades e intención de causar un perjuicio a la Administración burlando las barreras que había surgido para abonar a Eiriña los sobrecostes que reclamaba y burlando la libre concurrencia".*

Consideramos que los hechos constituyen, por las razones expuestas, un delito de prevaricación pero que no se ha acreditado el delito de fraude del artículo 436 CP, precepto éste que contempla penas para la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, así como para el particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público.

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

En el tipo subjetivo el concierto o artificio debe ir dirigido a defraudar a la Administración, lo que constituye un elemento subjetivo del injusto negándose la posibilidad de su comisión

mediante dolo eventual y considerándose inaplicable el precepto cuando no conste el "propósito" defraudatorio en la conducta del autor (STS 696/2019, de 19 de mayo de 2020, SSTS 606/2016 del 7 de julio, SSTS 149/2020 del 18/05/2020, SSTS 402/2019 del 12/09/2019 etc..).

Las defensas afirman que no concurren los elementos típicos del delito de fraude porque no ha existido perjuicio ni riesgo de perjuicio para la Administración Pública y tampoco se ha acreditado en los acusados el dolo o intención de perjudicar a patrimonio de la Administración que requiere el tipo.

Este motivo será estimado.

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

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

No podemos acoger el argumento del Ministerio Fiscal al impugnar los recursos de que Eiriña S.L se hubiera lucrado indebidamente por cobrar a la Diputación 16.621,38 euros de "muro" en comparación con el presupuesto de Manuel Vaqueiro por importe de 7063,38. No existió prueba al respecto de que la construcción efectivamente realizada -prolongación de muro preexistente- no valiera aquel importe y además como hecho nuclear para la consideración del perjuicio en el delito de fraude, debía constar en el escrito de acusación y ser sometido al debate contradictorio del plenario.

En el mismo caso se encuentra el argumento de la acusación de que el Sr. Javier manifestó que la Diputación le había pagado sus honorarios por el proyecto melloras y constituiría un



perjuicio porque cobró por un proyecto que no hizo. Tal afirmación del acusado tiene un signo defensivo para sostener su autoría del proyecto y no contemplada por la acusación, resulta insuficiente.

No se acreditó la concurrencia del elemento subjetivo que requiere el tipo, que la actuación de los acusados fuera dirigida a defraudar el patrimonio de la Administración, máxime atendido el origen del proyecto como medio para abonar unas obras realizadas.

Considera el Ministerio Fiscal que Eiriña realizó las obras al margen del proyecto inicial de mala fe y que no tendría derecho a su cobro en ningún caso, circunstancias ambas que tampoco podemos tener por acreditadas. No se puede afirmar ni negar la mala fe de la contratista y en cuanto a su posibilidad de cobro, las bases de la subvención la impedían a cargo de la Diputación Provincial al rebasar el límite infranqueable de la subvención concedida, pero es dudosa a cargo del Concello de Moraña al establecer la base décimo cuarta del Plan de Inversión que *" Se excepcionalmente fose necesario o incremento do custo será con cargo ó crédito do concello, que terá que renunciar á execución dalgunha outra obra se fose preciso"*.

La duda debe operar a favor de los acusados.

La SSTS 606/2016 del 7 de julio al analizar un caso en que un funcionario adopta la decisión de adjudicar directamente un contrato a un determinado empresario (por el procedimiento negociado sin publicidad o restringido) evitando la concurrencia de otros licitadores y, consecuentemente, su adjudicación al mejor postor, mantiene la condena por prevaricación pero revoca la condena por fraude separándose del argumento de la Audiencia basado en que el fraccionamiento irregular de una obra, servicio o suministro realizado con el fin de evitar la concurrencia de licitadores, siempre implica un perjuicio económico para la Administración contratante y por ello lleva aparejada la concurrencia del elemento subjetivo de este delito, aunque sea simplemente a título de dolo eventual, en la medida en que con la adjudicación directa se acepta el perjuicio económico derivado de la no concurrencia de aspirantes que se quiere evitar. El Tribunal Supremo excluyó el dolo eventual como suficiente para cometer el delito y consideró que ni había concurrido el elemento objetivo del perjuicio (no constaba en la sentencia recurrida que el precio de los suministros de sillas fuera superior al del mercado), ni tampoco se daba el propósito o la intención de causar perjuicio.

En el mismo sentido la SSTS 402/2019 del 12/09/2019 referida a un supuesto similar en que se juzgaba la adjudicación de una obra a un empresario sin la concurrencia de licitadores, excluyó la posibilidad de dolo eventual y no consideró suficiente para apreciar el tipo de fraude el que se dé una actuación funcional contraria al correcto desenvolvimiento de la función pública o al deber de fidelidad del funcionario, bienes jurídicos que quedarían ya tutelados con la aplicación del art. 404 del texto punitivo.

Se recoge en ella (citando la antes referida 60672016) que: "*si bien la jurisprudencia de esta sala estima suficiente para condenar por un delito de fraude, desde la perspectiva del elemento objetivo, que haya un riesgo de que se ocasione un perjuicio económico para la Administración derivado de la forma ilegal en que se hace la adjudicación de un contrato sin pasar por el procedimiento de licitación pública, lo cierto es que, al margen de ese requisito objetivo, también exige el subjetivo de que la adjudicación ilegal se haga con propósito de defraudar a la Administración, de modo que cuando ese propósito no consta probado, sino que solo se prueba la intención de favorecer a una determinada persona o empresa mediante un sistema restringido de adjudicación sin buscar un perjuicio económico para el ente público, la conducta no resultaría punible. (..) Las locuciones "propósito" e "intención" son las propias del dolo directo y no del dolo eventual. La expresión "para defraudar es considerada por la doctrina mayoritaria como un elemento subjetivo del injusto, elemento que no parece fácilmente compatible con el dolo eventual".*

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

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



En el mismo sentido cabe citar la SSTS 149/2020 del 18/05/2020 conforme a la cual cuando el elemento subjetivo de que la adjudicación ilegal se haga con propósito de defraudar a la Administración no consta probado, sino que solo se prueba la intención de favorecer a una determinada persona o empresa mediante un sistema restringido de adjudicación, sin buscar un perjuicio económico para el ente público, la conducta no resultaría punible conforme a este delito.

Por lo expuesto, procede absolver a los recurrentes del delito de fraude a la Administración por el que han sido condenados.

**CUARTO. - Autoría y cooperación necesaria en la comisión del delito de prevaricación.**

**1.- D. Rafael.**

Ha sido condenado como autor del delito de prevaricación. La defensa alega, en esencia, que no existe prueba para concluir que el Sr. Rafael conociera que la subvención aprobada en la Junta de Gobierno de la Diputación del 9/08/2013 fuera injusta y arbitraria y ni siquiera ilícita, pues el expediente constaba de todos los informes técnicos favorables; el presidente solo intervino en la adopción del acuerdo de subvención como presidente de un órgano colegiado que decidió por unanimidad sin que ninguno de sus miembros fuera llamado como investigado; que no existe ninguna grabación del Sr. Rafael que pueda acreditar su concierto con otro u otros acusados para adjudicar la obra del proyecto melloras a Eiriña S.L y que ni siquiera puede concluirse que hubiera llegado a conocer aquello que Manuel Angel decía a Jaime que tenía que hablar con el Presidente.

**1.1.-** Ciertamente el acuerdo de concesión de subvención para el proyecto melloras fue adoptado por un órgano colegiado como es la Junta de Gobierno de la Diputación y no fueron acusados los restantes miembros de dicha Junta, pero ello no impide concluir la autoría que se atribuye a su entonces presidente quien, al margen de la ascendencia que tuviera sobre el órgano colectivo, dispuso del dominio funcional del hecho delictivo e intervino en el mismo de forma consciente y voluntaria.

En cuanto a los demás miembros de la Junta de Gobierno, como alega el Fiscal, su participación punible no puede sostenerse únicamente en haber tomado parte en la Junta en la que votaron a favor de la subvención y según la acusación nada indicaba que cuando emitieron sus votos conocieran el plan establecido.

**1.2.-** La participación objetiva del Sr. Rafael consistió en la introducción del acuerdo para conceder la subvención

fuera del orden del día por la vía de urgencia y la emisión de su voto favorable a la subvención, voto significado al aprobarse con cargo al 20% de concesión directa del presidente, prevista en la base 5 del Plan de Inversiones de la Diputación 2009-2011: "Do crédito total do Programa resérvase a Presidencia ata un 20% para a súa concesión directa tal como se prevé na base 25.2ª das de execución do vixente orzamento provincial, reservándose para este fin 14.000.000 euros".

**1.3.-** Su participación subjetiva y culpable consiste en que conocía que lo que se aprobaba era contrario a derecho porque se iba a conceder una subvención ad hoc, en el seno de un procedimiento simulado para sortear las limitaciones de la norma de aplicación que eran las Bases Reguladoras do Plan de Inversiones Da Deputación Provincial de Pontevedra 2009-2011, a fin de abonar a Eiriña S.L. excesos de obra realizados al margen del proyecto inicialmente subvencionado y cuya adjudicación estaba decidida de antemano con vulneración del principio de concurrencia y sorteando las barreras legales establecidas para proteger los intereses de la Administración.

**1.4.-** Una serie de plurales indicios lleva a tal conclusión:

**a)** Del contenido de las conversaciones telefónicas del 12/04/2013, ya transcritas, se extrae que el presidente de la Diputación conocía los problemas por excesos de obras no contempladas en el proyecto subvencionado. En la de las 11,12 horas (a partir minuto 5,26), entre Jaime Manuel y Xxxxxxxx, Jaime dice a Xxxxxxxx que habló con Manuel Angel y le dijo que iba a hacer el modificado, pero Manuel Angel le dijo que *el presi no quería ni hacer el muro, que lo pagara la alcaldesa* y lo que va en el modificado es precisamente el muro. En la de las 11,25 horas entre Enrique y Jaime, éste le cuenta la conversación con Manuel Angel y Enrique le dice que le diga que *él ha hablado con el presidente y el presidente ha dicho que le tienes que arreglar la obra; que la obra está en pérdidas y se la tienes que hacer.*

**b)** En la conversación telefónica del 8/08/2013 (13,44 horas), día anterior a la aprobación de la subvención, entre Jaime y Manuel Angel, éste anunció al primero en relación con el cambio de sistema por un proyecto nuevo (el de mellora) que *"se va a aprobar mañana en Junta de Gobierno porque ya no hay más en todo el mes"*.

Es decir, el Sr. Manuel Angel sabía que se iba a introducir la subvención para ese proyecto en la sesión de la junta fuera del orden del día y sabía que se iba a aprobar, como así fue. La llave para introducir el acuerdo en el orden del día y para



obtener la subvención la tenía el presidente de la diputación, concediéndose con cargo a la partida de libre disposición del presidente, no el Sr. Manuel Angel, de lo que se deduce que tenía el acuerdo del presidente.

**c)** El 1/08/2013 el presidente de la Diputación y la Alcaldesa de Moraña habían realizado una visita institucional a las obras del campo de fútbol recorriendo dichas obras, visita en la cual lógicamente pudieron comprobar su estado y conforme a la lógica de las cosas y máximas de experiencia, habrían recibido explicaciones al respecto de incidencias y desarrollo, siendo varias de las obras realizadas al margen del proyecto modificado 1, claramente visibles a esa fecha, como argumenta la juzgadora de instancia.

**d)** En la conversación del 28/11/2013 (11.30 horas) entre Jaime y Manuel Angel, éste dice al primero que ha hablado con Xxxxxxx la de cooperación y como la obra está financiada con un plan de inversión las bases no admiten ni los modificados ni las liquidaciones porque la paisana va por el libro, *pero tengo que hablar con el presidente y buscar otro encaje*, que ya lo tengo pensado, Xxxxxxx no lo va a resolver.

Aunque coincidamos en que el "otro encaje" se refiriera al reconocimiento extrajudicial de crédito para pago de la certificación 12, sus términos son indicativos de que el director del departamento de infraestructuras de la Diputación comentaba con el presidente el sistema para encajar las reclamaciones de pago de Eiriña S.L relativas a sobrecostes sobre el importe de la subvención de la obra modificado 1.

**e)** La defensa del Sr. Rafael nunca alegó que el director de infraestructuras de la Diputación ocultase al presidente cuestiones relevantes de los expedientes a aprobar y en particular las atinentes al expediente objeto de enjuiciamiento, el cual se iba a financiar con una nueva subvención con cargo al 20% de concesión directa de Presidencia y a través de un procedimiento amañado.

**1.5.-** En consecuencia, si existen conversaciones en las que se refiere que el presidente no quiere ni hacer el muro; si el presidente visitó esa obra con posterioridad a tales conversaciones teniendo lugar dicha visita seis días antes de la solicitud de subvención; si eran claramente visibles varias de las obras realizadas al margen del proyecto; si el director de infraestructuras de la Diputación, en el día anterior a la aprobación de la subvención para el proyecto de mellora, le dice a Jaime Manuel que el proyecto de mellora se iba a aprobar en la Junta de Gobierno del día siguiente; si para ello la

propia empresa elaboró dicho proyecto y tuvo que llevarlo a firmar a La Coruña (al Sr. Javier) a toda prisa en la tarde noche de ese día; si se involucraba a un arquitecto que firmaría como autor sin serlo realmente y a la empresa Eiriña para poder presentar el proyecto en el día siguiente en la Diputación, debe deducirse conforme a la lógica y máximas de experiencia, que se contaba con el conocimiento y consentimiento de quien podía echar abajo todo ese esfuerzo, el presidente de la Diputación y que el Director de infraestructuras no iba a promover toda esa urgente movilización sin la garantía de que el proyecto sería efectivamente incluido fuera del orden del día y aprobado, para lo cual requería el apoyo del presidente de la Diputación. Esto requería a su vez que el presidente estuviera al tanto de los pormenores del nuevo proyecto melloras, pues en otro caso, como máximo responsable del órgano de contratación, podría requerir explicaciones a la concesión de una nueva subvención para mejorar unas obras subvencionadas que aún no habían sido recibidas y bajo la dirección de un técnico distinto.

**1.6.-** La defensa, sostiene que la intervención del Sr. Rafael se redujo a la sesión del 9/08/13 en que fue aprobada la subvención en un expediente con todos los informes técnicos favorables requeridos y que no tuvo intervención alguna en los trámites posteriores por lo que desconocía y desconoció cualquier incumplimiento en la fase de adjudicación y contratación.

No lo compartimos conforme a lo expuesto.

La resolución de concesión de la subvención era la pieza clave del sistema articulado y su conocimiento y aceptación de tal sistema le hace responsable en relación con el fin perseguido con ello, al margen de que las resoluciones atinentes a la tramitación posterior hubiesen sido firmadas por la Diputada delegada o de la "legalidad formal" del expediente. No cabe deslindar la resolución concediendo la subvención, de la finalidad a la que servía (Vid SSTS 163/2019 del 26/03/2019).

Consecuentemente el Sr. Rafael es autor conforme al art. 28.1 CP, del delito de prevaricación del art. 404 CP, por haber votado a favor del acuerdo de concesión de subvención a sabiendas de que era ilegal y arbitrario porque respondía a un artificio para, burlando las barreras de la normativa de aplicación, satisfacer las reclamaciones de la contratista, infringiendo el deber de transparencia y no protegiendo los derechos de la Administración.

**2.- D. Juan Manuel.**





Es condenado en la de instancia como cooperador necesario en el delito de prevaricación.

El contenido de las conversaciones telefónicas transcritas, en las que este acusado intervino claramente revela su conocimiento de los hechos y su activa participación en ellos, en la ideación del artificio e intermediando entre la empresa Eiriña y el presidente de la Diputación para llevarlo a cabo. Su intervención fue totalmente necesaria a tal fin y por tanto para la adopción del acuerdo de concesión de subvención. En aquellas conversaciones se aprecia que comunicó a Jaime el el rechazo de un modificado con incremento de coste, el sistema ideado en sustitución, que intermedió con el presidente Sr. Rafael para poder llevarlo a cabo, facilitó a Jaime Manuel el nombre del arquitecto que firmaría el nuevo proyecto melloras y le dio (a Jaime Manuel) indicaciones relativas a su elaboración, (denominación del proyecto, fecha que debía llevar, cuál sería el importe de la subvención) le dijo cuando se iba a aprobar y emitió los informes técnicos que le competían a fin de justificar la subvención y la adjudicación de la obra a Eiriña.

Es por tanto cooperador necesario conforme al art. 28 CP en el delito de prevaricación.

### **3.- D. Jaime Manuel.**

Fue condenado en la de instancia como cooperador necesario en el delito de prevaricación.

El contenido de las conversaciones telefónicas transcritas en las que este acusado intervino, acredita que hablaba con el Sr. Manuel Angel sobre las vicisitudes de la obra y sobre la compensación de los sobrecostes, recibió las indicaciones de éste sobre la idea del cambio de sistema de un modificado con incremento de coste, por una nueva subvención como solución para afrontar pagos por obras realizadas al margen del proyecto inicial, trasladaba toda esa información al administrador único de Eiriña S.L, Sr. Enrique y llevó a cabo todas las actuaciones necesarias para obtener la adjudicación en un procedimiento simulado de negociado sin publicidad.

Aduce su defensa que se trataba de un simple empleado de Eirña S.L y basándose en la SSTS 606/2010 del 25 de junio, considera que no le era exigible otra conducta porque desde su posición de subordinado respecto al empresario, en caso de insumisión podría perder su puesto de trabajo.

No compartimos la alegación.

Los términos de las conversaciones telefónicas no avalan una tal subordinación y riesgo. Por el contrario, traslucen que tenía amplitud de maniobra como concededor de los detalles de la obra y sobrecostes, evidencian su total acuerdo con el sistema propuesto desde la Diputación lo cual trasladó a su jefe Enrique y su activa intervención proponiendo incluso los nombres de las empresas que formalmente podrían ser invitadas a la licitación. No se deduce y ni siquiera lo alegó con anterioridad, que en su actuación estuviera conminado por Enrique con la advertencia de perder su trabajo.

Su colaboración en los hechos fue decisiva y necesaria por lo que es responsable en concepto de cooperador necesario del art. 28 CP.

#### **4.- D. Enrique.**

También ha sido condenado como cooperador necesario en el delito de prevaricación.

Su posición prevalente al mando de la empresa Eiriña S.L de la que era administrador único, el contenido de las conversaciones telefónicas transcritas en las que tomó parte como interlocutor con Jaime, su gestión desde la Diputación de Pontevedra aportando en el gabinete de presidencia los nombres de las empresas que serían invitadas al negociado sin publicidad, acreditan que estaba plenamente informado y era claro su interés en el buen fin del sistema articulado para lo cual la colaboración de la empresa Eiriña S.L que regentaba, era imprescindible.

En este sentido, por contrario a lo que alega su defensa, carece de relevancia que las conversaciones transcritas en las que el mismo interviene sean posteriores a la fecha en que fue acordada la subvención y debe rechazarse también la alegación de que carecía del dominio del hecho sobre la decisión de la Diputación. Lógicamente como cooperador necesario no ostentaba competencia en la decisión del acuerdo de subvención, pero sí tenía el dominio del hecho para renunciar a que la empresa Eiriña se involucrara en el amaño propuesto, lo que evitaría su consecución. No lo hizo porque era el mayor interesado en la solución que le valía y le valió para obtener de la Diputación la satisfacción de sus reclamaciones.

Su colaboración en los hechos fue decisiva y necesaria por lo que es responsable en concepto de cooperador necesario del art. 28 CP.

#### **QUINTO. - Dilaciones indebidas.**



La atenuante fue rechazada en la sentencia de instancia, decisión que es recurrida.

Si bien las DP originarias son del 2012 los acusados fueron llamados al proceso y prestaron declaración como investigados entre el 2015 y el 2016 (Sr. Enrique el 30/10/2015, Sr. Jaime Manuel y Sr. Manuel Angel en noviembre del 2015, Sr. Rafael en febrero del 2016 y en marzo del 2017), debiendo computarse cualquier demora en el trámite, desde la adquisición de tal condición.

*"El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre). En definitiva, el conjunto de los retrasos injustificados se contrae a los producidos desde la incoación del proceso y no desde la comisión del hecho delictivo (STS 371/2015 del 17.6)" (SSTS 313/2021 del 14 de abril y las que cita).*

Coincidimos con la juzgadora en que no se aprecian periodos de paralización que, individual y aisladamente considerados, se puedan calificar de "extraordinarios" pues durante los señalados por los recurrentes, por contrario a lo que afirman, han sido practicadas diligencias de investigación. Así, en el periodo de mayor relevancia temporal, desde junio del 2016 hasta noviembre del 2017, se recibió nueva declaración al Sr. Rafael (marzo del 2017), testificales de Xxxxxxx y Xxxxxxx (29/06/2016 f. 153, f. 159), de Xxxxxxx (abril del 2017 f. 156), de Xxxxxx (diciembre 2016 f. 165) de Xxxxxxx (30/06/2016, f. 168).

No obstante, considerados en su conjunto y con la demora en el dictado del auto que mandó continuar la causa por los trámites del procedimiento abreviado debida a una prórroga extemporánea del plazo, se evidencia una ralentización en el trámite que determinó el transcurso de entre seis y siete años desde la adquisición de la condición de investigados hasta la sentencia de primera instancia, lo que consideramos una duración relevante y excesiva aún considerada la complejidad de la causa.

En este sentido debe apreciarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, pero como atenuante simple, lo que

carece de repercusión penológica porque, en cualquier caso, estimamos procedente la imposición de la pena en su grado mínimo.

**SEXTO. - Penas.**

Dada la absolución por el delito de fraude y la condena por el delito de prevaricación, procede fijar la pena correspondiente a este delito. Es de aplicación la redacción del art. 404 CP vigente a la fecha de comisión de los hechos que lo castigaba con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

En el presente caso, considerando las circunstancias de los hechos hasta aquí referidas, las correspondientes participaciones que se atribuyen a los acusados y lo dispuesto en el art. 42 CP estimamos procedente imponer a cada uno de ellos la pena en su grado mínimo de inhabilitación especial para para empleo o cargo público relacionado con cualquier cargo en las administraciones públicas por tiempo de siete años.

Considerada la decisiva intervención que han tenido los particulares, Enrique y Jaime Manuel, en su cooperación a la comisión del delito por la que se les condena, no estimamos justificado aplicarles la rebaja de la pena a la que faculta el artículo 65.3 CP.

**SEPTIMO. - Procede absolver a todos los acusados del delito de fraude a la Administración por el que venían condenados.**

Asimismo, **procede absolver a los acusados D. Javier y Da. María Luisa del delito de prevaricación por el que habían sido condenados.**

**OCTAVO. - Procede dejar sin efecto el decomiso acordado en la sentencia de instancia habida cuenta de que, como alega el recurrente Enrique, la mercantil Eiriña S.L que fue la beneficiaria y perceptora de la cantidad de 82.715,27 euros por el proyecto melloras, (no de 86.311,84 que se refiere en la sentencia) abonada por la Diputación Provincial de Pontevedra, no fue llamada a la causa y no tuvo oportunidad de defenderse en ella de esta pretensión, introducida en conclusiones definitivas por el Ministerio Fiscal.**

**NOVENO. - Costas.**

Procede imponer a cada uno de los acusados cuya condena por el delito de prevaricación mantenemos, el 50% de una 1/8 parte de las costas causadas, declarando el resto de oficio.



## FALLO

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

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