ES COPIA

Nº: **20284/2012**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Juan Saavedra Ruiz**

Vista: **25/06/2014**

Secretaría de Sala: **Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: **597/2014**

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Andrés Palomo Del Arco
Dª. Ana María Ferrer García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Julio de dos mil catorce.

Visto en juicio oral y público y en única instancia la presente Causa Especial número 3/20284/2012, seguida ante esta Sala por delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, contra **MIGUEL ZEROLO AGUILAR**, titular del D.N.I. 42.029.879R, nacido en Santa Cruz de Tenerife el 26/02/1957, hijo de Miguel y de Antonia María, con domicilio en C/ Veinticinco de Julio núm. 25, Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y Senador de Las Cortes Generales; **JOAQUÍN VICENTE CASTRO BRUNETTO**, titular del D.N.I. 42.072.286L, nacido en Santa Cruz de Tenerife el 11/08/1963, hijo de Joaquín y María del Carmen, con domicilio en Avenida del General Mola núm. 31, 1º B, Director General en el Ayuntamiento mencionado, y contra **GUILLERMO GERMÁN NÚÑEZ PÉREZ**, titular del D.N.I. 42.922.830T, nacido en San Cristóbal de la Laguna (Santa Cruz de Tenerife) el 28/05/1953, hijo de Melchor y de Eligia, con domicilio en Urbanización Drago núm. 16-A. La Orotava (Santa Cruz de Tenerife), Teniente de Alcalde y Concejal de Servicios Centrales, sin antecedentes penales, solventes y en libertad provisional en estas actuaciones, en las que no consta hayan estado privados de la misma en ningún momento; representados y defendidos, respectivamente, Miguel Zerolo Aguilar por la Procuradora Doña Cristina Matud Juristo y por el Letrado Don Javier Muñoz Cuesta; Joaquín Vicente Castro Brunetto por la Procuradora Doña Victoria Brualla Gómez de la Torre y por el Letrado Don Miguel Ruiz Pons; y Guillermo Núñez Pérez por el Procurador Don Roberto Granizo Palomeque y por el Letrado Don Eligio Hernández Gutiérrez; siendo parte el Ministerio Fiscal en la representación que ostenta; como acusación popular **IZQUIERDA UNIDA**, representada por el Procurador Don José Miguel Martínez-Fresneda Gambra y asistida del Letrado Don José M. Pérez Ventura; han dictado sentencia los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 19 de abril de 2012 se presentó en el Registro General de este Tribunal escrito del Ministerio Fiscal, al que se adjunta las diligencias de investigación 4/12 de la Fiscalía, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 3.4 y 5.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y el art. 105 LECrm. y conforme a lo establecido en los arts. 100, 271 y 277 LECrm., formulando querella contra DON MIGUEL ZEROLO AGUILAR, Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y Senador de Las Cortes Generales, designado por la Comunidad Autónoma de Canarias en la presente X Legislatura, conforme consta acreditado, por la comisión de un presunto delito de prevaricación previsto y penado en el art. 404 del Código Penal.- Interesa el Ministerio Fiscal la admisión de la querella, que se practiquen las diligencias de investigación que se proponen en el escrito y las derivadas, para la comprobación de los hechos, sin que por el momento se considere necesaria la adopción de medidas cautelares personales ni reales.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/ 20284/2012, por providencia de 3 de mayo se designó ponente para conocer de la presente causa conforme al turno previamente establecido al Presidente de la misma Excmo. Sr. Don Juan Saavedra Ruiz y se interesó del Secretario de Gobierno certificación acreditativa de la condición de aforado del querellado.

TERCERO.- La Sala, por Auto de 11 de junio, acordó:

"...1º) Declarar la competencia de esta Sala para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento del querellado Senador DON MIGUEL ZEROLO AGUILAR. Y, 2º) Admitir a trámite la querella, y en consecuencia, designar Instructor conforme al turno establecido al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Luciano Varela Castro, a quien se le comunicará dicha designación a los efectos oportunos...".

CUARTO.- Por Auto del Juez Instructor de fecha 25/02/2014 se ordena la apertura del juicio oral contra los acusados Miguel Zerolo Aguilar, Guillermo Núñez Pérez y Joaquín Castro Brunetto.

QUINTO.- En su escrito de calificación provisional el Fiscal entendió que los hechos son constitutivos de un delito continuado de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 CP en relación con el artículo 74.1 CP; siendo responsable en concepto de autor directo el acusado Miguel Zerolo Aguilar ex artículo 28 CP, y responsables en concepto de autores por cooperación necesaria los también acusados Guillermo Núñez Pérez y Joaquín Castro Brunetto ex artículo 28, apartado b), párrafo 2º del mismo Texto legal; no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; pidiendo para cada uno de los acusados la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo y cargo público, que comprenderá todos los que sean electivos y todos los que impliquen gestión o decisión sobre bienes o caudales públicos, y al pago de las costas por terceras partes.

SEXTO.- Los acusados en igual trámite solicitaron su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

SÉPTIMO.- La acusación popular se tuvo por personada una vez abierto el juicio oral, habiendo sido elevada ya la causa a la Sala de enjuiciamiento.

OCTAVO.- Habiéndose señalado para el inicio de las sesiones del juicio oral el día 25 de junio de 2014, tuvo lugar el mismo, finalizando el siguiente día, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal, a las que se adhirió la acusación popular, y las defensas, quedando el juicio visto para sentencia, habiendo finalizado la deliberación correspondiente en el día de hoy, previa prórroga del plazo para dictar sentencia.

I. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El edificio destinado a oficinas municipales del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, sito en la calle General Antequera de dicha localidad adolecía, al menos desde el año 2003, de importantes deficiencias relacionadas con las instalaciones en general, espacio de trabajo, seguridad o contra incendios, materializándose incluso varios conatos, el último de ellos el 12 de noviembre de 2004, con origen en el equipo de aire acondicionado.

Ante la situación descrita, en febrero del año 2005, los acusados Miguel Zerolo Aguilar, licenciado en derecho, entonces Alcalde de la ciudad de Santa Cruz de Tenerife, y Guillermo Núñez Pérez, Teniente de Alcalde y Concejal de Servicios Centrales del Ayuntamiento, catedrático de derecho financiero y tributario, decidieron trasladar provisionalmente las oficinas municipales a otro inmueble, sito en la misma ciudad y que había sido sede del Instituto de Enseñanza Secundaria «Hermanos García Cabrera». Para ello se solicitó a la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias la desafectación del destino de educación del inmueble, que se obtuvo finalmente el 22 de marzo de 2005.

SEGUNDO.- Guillermo Núñez Pérez decidió que las obras que precisaba el inmueble elegido para el traslado de las dependencias municipales fueran realizadas por la empresa Instalaciones, Montajes Eléctricos y Saneamiento, S.A. (IMES, S.A.), a la que se hizo el encargo directamente, sin tramitar expediente de contratación de obras.

Esta empresa se ocupaba del mantenimiento y conservación de los colegios y edificios municipales, en virtud de un contrato de servicio de mantenimiento y conservación celebrado con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, el día 10 de febrero de 2000, que por su objeto no podía amparar los obras y reformas que precisaban ser realizadas en el inmueble reiterado, las cuales, por su entidad, y desde un principio, implicaban la realización de una obra mayor.

TERCERO.- En diciembre del año 2005, IMES S.A. presentó al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, dos facturas en concepto de «importe correspondiente a los trabajos realizados en EL INSTITUTO HERMANOS GARCÍA CABRERA, BARRIO OFRA, SANTA CRUZ DE TENERIFE, según relación de obra adjunta». La primera, con el número 38018903, fechada el 1 de diciembre de 2005, por un importe de 154.238,30€ (correspondiente a 146.893,62€ de precio de obra y 7.344,68€ de IGIC, Impuesto General Indirecto Canario); y la segunda con el número 38018904, fechada el 15 de diciembre de 2005, por un importe de 217.389,92€ (correspondiente a 207.038,02€ de precio de obra y 10.351,90€ de IGIC).

Los capítulos de los trabajos reflejados en estas facturas corresponden a demoliciones, excavaciones, albañilería, mano de obra y medios auxiliares, a los que, en la segunda factura, se une el de estructuras.

En el capítulo de demoliciones, las partidas que aparecen en las mediciones de obras son el inicio o la preparación para la ejecución de una obra mayor. Las excavaciones son asimismo preludio de las unidades de obra que aparecerán más adelante. Lo mismo ocurre respecto al apartado de albañilería, donde se describen fábricas de bloques de hormigón celular de distintos tamaños y enfoscados de parámetros verticales, sin hacer mención al acabado de los mismos con enlucido de yeso y pintura, por lo que no quedaría terminada la ejecución de un parámetro vertical.

En el capítulo de estructura de la factura de 1 de diciembre de 2005, por su parte, se describen trabajos estructurales y de preparación de elementos constructivos.

CUARTO.- El 19 de diciembre de 2005, Guillermo Núñez Pérez, como Teniente de Alcalde Responsable del Área de Gobierno de Servicios Centrales, con funciones delegadas en materia de autorización, disposición de gastos y reconocimiento de obligaciones, y en el expediente CPCSD 092/96, relativo a la aprobación de las dos primeras facturas presentadas por IMES S.A, dictó un Decreto en el que propone aprobar el gasto y las facturas presentadas en «concepto de trabajos de remodelación del edificio "Hermanos García Cabrera" que va a albergar próximamente las oficinas de este Ayuntamiento que actualmente se encuentran en General Antequera, 14»; emitiéndose el documento de autorización, disposición y reconocimiento de obligación (ADO) por el importe de 371.628,22€.

Este Decreto se dictó a la vista de la propuesta elaborada, en el mismo sentido y en la misma fecha, por el Área de Gobierno de Servicios Centrales, Oficina de Coordinación, Participación Ciudadana y Servicios Desconcentrados, firmada por el gestor administrativo correspondiente y con el conforme de su Director General, el acusado Joaquín Castro Brunetto, también licenciado en derecho.

QUINTO.- El 30 de diciembre de 2005, la Sección de Control y Fiscalización Interna de la Intervención de Fondos del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, con la firma de la Técnica del Servicio, Beatriz Montesdeoca Díaz, la de su Responsable, Elena González González, y la del Interventor, Santiago Gómez Ferrándiz, emitió informe sobre el abono de las facturas presentadas por IMES S.A. en el concepto ya indicado. En dicho informe se formula el correspondiente reparo porque no consta el preceptivo procedimiento de contratación y se entiende que los trabajos reflejados en las facturas no pueden incluirse en el objeto del contrato de mantenimiento, al no corresponder a obras de pequeñas reformas, pues implican como mínimo «una modificación sustancial del uso de la edificación». Se hace constar asimismo que la Intervención de Fondos no se puede pronunciar sobre la adecuación presupuestaria, al desconocerse la magnitud y naturaleza del gasto global, así como que la obra correspondería al apartado del artículo 123.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo a obra de primer establecimiento, reforma o gran reparación. Se declara igualmente que no consta la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras, que defina con precisión el objeto del contrato, ni el estudio geotécnico de los terrenos sobre los que se procedería a realizar la construcción. Se refleja además que el servicio que gestiona las obras no es competente, ya que «corresponde al Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras, Sección de Proyectos Urbanos y Obras, la redacción de proyectos y la dirección de obras de iniciativa municipal incluyendo los edificios municipales».

Dado el reparo formulado, el informe de la Intervención instaba la suspensión de la tramitación del expediente hasta que el mismo fuera solventado por Decreto del Exmo. Sr. Alcalde.

SEXTO.- Tras la emisión del informe de la Intervención de Fondos de 30 de diciembre de 2005, Guillermo Núñez instó a Joaquín Castro Brunetto que remitiera el expediente a la Asesoría Jurídica; lo que este hizo mediante diligencia de 30 de diciembre de 2005, firmada por el mismo y en la que interesa «se informe con carácter urgente si dicha obra se encuadra dentro del objeto del contrato así como de otros aspectos relevantes que hayan surgido para no seguir "según el informe de intervención" de fecha 30.12.2005 el preceptivo procedimiento de contratación».

Ese mismo día se emitió informe firmado por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en el que, en relación con el expediente en cuestión, se declara que si bien, efectivamente, las obras debieron ser objeto de un contrato independiente, se trata de obras indispensables para la adaptación del edificio, hasta ahora de uso docente, para uso administrativo, y caracterizadas por ser de sencilla técnica y escasa entidad constructiva, por lo que podrían ser consideradas como obras menores (de conformidad con la jurisprudencia que cita) y que, por tanto, podrían estar englobadas en el contrato de referencia con IMES S.A. Se hace constar asimismo la urgencia derivada del estado actual del edificio administrativo de la calle General Antequera y que el trabajo se ha realizado y debe ser pagado para evitar un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento.

SÉPTIMO.- El mismo día 30 de diciembre de 2005, Joaquín Brunetto emitió informe en el que propone que se dicte Decreto por el Excmo. Sr. Alcalde solventando el reparo formulado por la intervención con la misma fecha, y que se proceda al abono de las facturas presentadas por IMES S.A. y a la aprobación del documento contable correspondiente.

Ese mismo día, Miguel Zerolo Aguilar dictó Decreto solventando el reparo de la Inspección de Fondos del Ayuntamiento, en los términos indicados en el informe propuesta elaborado por el Servicio de Coordinación, Participación Ciudadana y Servicios Desconcentrados de 30 de diciembre de 2005.

Miguel Zerolo Aguilar conocía que las obras realizadas en el edificio del antiguo Instituto García Cabrera no estaban comprendidas en el objeto del contrato que unía a la empresa IMES S.A. con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y que, en consecuencia, su realización hubiera exigido la tramitación del correspondiente expediente de contratación.

OCTAVO.- El día 23 de mayo de 2006 se presentó ante los Juzgados de Instrucción de Santa Cruz de Tenerife, por dos Concejales del Grupo Mixto del Ayuntamiento de dicha localidad, denuncia en la que se ponía de manifiesto, con relación a este expediente, «el hallazgo» de un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Santa Cruz, también de 30 de diciembre de 2005, cuya copia se adjuntaba, pero de sentido contrario a otro de la misma fecha.

Con fecha 1 de junio de 2006 el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santa Cruz de Tenerife incoa las Diligencias Previas nº 2021/2006, que son archivadas en la misma resolución. Recurrida en reforma esta última, se estima el recurso por auto de 18 de julio del mismo año y, tras la práctica de diversas diligencias, con fecha de 5 de julio de 2007 se dicta auto acordando el sobreseimiento provisional del procedimiento.

El día 31 de julio de 2006, durante la celebración de la Comisión Municipal de Control, el acusado Miguel Zerolo Aguilar, preguntado sobre la posible existencia de dos informes distintos de la Asesoría Jurídica de la misma fecha, en relación a las obras de remodelación del Instituto de Enseñanza "Hermanos García Cabrera", manifestó que había preguntado sobre el particular al funcionario y que este le había dicho que había hecho primero un informe,

pero que luego se lo «repensó» e hizo el segundo, el que se unió al expediente; añadiendo que no sabía cómo el primer informe se había filtrado a la prensa, pero que el funcionario le había dicho que había hecho los dos.

NOVENO.- Durante todo el primer semestre del año 2006, la empresa IMES S.A. continuó realizando las obras en el edificio en cuestión presentando mensualmente las facturas correspondientes a los trabajos realizados. Concretamente se presentaron las siguientes facturas:

- Factura número 38019137, de 30 de enero de 2006, por un importe de 245.578,53€ (correspondiente a 233.884,31€ de precio de obra y 11.694,22€ de IGIC), que incluye trabajos de demolición, excavaciones, albañilería, mano de obra, medios auxiliares, estructuras y urbanización.

En esta factura se hace referencia a la ejecución de un muro de contención de hormigón (*extraído del informe pericial*).

- Factura número 38019319, de 1 de marzo de 2006, por un importe de 254.748,47€ (correspondiente a 242.617,59€ de precio de obra y 12.130,88€ de IGIC), por trabajos, de demolición excavaciones, albañilería, mano de obra, medios auxiliares, estructuras, urbanización, impermeabilizaciones, fontanería y saneamiento y carpintería.

- Factura número 38019506, de 31 de marzo de 2006, por un importe de 393.343,31€ (correspondiente a 374.612,68€ de precio de obra y 18.730,63€ de IGIC), por trabajos de demolición, albañilería, mano de obra, impermeabilizaciones y fontanería (*en la copia de la factura unida a las actuaciones no constan todos los capítulos que menciona el Fiscal, pero parece que falta alguna página, folios 1568 – 1574 del testimonio*).

- Factura número 38019615, de 30 de abril de 2006, por un importe de 140.447,77€ (correspondiente a 133.759,78€ de precio de obra y 6.687,99€ de IGIC), por trabajos de demolición, excavaciones, albañilería, mano de obra, medios auxiliares, estructuras, urbanización, impermeabilizaciones, fontanería y saneamiento, carpintería, electricidad y contraincendios.

- Factura número 38019725, de 31 de mayo de 2006, por un importe de 214.898,29€ (correspondiente a 204.665,04€ de precio de obra y 10.233,25€ de IGIC), por trabajos de demolición, excavaciones, albañilería, mano de obra, medios auxiliares, estructuras, urbanización, impermeabilización y fontanería y saneamiento.

En esta factura, dentro del capítulo de estructuras, aparece el suministro y la colocación de perfiles de acero de zunchado de pilares, técnica que se utiliza para reforzar las estructuras. También el suministro y confección de forjado reticular en obra nueva (*informe pericial).*

- Factura número 38019895, de 30 de junio de 2006 por un importe de 219.114,33€ (correspondiente a 208.680,31€ de precio de obra y 10.434,02€ de IGIC), por trabajos de demolición, excavaciones, albañilería, mano de obra, medios auxiliares, estructuras y urbanización.

- Factura número 38020057, de 31 de julio de 2006 por un importe de 274.079,61€ (correspondiente a 261.028,20€ de precio de obra y 13.051,41€ de IGIC), por trabajos de demolición, excavaciones, albañilería, mano de obra, medios auxiliares, estructuras, urbanización e impermeabilizaciones.

En esta última factura y en la anterior también se hace referencia al suministro y colocación de perfiles de acero en zunchado de pilares.

Las siete facturas suman un importe total de 1.742.210,31€.

DÉCIMO.- El 14 de julio de 2006, Guillermo Núñez Pérez encargó a Joaquín Castro Brunetto un informe que contuviera propuesta de actuación en relación con la ubicación de las dependencias administrativas en el edificio municipal del Instituto "Hermanos García Cabrera" y traslado provisional de funcionarios y, en general, del operativo necesario; informe que se emitió el 10 de agosto de 2006.

En julio de 2006, Guillermo Núñez Pérez renunció a su cargo, renuncia aceptada por el Pleno del Ayuntamiento el 21 de julio de 2006.

UNDÉCIMO.- A raíz del informe propuesta elaborado por Joaquín Castro Brunetto, el 10 de agosto de 2006, se formó el expediente CPCSD-394/06, al que se unieron, entre otros, los siguientes documentos.

- Informe técnico sobre la situación de los trabajos que se efectúan en las dependencias municipales del antiguo colegio "Hermanos García Cabrera", de 4 de septiembre de 2006 y firmado por el Arquitecto Municipal, Fermín García Morales. En él se dice que se le ha encomendado «la tarea de elaborar un informe técnico sobre el estado de las obras que se han acometido hasta la fecha en el edificio del Antiguo Colegio "HGC"».

- Pliego de prescripciones técnicas para un contrato de obras de rehabilitación del edificio citado, elaborado con fecha de 31 de octubre de 2006 por el mismo Arquitecto.

- Informe de la Asesoría Jurídica de 20 de septiembre de 2006. En él se hace constar, que teniendo en cuenta las razones técnicas empleadas en el informe técnico unido, que aconsejan la no paralización de las obras que se encuentran en ejecución, podrá utilizarse, para la adjudicación de la obra, el

procedimiento negociado sin publicidad, siempre que concurran las causas derivadas de la especificidad técnica de las mismas, que hagan necesario encomendarlas a un determinado empresario, y cuando una imperiosa urgencia demande una pronta ejecución.

- Informe del Arquitecto Municipal, de 31 de octubre de 2006, sobre el presupuesto total de las obras que, comprendiendo las facturas de 2005 y 2006, así como el presupuesto del nuevo contrato, se fija en un total de 5.569.052,33€.

- Informe técnico sobre el proyecto de las obras de rehabilitación del antiguo IES "Hermanos García Cabrera" por parte de la Gerencia Municipal de Urbanismo, firmado por el mismo Arquitecto D. Fermín García Morales.

- Informe-Propuesta del Director General de Coordinación, Participación Ciudadana y Servicios Desconcentrados, el acusado Joaquín Castro Brunetto, de 18 de diciembre de 2006, en que se propone que la Junta de Gobierno del Ayuntamiento: a) apruebe el expediente de contratación de obras de rehabilitación del antiguo lES Hermanos García Cabrera y los pliegos correspondientes, por el procedimiento negociado sin publicidad, adjudicándolo a IMES, S.A. con efectos retroactivos al día 1 de agosto de 2006, por importe de 3.362.684,05€; y b) apruebe el gasto correspondiente, incluido el correspondiente al periodo de enero a julio de 2006, por un importe de 1.742.210,31€. Este informe tiene el «Conforme, Tramítese ante la Junta de Gobierno» del Alcalde, D. Miguel Zerolo Aguilar, en funciones de Concejal de Gobierno del Área de Servicios Centrales».

- Pliego de cláusulas administrativas particulares fechado también el 18 de diciembre de 2006.

DUODÉCIMO.- Remitido este expediente a la Intervención General, el mismo día que lo recibió, el 20 de diciembre de 2006, se emitió un informe

formulando nuevo reparo en el que, teniendo en cuenta lo ya informado en 30 de diciembre de 2005, se realizaron las siguientes consideraciones: no se dan los supuestos para aplicar el procedimiento negociado sin publicidad, por no existir declaración previa y expresa de urgencia ni acontecimientos imprevisibles; no se justifica no haber solicitado presupuesto a tres empresas del sector, ya que no existe especificidad técnica en la ejecución que impida la prosecución de las obras por otra empresa capacitada; hay un evidente fraccionamiento del objeto del contrato, sin trámite de legalización de lo realizado; las obras se han realizado sin crédito, porque se ha debido suplementar la partida de aplicación del gasto para hacer frente a lo ejecutado y al compromiso derivado de la nueva adjudicación del proyecto; respecto a las facturas enero-julio, concretamente, no ha podido comprobarse la adecuación de lo ejecutado al proyecto que se remite, al no haber acta de replanteo e inicio de obras, como no ha podido comprobarse, por la premura de tiempo, ni las unidades de obras ejecutadas ni los precios unitarios aplicados; por último, se refiere que no se justifica la no tramitación de expediente de contratación antes de la realización de las obras.

Emitido este reparo, Joaquín Castro Brunetto realizó un nuevo informe-propuesta fechado el 21 de diciembre de 2006, en el que, contestando a las alegaciones realizadas en dicho reparo, propuso que se resolviera la discrepancia levantando el mismo.

El mismo día el Alcalde Miguel Zerolo Aguilar dictó Decreto, resolviendo la discrepancia y acordando la continuación del expediente y tramitación de la propuesta.

La aprobación del pago de las facturas de 2006 y del expediente de obras se realizó en la sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife de 26 de diciembre de 2006. En esta sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno se aprobó por unanimidad la propuesta sobre este expediente.

El 23 de febrero de 2007 se formalizó con IMES S.A el contrato de ejecución de la rehabilitación del Antiguo IES "Hermanos García Cabrera" para dependencias municipales.

DECIMOTERCERO.- El día 20 de abril de 2007, IMES, S.A (que a partir del 27 de abril de 2007 pasa a denominarse IMESAPI, S.A) emitió una nueva factura, la número 38021246, por un importe de 3.261.484,07€ (correspondiente a 3.106.175,30€ de precio de obra y 155.308,77€ de IGIC).

El 26 de octubre de 2007, por el Área de Gobierno de Servicios Centrales, Servicio de Coordinación, Participación Ciudadana y Servicios Desconcentrados del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, se propuso aprobar el gasto y la factura. Esta propuesta pasó a informe de la Intervención de Fondos, que lo emitió el 30 de noviembre de 2007. En él, tras recordar los reparos anteriores, se dice que falta la certificación de obra necesaria para proceder al reconocimiento de la obligación; que se facturan partidas alzadas de gastos a justificar sin determinación suficiente; y que, como la fecha límite de la obra era el 31 de marzo de 2007 y de varias partidas se desprende que la obra no ha finalizado y que no ha habido recepción de la obra ni se ha tramitado prórroga, se está infringiendo el plazo de terminación, por lo que debe procederse al expediente de imposición de penalidades de acuerdo al artículo 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por todo lo anterior se formula un nuevo reparo.

DECIMOCUARTO.- Simultáneamente se tramitó expediente de modificación del contrato administrativo de rehabilitación del antiguo IES "Hermanos García Cabrera", por la conveniencia de introducir cambios significativos y necesarios para el uso final del edificio y sus instalaciones exteriores. El importe del modificado era de 1.587.978,66€.

Pasado este expediente relativo a la modificación del contrato administrativo de rehabilitación del antiguo IES "Hermanos García Cabrera" a informe de la Intervención de Fondos, esta lo emitió el 20 de diciembre de 2007, en el que remitiéndose a las consideraciones realizadas en informes anteriores, y declarando, entre otros aspectos, que no concurrían los presupuestos necesarios que posibilitan el ejercicio del *ius variandi*, formuló un nuevo reparo.

El mismo día 20 de diciembre de 2007, el Servicio de Coordinación, Participación Ciudadana y Servicios Desconcentrados presentó informe, firmado por la Jefe del Servicio, María José Díaz Llanos Clavijo, con el visto bueno del Director General de Organización Administrativa y Desconcentración, el acusado Joaquín Castro Brunetto, en el que, contestando a los informes de Intervención de 30 de noviembre y 20 de diciembre de 2007, propuso que se solventara el reparo.

Por Decreto de 21 de diciembre de 2007, el Alcalde, Miguel Zerolo Aguilar, solventó el reparo de conformidad con los términos del citado informe.

La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en sesión ordinaria de 26 de diciembre de 2007 aprobó la modificación del contrato de rehabilitación del edificio, un nuevo presupuesto total, el gasto del modificado por importe de 1.587.978,66€ y formalizar un nuevo contrato como "adenda" al contrato principal. El contrato de modificado se firmó el 15 de febrero de 2008 por el Alcalde Miguel Zerolo y el representante de la empresa.

DECIMOQUINTO.- El día 26 de marzo de 2008, IMESAPI, S.A. emitió la factura número 38022638 por un importe de 1.587.978,66€ (correspondiente a 1.512.360,63€ de precio de obra y 75.618,03€ de IGIC).

Esta factura fue objeto de reparo en Informe de la Intervención de 10 de noviembre de 2008. En este informe se recuerdan todos los reparos anteriormente formulados y se destaca además: la forma de facturar, computando todos los trabajos y sustrayendo de su valor no solo las cantidades abonadas sino incluso el valor de una factura que no consta tramitada; la existencia de discrepancias entre el valor del proyecto y las unidades de obra facturadas; el hecho de que se liquide la obra sin esperar a que transcurra el plazo de garantía estipulado en la "adenda" del contrato (donde además no aparece plazo de ejecución); y, por último, que se ha incumplido la obligación de emitir las relaciones valoradas mensuales que establece la legislación.

En informe de 2 de diciembre de 2008, Joaquín Castro Brunetto contestó el informe de la Intervención Municipal, en el que se compartían algunas de las manifestaciones (como que se debe respetar el plazo de garantía) y se impugnaban otras.

Se emitió también un informe de resolución de discrepancia por la Concejala Delegada del Servicio en el que, tras copiar los dos anteriores informes (el de la Intervención de Fondos y el de Joaquín Castro), se argumenta que los trabajos están ya realizados y deben abonarse al no constar haberlos realizado por propia iniciativa ni revelar voluntad maliciosa sino por iniciativa de la Administración, por lo que propone solventar el reparo.

El 16 de diciembre de 2008 Miguel Zerolo Aguilar dictó un nuevo Decreto solventando el reparo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fijación de los hechos probados. Valoración de la prueba.

La prueba practicada en el juicio oral celebrado ante esta Sala ha permitido considerar probados los hechos declarados como tales en esta resolución.

1. En primer lugar, la totalidad de las actuaciones administrativas que han sido declaradas probadas en el *factum* de esta resolución resultan de los testimonios de los correspondientes expedientes administrativos y demás documentos unidos a autos. Su existencia y contenido, por otro lado, particularmente la de los distintos informes del Servicio de Intervención y de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, no ha sido objeto de especial controversia.

Tampoco ha sido objeto de discusión entre las partes la situación de deterioro que presentaba el edificio sito en la calle Antequera y sede de algunas oficinas municipales; que asimismo también resulta acreditada a la vista de los documentos obrantes en estas actuaciones, entre ellos, el informe de la Técnico en Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 14 de octubre de 2004.

2. De la misma manera consta probado en autos que fue el acusado Guillermo Pérez Núñez, entonces Teniente de Alcalde y Concejal Responsable de Servicios Centrales y de Economía y Hacienda, quien tomó la decisión de trasladar las oficinas municipales de la calle Antequera a otro edificio,

concretamente, a aquel que había albergado el Instituto de Enseñanza Secundaria "Hermanos García Cabrera".

Así lo declaró el mismo en el acto del Plenario, donde también manifestó que comunicó esta decisión al acusado Miguel Zerolo, Alcalde entonces de Santa Cruz de Tenerife, que se mostró de acuerdo. Este último confirmó asimismo este extremo, como que fueron juntos a visitar la nueva ubicación.

También reconoció Guillermo Pérez Núñez que fue él quien decidió que las obras que requería el edificio elegido para albergar las oficinas municipales fueran realizadas directamente por IMES S.A. Según el Concejal Delegado se trataba de obras urgentes y de acondicionamiento que, como tales, estaban incluidas en el contrato que unía a dicha empresa con el Ayuntamiento.

La prueba practicada permite, sin embargo, declarar probado que tales obras, por su entidad, no tenían cabida en el objeto del contrato de conservación y mantenimiento que unía a la empresa IMES S.A. con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

Así, en primer lugar, el informe pericial unido a los autos, elaborado por la arquitecta dña. Sheila Negrín Bautista, y que no ha sido objeto de impugnación por ninguna de las partes, permite descartar que las obras que precisaba el inmueble, al que se pretendían trasladar las oficinas municipales, pudieran ser calificadas de «obras menores», tal como se refirió a ellas Guillermo Núñez Pérez. Y esta conclusión ya se alcanza, como se infiere de dicho informe, tras analizar los primeros trabajos facturados, que son los que se incluyen en las facturas emitidas en diciembre del año 2005.

En efecto, como ha quedado reflejado en los hechos probados de esta resolución, algunas de las partidas que se incluyen en dichas facturas en el capítulo de demoliciones son, dice el informe, el inicio o la preparación para la

ejecución de una obra mayor. En el capítulo de estructuras, por su parte, que ya aparece en estas facturas, concretamente en la de 1 de diciembre de 2005, se describen trabajos estructurales y de preparación de elementos constructivos. También las partidas que se incluyen en el capítulo de excavaciones son, dice el informe, un preludio de obras que aparecerán más adelante. Es el caso, declara la perito, de las excavaciones de vaciado y excavación en zanja, que son el paso previo a la colocación de cimentaciones o movimientos de tierra posteriores.

Es precisamente el hecho de que algunas de estas partidas, según lo expuesto, afectaran a la estructura resistente del edificio lo que conduce a su autora a calificar las mismas como de «gran reparación», siguiendo en este punto la terminología del artículo 123 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que distingue entre: obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación; obras de reparación simple; obras de conservación y mantenimiento; y obras de demolición (ley posteriormente modificada por la ley 30/2007, de 30/10, y, a su vez, derogada esta última y los artículos subsistentes de la primera por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14/2011, aunque ello no afecta a nuestra decisión).

La circunstancia de que esta conclusión pueda extraerse, como hemos adelantado, a la vista de las primeras facturas permite, por otro lado, afirmar, como se ha declarado probado, que las obras que precisaba el edificio escogido para albergar las oficinas municipales fueron, desde un principio, de gran envergadura. Y es que, como posteriormente reflejaría el Informe de la Intervención de Fondos de 30 de diciembre de 2005, formulando el primero de los reparos, se trataba, cuando menos, de una modificación sustancial del uso de la edificación, que hasta ese momento había estado dedicada a uso docente y que ahora se pretendía convertir en sede administrativa.

Precisamente por ello, no resultan creíbles las afirmaciones del acusado Guillermo Núñez Pérez, cuando sostiene que pensó que serían sólo necesarias obras de acondicionamiento o que, como había sido un instituto, «con poca intervención de obras» podría albergar al personal que se tenía que trasladar. Y en cualquier caso, emitidas las primeras facturas, y a la vista, sencillamente, de las partidas en ella incluidas, dichas afirmaciones resultaban claramente insostenibles.

En este sentido, cabe destacar que las facturas emitidas durante el primer semestre de 2006, y siguiendo también en este punto el informe pericial realizado por la arquitecta, no hacen sino confirmar que se trataba de obras de gran reparación, con una intervención clara en diversas estructuras del inmueble, que no podían ser calificadas como de pequeña reforma. De hecho, y como muy gráficamente declaró en el acto del juicio el representante legal de la entidad IMES S.A, lo que quedó finalmente fue el «esqueleto del edificio».

3. Pues bien, exigiendo el edificio elegido por Guillermo Núñez Pérez y Miguel Zerolo Aguilar, para albergar las oficinas municipales de la calle Antequera, y para este fin, unas obras de la naturaleza expuesta, la ejecución de estas, como ya hemos adelantado, no podía estar amparada en el contrato que unía a la entidad IMES S.A. con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

En efecto, aún cuando admitiésemos que dicho contrato estaba vigente, lo que fue puesto en duda por las acusaciones, el mismo no podía dar cobertura, en ningún caso, a los trabajos que requería la adaptación de dicho inmueble a su nuevo uso. No corresponde a esta jurisdicción examinar dicha vigencia ex artículo 10.1 L.O.P.J. en la medida que a los efectos de la represión no es esencial resolver dicha cuestión (artículo 3 LECrim.).

De conformidad con la primera de las disposiciones del pliego de condiciones técnicas regulador de dicho contrato, denominado por las partes en

el momento de su otorgamiento como «contrato de servicios de mantenimiento y conservación de colegios públicos y edificios municipales del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife», el mantenimiento y conservación comprendía la realización de todos los trabajos de inspección, reparación y/o sustitución de la totalidad de los elementos constructivos que integraran los Colegios Públicos y Edificios municipales que por deterioro debido al uso o cualquier otra causa, así se requiriera. Igualmente, comprendía la realización de obras de pequeña reforma, incluidas todas las instalaciones inherentes a dichas reformas, que se hicieran necesarias para la utilización de los edificios; excluyéndose expresamente las obras de nueva planta.

Pues bien, así definido el objeto y contenido del contrato por el propio pliego de condiciones técnicas, el mismo excluye con claridad los trabajos que exigía el edificio sede del Instituto de Enseñanza Secundaria "Hermanos García Cabrera". Es evidente que a través de estos no se trataba de mantener o conservar el edificio, sino de reformarlo o transformarlo completamente. Particularmente, el hecho de que en esa primera disposición del pliego de condiciones técnicas se haga referencia a la posibilidad de sustituir la totalidad de los elementos constructivos no excluye esta conclusión.

En efecto, el contenido de este contrato y su alcance ha sido una de las cuestiones especialmente controvertidas entre las partes. Estas han aportado diversas interpretaciones del mismo y han sostenido, entre otros aspectos, que al permitir el mismo incluso «la sustitución de la totalidad de los elementos constructivos» que integraran los Colegios Públicos y Edificios Municipales, las obras inicialmente realizadas en el Instituto de Enseñanza Secundaria "Hermanos García Cabrera" estarían comprendidas en el objeto del contrato.

Tal conclusión sin embargo, como hemos adelantado, no se comparte por esta Sala.

En primer lugar, si acudimos a la denominación del contrato mismo, nos hallamos ante un «contrato de servicios», que no de obra, y «de mantenimiento y conservación de edificios». Es decir, nos encontramos ante un contrato contemplado como de servicios, y aunque su ejecución pueda implicar la realización de obras (en sentido no jurídico), estas se deben contemplar bajo el prisma de obras necesarias para el mantenimiento y conservación de los edificios.

Es de sobra conocido el principio de que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son, pero el nombre o denominación del de autos es sumamente expresivo de cuál fue la voluntad negocial de éstas al concertar en este supuesto el negocio jurídico controvertido.

Partiendo de tal voluntad negocial, parecería contradictorio con ella que, según el contrato, fuera posible, como hemos dicho, «la sustitución de la totalidad de los elementos constructivos» de los edificios objeto del mismo. Pero ello no es así. Los distintos trabajos que se comprenden en el pliego de condiciones técnicas, que son, además de la reiterada sustitución, la inspección o reparación de la totalidad de los elementos constructivos, han de entenderse referidos necesariamente a las tareas de conservación y mantenimiento que precisen los edificios a los que alcanza el contrato, porque este es, como hemos dicho, su objeto. Y dado que el contrato parte de que una cosa es la conservación y mantenimiento de los edificios y otra distinta su reforma, es por lo que prevé la posibilidad de que se realicen obras de pequeña reforma, excluyéndose expresamente, como era lógico por otro lado, las obras de nueva planta.

Y esta finalidad de conservación y mantenimiento para paliar el deterioro del edificio, no era desde luego la finalidad de los trabajos emprendidos por IMES S.A. en el Instituto de Enseñanza Secundaria "Hermanos García Cabrera" que, como hemos reiterado, suponían una reforma completa del inmueble.

4. El acusado, Guillermo Núñez Pérez, cuando en su condición de Teniente de Alcalde y Concejal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, decide encargar las obras directamente a IMES S.A, sin tramitar expediente de contratación alguno, y al margen pues del procedimiento legalmente establecido para ello, conocía que el contrato que unía a esta entidad con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no podía amparar esta actuación.

Cabe en este punto poner de manifiesto que, como se ha declarado probado, los problemas relacionados con el edificio sito en la calle Antequera venían presentándose desde al menos el año 2003, y que ninguna prueba practicada en autos permite estimar probado que la situación fuera de emergencia, la cual, de conformidad con el artículo 72 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en aquellas fechas, hubiera eximido, en las condiciones previstas, de la obligación de tramitar el correspondiente expediente administrativo de contratación de obras, permitiendo a la Administración la ejecución de lo necesario para solventar dicha situación. Estas situaciones de emergencia son por otro lado, como hemos dicho, las que eximen de tramitar el correspondiente expediente administrativo. No así las de urgencia que sí exigen dicha tramitación aún en las condiciones especiales previstas en la Ley –artículo 71 y 141 del texto legislativo ya mencionado-.

Como hemos adelantado, Guillermo Núñez Pérez sabía que el contrato que unía a IMES SA con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no podía amparar la realización de las obras que eran necesarias en el edificio al que se pretendía trasladar las oficinas municipales, y que por tanto era necesario, para su realización, la celebración de un nuevo contrato tras la tramitación del correspondiente expediente.

En efecto, la magnitud de las obras a realizar en el citado edificio, que el mismo, por otro lado, había visitado, y que se pretendía transformar en sede de

unas oficinas municipales después de haber albergado un Instituto de Enseñanza Secundaria, excluía de forma evidente esta posibilidad; y ello de acuerdo con un contrato cuyo contenido, este acusado, en su condición de Teniente de Alcalde y Concejal del Ayuntamiento debía conocer perfectamente. Y en cualquier caso, aún cuando admitiésemos que en un primer momento, Guillermo Núñez Pérez, al no ser un técnico en la materia, pudo no calibrar debidamente la envergadura de los trabajos a realizar, lo que no hay duda alguna es que, conocidas las primeras facturas, resultaba insostenible afirmar que se trataba de «obras menores» que podían ser acometidas por IMES S.A. Así lo pondría de manifiesto la Intervención de Fondos del propio Ayuntamiento en el primero de los reparos formulados después de que Guillermo Núñez Pérez, no obstante lo expuesto, firmase el Decreto proponiendo aprobar el gasto.

Y formulado este reparo, la decisión que se toma no se dirige a reconsiderar de alguna manera el camino emprendido o a tratar de confirmar si, efectivamente, los trabajos ya realizados pueden tener cabida o no en el contrato de mantenimiento y conservación de IMES SA., sino que se opta por solicitar a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento que informe si dicha obra «se encuadra dentro del objeto del contrato así como de otros aspectos relevantes que hayan surgido para no seguir "según el informe de intervención" de fecha 30.12.2005, el preceptivo procedimiento de contratación».

Este informe se emite el 30 de diciembre de 2005 y su contenido en este punto resulta muy significativo. Porque, sin perjuicio de señalar que las obras debieron ser objeto de un contrato independiente, para concluir finalmente que, a pesar de ello, estas podían encuadrarse en el contrato con IMES S.A, se apoya en el hecho de que estábamos ante obras «de sencilla técnica y escasa entidad constructiva, por lo que podían ser consideradas obras menores»; algo que, como ya hemos reiterado, resultaba ya en ese momento insostenible, a la vista de la entidad de las partidas incluidas en las primeras facturas emitidas.

Hasta tal punto es así que, según hemos declarado probado, consta en autos que, además de este informe, que fue el que finalmente se unió al procedimiento, sobre la misma cuestión se emitió por el mismo servicio jurídico otro informe distinto, en el que el examen de estas facturas conducía a concluir que las obras realizadas no podían considerarse como de «pequeña reforma», pues incluía la realización de demoliciones y excavaciones, además de incorporar un importe elevado a pesar de referirse a las obras iniciales.

Con respecto a la existencia de este informe cabría hacer una precisión. Es cierto que las diligencias previas incoadas en su momento al respecto, a raíz de su conocimiento por los medios de comunicación, fueron finalmente sobreseídas provisionalmente según hemos declarado probado. Pero esta decisión de no exigir responsabilidad penal en el citado procedimiento penal, no impide que podamos valorar la existencia misma del documento que, por lo demás, ha resultado probada en este procedimiento, donde se ha unido una copia del mismo. En efecto, consta unida a autos, a instancia de la representación de la acusación popular, la grabación de la Comisión de Control Municipal celebrada el 31 de julio de 2006, cuya realidad y contenido, por otro lado, no ha sido objeto de impugnación. En ella, el propio acusado Miguel Zerolo Aguilar reconoce la existencia de ese informe, cuando, preguntado al respecto, contesta de la manera que hemos declarado probado.

En definitiva, por todo lo expuesto, esta Sala concluye, tal como hemos adelantado, que el acusado Guillermo Núñez Pérez conocía que el contrato que unía a IMES SA con el Ayuntamiento no podía amparar las obras a realizar, puesto que excedían en mucho de las que su objeto permitía, y que, a pesar de ello, decidió encargárselas directamente a esta entidad.

Este «encargo» implicó que IMES S.A comenzara la ejecución de unas obras sin que previamente se hubiese tramitado el correspondiente expediente de contratación.

Y cuando la misma presenta las dos primeras facturas, reclamando el abono de los primeros trabajos realizados, el acusado, que conocía, según hemos reiterado, que esta empresa carecía de cobertura para su ejecución, primero, dicta un Decreto en el que propone, respecto a tales facturas, su aprobación y la del gasto reflejado en ellas; y segundo, solicita un informe jurídico que, no obstante la claridad del reparo formulado por el Servicio de Intervención y su propio conocimiento sobre la irregularidad de la situación, se pronunciara sobre si la obra estaba o no incluida en el contrato de IMES S.A.

5. El mismo conocimiento sobre lo acontecido resulta atribuible al acusado Miguel Zerolo Aguilar, Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Así se infiere, como en el caso del anterior acusado, del devenir de los acontecimientos, tal como han quedado relatados en los hechos probados.

El acusado había visitado el edificio, conocía su uso anterior y había dado su consentimiento para que se realizara el traslado de las oficinas municipales que, como tal, implicaba una modificación sustancial de dicho uso.

En este sentido se pronuncia precisamente la Intervención de Fondos del Ayuntamiento, en su informe de 30 de diciembre de 2005, cuando insta la suspensión del expediente destinado al abono de las primeras facturas, alertando que los trabajos reflejados en ellas no pueden incluirse en el objeto del contrato de mantenimiento de IMES S.A., al no corresponder a obras de pequeñas reformas. Sobre la naturaleza de los trabajos incluidos en dicha factura así como sobre su importe, se informa al acusado en el informe de la Asesoría Jurídica de la misma fecha, que expresamente menciona que dichas facturas incluyen trabajos de demolición y excavaciones, además de albañilería, por un importe de 371.628,22 euros.

El contenido del informe de la Asesoría Jurídica, por su parte, no deja de ser contradictorio. Refleja, como hemos dicho, la existencia de estas primeras facturas, los trabajos en ella incluidos y su importe, pero afirma que las obras podrían ser «de sencilla técnica y escasa entidad constructiva» y que por tanto podrían estar incluidas en el contrato de IMES S.A.; todo ello declarando además, previa y simultáneamente, que las obras debieron ser objeto de un contrato independiente. Pero, en todo caso, si las obras debieron ser objeto de un contrato independiente es porque no tenían cabida en el celebrado entre IMES S.A. y el Ayuntamiento.

Pues bien, a pesar de ello, y particularmente, a pesar de los datos que ya constaban en el expediente y que el contenido de los informes emitidos es el descrito, el acusado Miguel Zerolo Aguilar dicta un Decreto levantando el reparo de la Inspección de Fondos del Ayuntamiento y permitiendo así el pago de estas dos primeras facturas. Esta actuación, entendemos, solo se explica si lo que se pretendía con la misma era precisamente ocultar la irregularidad producida, que en consecuencia conocía, proporcionando de esta forma cobertura formal a una situación en la que se habían encargado unas obras acudiendo, sin más, a la vía de hecho y prescindiendo de todo procedimiento.

6. Dicho lo anterior, habremos de concluir necesariamente que los sucesivos Decretos que se dictan por el acusado, solventando los respectivos reparos que se continúan presentando por la Intervención de Fondos, tal como han sido descritos en los hechos probados, tenían la misma finalidad, porque partían del mismo conocimiento, esto es, del conocimiento de que el encargo de las obras a IMES S.A. había sido irregular, porque no estaban amparadas por el reiterado contrato.

En este extremo resulta muy significativa la decisión que se toma finalmente de adjudicar las obras a dicha empresa por el procedimiento

negociado y sin publicidad y además con efecto retroactivo desde el 1 de agosto de 2006, tras la formación y tramitación del expediente descrito en el *factum*.

De los documentos que se incluyen en este expediente y reseñados en dicho *factum*, destacamos dos.

En primer lugar, el informe técnico elaborado sobre la situación que en ese momento presentaban los trabajos que se efectuaban en las dependencias municipales del antiguo colegio "Hermanos García Cabrera". En él, que se elabora en septiembre de 2006, cuando ya se han realizado los trabajos incluidos en las facturas emitidas desde enero a julio de ese mismo año, que supusieron, según el informe pericial obrante en autos, y como ya hemos reflejado, una intervención clara en la estructura del edificio, por un importe total de 1.742.210,31 euros, se sigue hablando de obra menor y de simple renovación del edificio donde la mayor incidencia, se afirma, se ha centrado en la partida correspondiente a instalaciones. Son las obras que se van a ejecutar a partir de ese momento, declara el informe, las que cambian de naturaleza y justifican la tramitación, ahora sí, de un expediente de contratación.

Cabe indicar asimismo, por otro lado, que en este informe técnico no se concluye que la empresa IMES S.A. tenga que continuar necesariamente las obras. Cualquier empresa, dijo su autor en el acto del juicio, podría haber continuado las mismas, sin perjuicio de que no fuera conveniente pararlas, porque ello hubiera supuesto más gastos. Asimismo tampoco se habla en dicho informe de urgencia, si no de que sería recomendable no detener el ritmo actual de las obras. En este sentido, y al hilo de alguna de las alegaciones realizadas por las partes, destacamos que, cuando el pliego de prescripciones técnicas que se redacta para regir la contratación de las obras de ejecución de la rehabilitación del antiguo I.E.S "Hermanos García Cabrera" para dependencias municipales, alude a la necesidad inaplazable de acometer obras de reforma de dicho edificio,

se está refiriendo a aquella que se constató y que justificó las obras realizadas hasta agosto de 2006.

Además de este informe técnico, en segundo lugar, consta también en el expediente CPCSD-394/06 un informe de la Asesoría Jurídica de 20 de septiembre de 2006. Este, al margen de recoger algunos antecedentes y citar la afirmación del informe técnico a la que acabamos de aludir, según la cual no sería aconsejable la paralización de las obras, se limita a sostener que podría resultar de aplicación lo dispuesto en las letras b) y c) del artículo 141 del Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esto es, acudir al procedimiento negociado sin publicidad, siempre que, añade, se acrediten en el expediente la concurrencia de los presupuestos que legalmente se exigen, cuales son la especificidad técnica, que haga necesaria encomendar las obras a un determinado empresario, y la existencia de una imperiosa urgencia que demande una pronta ejecución.

Ante lo expuesto, y no constando en el citado expediente ningún documento que permita efectivamente tener por acreditados estos elementos, la Intervención de Fondos, en su informe de 20 de diciembre de 2006, alerta precisamente sobre la ausencia de los presupuestos que permiten utilizar el procedimiento negociado y sin publicidad; negando que concurran tanto la urgencia como la especificidad y reiterando asimismo que no se justificaba la no tramitación del expediente de contratación con anterioridad a la realización de las obras.

A continuación, se emite informe propuesta de 21 de diciembre de 2006, elaborado por el también acusado Joaquín Castro Brunetto, en el que se propone de nuevo levantar el reparo formulado por la Intervención. Dos precisiones cabe indicar sobre este informe-propuesta. La primera, que respecto a la falta de contratación inicial, se dice que deben entenderse incluidas en el contrato de mantenimiento de IMES S.A no ya las obras realizadas hasta diciembre de

2005, sino las ejecutadas desde enero a julio de 2006. Sobre la inviabilidad de esta afirmación, dada la entidad de las obras realizadas, nos remitimos a las consideraciones ya realizadas con anterioridad. La segunda que, al hilo de las consideraciones anteriores, se hace referencia al informe de la Asesoría Jurídica de 30 de diciembre de 2005, que anexa. Pues bien, por razones obvias, difícilmente podía haberse pronunciado este informe sobre si las obras ejecutadas en el primer semestre del 2006 podían o no estar comprendidas en el contrato de mantenimiento de IMES. SA.

A pesar de ello, el acusado Miguel Zerolo Aguilar interpreta los datos que se le proporcionan en la misma dirección que en el caso del anterior reparo, decidiendo levantar el reparo formulado por la Intervención y permitiendo así la continuación del expediente y la tramitación de la propuesta.

De nuevo, la inferencia lógica y racional de dicho comportamiento es, como ya hemos adelantado, que no se trataba sino de dar cobertura o apariencia de legalidad a una situación inicialmente irregular, en la que se había prescindido del procedimiento legalmente establecido.

En este mismo sentido, y sobre la posterior modificación del contrato de rehabilitación, cabe realizar la siguiente consideración. Según el informe pericial arquitectónico al que ya hemos hecho referencia, gran parte de las unidades de obra que se recogen en la prestación objeto de ampliación/modificación, por importe de 1.587.978,66 euros, no son consecuencia de una necesidad nueva no existente al tiempo de adjudicarse el contrato de 23 de febrero de 2007 de acuerdo con el proyecto de 5.476.522, 58 euros. Es más, se añade, muchas de las obras que se detallan estaban ya recogidas en los presupuestos iniciales del proyecto de rehabilitación. Y alcanza la perito esta conclusión después de, como explica en su informe, analizar las facturas y las mediciones objeto de la ampliación/ modificación. Es este análisis de las unidades de obra, detallado, por otro lado, como puede observarse a la vista del contenido de dicho informe, el

que conduce a la perito a destacar que existen gran cantidad de unidades de obra que podrían haberse tenido en cuenta en el proyecto de rehabilitación inicial, existiendo partidas y capítulos enteros que se repiten, tal como habían sido definidos en este último.

En esta misma línea había informado en su momento la Intervención de Fondos el 20 de diciembre de 2007; y ello tras el examen de los informes técnicos obrantes en las actuaciones que ponían de manifiesto que las variaciones de lo inicialmente proyectado no respondían a necesidades nuevas o causas imprevistas.

7. En cuanto a los hechos probados relativos al también acusado Joaquín Castro Brunetto, y concretamente, respecto a cuál fue su intervención en las actuaciones administrativas relacionadas con las obras citadas, que consistió básicamente en la elaboración de los informes propuestas que han sido descritos, cabe indicar que la misma, además de no resultar controvertida, ha de estimarse probada a la vista de la documental unida a autos; todo ello sin perjuicio de la valoración que hagamos de la misma en el siguiente fundamento de derecho.

SEGUNDO.- Calificación jurídica de los hechos.

1. Los hechos descritos y declarados probados son constitutivos, respecto de los acusados Guillermo Núñez Pérez y Miguel Zerolo Aguilar, de un delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, según el cual, la autoridad o funcionario público que a sabiendas de su injusticia dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

2. Como decíamos en la STS 18/2014, 23 de enero, con citación de otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función

pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. El delito de prevaricación, por otro lado, no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos-límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona.

Asimismo, una Jurisprudencia reiterada de esta Sala – STS 1021/2013, de 26 de noviembre, 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

3. Centrándonos en primer lugar en la conducta del acusado Miguel Zerolo Aguilar, la misma es constitutiva de tal delito.

Según se infiere de los hechos que hemos declarado probados, el primer Decreto por él dictado, el 30 de diciembre de 2005, en el que se levanta el primero de los reparos formulados por la Intervención de Fondos, es una resolución administrativa arbitraria.

En efecto, es una resolución administrativa subsumible en el artículo 404 del Código Penal, por cuanto levanta el reparo formulado por la Intervención de Fondos, aprueba el correspondiente documento contable y permite finalmente el pago al que dicho Servicio de Intervención se opone con razón; con ello, sin duda, tratándose de dinero público, se afecta a los derechos de los administrados y de la colectividad en general. No estamos pues, en consecuencia, ante un acto de mero trámite.

Decía esta Sala de lo Penal, en su STS 787/2013, de 23 de octubre, con citación de otras, que el concepto de resolución administrativa no está sujeto, *a nuestros efectos prejudiciales debemos añadir*, a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (v.gr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva; lo que como hemos dicho no era el caso.

En segundo lugar, esta resolución del acusado Miguel Zerolo Aguilar fue arbitraria. Nos remitimos a las consideraciones ya expuestas en el fundamento anterior, donde hemos concluido que el contrato de mantenimiento que unía a IMES S.A con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no podía amparar de forma evidente las obras que se comenzaron a realizar en el edificio en cuestión y que, por tanto, hubiera sido preciso tramitar el correspondiente expediente de contratación de obras.

Decíamos respecto de la arbitrariedad en la STS 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras muchas, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Y esto fue, según lo ya expuesto, lo que ocurrió en el supuesto de autos donde la decisión del acusado sólo estaba dirigida a amparar una situación en la que se había prescindido del procedimiento establecido en la ley. Por ello su conducta es constitutiva del delito de prevaricación, porque estamos más allá de una mera ilegalidad que, por sí sola, efectivamente, no hubiera sido suficiente a estos efectos. Las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la intervención del derecho penal, que quedará así restringida a los casos más graves. Uno de ellos es el de autos.

Cuando se trata de infracciones del procedimiento, decíamos en la sentencia citada nº 743/2013, de 11 de octubre, que la Jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales; y aquí, según lo ya expuesto, lo fueron sin duda, incumpliéndose la regulación administrativa de la contratación de las Administraciones Públicas y vulnerando con ello, la apariencia de objetividad e imparcialidad que ha regir la actuación de la Administración en estos procesos de decisión.

En este sentido, como recordábamos en la ya citada STS 18/2014, de 13 de enero, conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

En esta misma línea, y respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añadía la STS 743/2013, de 11 de octubre, que el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación

administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución.

Finalmente, y en tercer lugar, el acusado era consciente de la arbitrariedad de su resolución. La ilegalidad era clara, debiendo destacarse sobre el particular que del contenido del primer informe de la Asesoría Jurídica, 30 de diciembre de 2005, y de los datos que ya entonces constaban, no es posible alcanzar la conclusión contraria.

Pues bien, las consideraciones expuestas conducen, como adelantamos en su momento, a concluir que los sucesivos Decretos que se dictan por el acusado levantado los sucesivos reparos que se formularon, en las condiciones ya indicadas, y ante los datos obrantes en los sucesivos expedientes administrativos que hemos examinado, eran igualmente resoluciones arbitrarias, respondiendo a una arbitrariedad inicial que consistía en adjudicar las obras a una empresa determinada bajo la aparente cobertura de un contrato de mantenimiento y conservación prescindiendo del procedimiento establecido por la legislación de contratos del sector público.

De nuevo tenemos que hacer referencia a que el concepto de resolución administrativa a efectos de subsunción en el artículo 404 del Código Penal no debe ser interpretado de manera rígida, y aquí nos encontramos ante sucesivos Decretos que, al levantar los reparos formulados en cada momento por la Intervención de Fondos, no pretendían sino aparentar que se estaban cumpliendo unos trámites legales, para soslayar la manifiesta ilegalidad inicial. Se consolidaba así esa situación inicial, y con ello, la realización de los pagos que sucesivamente iba reclamando la empresa beneficiaria de dicha situación, IMES S.A.

Ahora bien, una cosa es que se dictasen sucesivos Decretos para levantar los correspondientes reparos y otra distinta que cada uno de ellos constituya una unidad típica de acción cuyo resultado permita construir la unidad jurídica en que consiste el delito continuado, según el Ministerio Fiscal.

Nuestra reciente jurisprudencia (STS 487/2014 o anteriormente STS 486/2012) advierte que es preciso deslindar la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado, de forma que concurrirá una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal, es decir, cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente o de intrusismo), de forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario.

Es el caso que contemplamos, es cierto que cada decreto de contenido arbitrario constituiría a estos efectos el tipo de injusto de prevaricación por sí solo, sin embargo, desde una perspectiva social y normativa es evidente que todos ellos constituyen la ejecución del mismo plan desarrollado por el autor y forman parte del mismo injusto, que ya hemos relatado más arriba: utilizar como cobertura una apariencia para adjudicar las obras es el núcleo normativo de un único tipo de injusto que se desarrolla sucesivamente con el objetivo de mantener la situación inicial.

El delito continuado sería el resultado de integrar varias unidades típicas de acción en el sentido de que cada una de ellas respondiese a injustos distintos obedeciendo a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión (artículo 74 CP), admitiéndose entonces la unidad jurídica bajo la calificación del delito continuado, pero ello no es el caso presente.

2. También el acusado Guillermo Núñez Pérez ha cometido un delito de prevaricación.

Sin entrar a analizar si la primera decisión por él tomada, encargar las obras a IMES S.A, pudiera ser por sí misma constitutiva de un delito de prevaricación, pues se trataba del Concejal Delegado, en grado de autoría, porque no se ha formulado contra el mismo acusación por este hecho, Guillermo Núñez Pérez es, cuando menos, cooperador necesario respecto a la prevaricación cometida por el coacusado Miguel Zerolo Aguilar.

En efecto, como hemos declarado probado, Guillermo Núñez Pérez, como Teniente de Alcalde y Concejal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife fue quien encargó directamente a la empresa IMES S.A la realización de las obras controvertidas en estos autos. Es él quien realiza este encargo, conociendo, por otro lado, que dicho encargo no estaba amparado por el contrato que unía a esta entidad con el Ayuntamiento y que por tanto hubiera sido preciso, para la realización de tales obras, un nuevo contrato, sus aportaciones posteriores durante la tramitación del expediente dirigido al abono de las primeras facturas que genera dicha realización, cuales son el Decreto de 30 de diciembre de 2005, que firma como Teniente de Alcalde Responsable del Área de Gobierno de Servicios Centrales, ejerciendo las funciones que le habían sido delegadas en materia de autorización, disposición de gastos y reconocimiento de obligaciones, en el que se propone aprobar dichas facturas y el gasto correspondiente, y la decisión de pedir a la Asesoría Jurídica un informe que permita «salvar» los obstáculos planteados en el primer informe del Servicio de Intervención, son penalmente relevantes convirtiéndolo en un cooperador necesario.

El acusado, con su actuación, codecide y facilita la decisión final de solventar el reparo formulado por la Intervención de Fondos del Ayuntamiento, y en definitiva, el pago de las cantidades que figuraban en unas facturas emitidas

por una entidad a la que habían sido encargadas unas obras de manera irregular, todo ello, en un marco de actuación que, como hemos reiterado, él conoce que es delictivo.

En definitiva, los actos descritos no pueden ser calificados como actos neutrales.

Como decíamos en la STS 487/2014, de 9 de junio, o en la STS 942/2013, de 11 de diciembre, con respecto a este tipo de acciones, lo que caracteriza a las mismas es que se trata de conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicas. En este sentido, en la STS 34/2007, de 1 de febrero, declarábamos que «la doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución». Argumentándose más adelante, que « (...) la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto «neutral» puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas,

o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc ».

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación, afirmábamos en la STS 942/2013, de 11 de diciembre, puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil, decíamos allí, disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero.

3. Si la aplicación de la doctrina expuesta en el apartado anterior sobre las acciones neutrales conduce, como hemos expuesto, a la condena del acusado Guillermo Núñez Pérez como cooperador necesario de un delito de prevaricación, en el caso del tercer acusado, Joaquín Castro Brunetto, conduce a su absolución.

En efecto, la prueba practicada en el plenario no permite concluir que este acusado, a través de la emisión de los distintos informes-propuestas que constan en las actuaciones, actuara en ese marco delictivo al que hemos aludido, colaborando así en el plan del autor o autores, en este caso, Miguel Zerolo Aguilar, es decir, falta el dato de la connivencia en el fin delictivo manifestado por las dos primeras autoridades municipales.

Su actuación, fundamentalmente, ha consistido en la emisión de informes-propuestas para coadyuvar a la toma de la decisión final, debiendo ser calificados inicialmente como actos profesionales propios del funcionario responsable de un servicio municipal que sigue los trámites correspondientes. La conclusión sobre su relevancia penal hubiera exigido una prueba decisiva de que su fin era ocultar las ilegalidades producidas en las adjudicaciones de las obras, o bien de que el contenido de tales informes fue dirigido o modificado con esta finalidad; lo que, como hemos adelantado, no consta, por lo que le es aplicable la doctrina de los actos neutrales del funcionario.

En segundo lugar, tampoco correspondía a su función ni la fiscalización ni la elaboración de los informes jurídicos acerca de la naturaleza y efectos de los actos sometidos a su gestión. El Director General aplica a los mismos el criterio técnico de comprobar la realización de las unidades de obra comprendidas en las distintas facturas y, una vez resuelto lo anterior, informa favorablemente, la mayoría de las veces poniendo el conforme al documento preparado por los técnicos de su departamento. La contradicción entre el servicio de intervención y la asesoría jurídica no debe ser solventada por el técnico.

Por último, como Director General sigue las instrucciones de sus superiores, lo que aparece con toda claridad en el trámite seguido antes del decreto del Alcalde solventando los reparos informados a las dos primeras facturas de diciembre de 2005.

En consecuencia, y como hemos adelantado, el acusado Joaquín Castro Brunetto ha de ser absuelto.

TERCERO.- El acusado, Miguel Zerolo Aguilar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal, es responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal.

Por su parte, el acusado Guillermo Núñez Pérez es responsable del mismo delito pero en calidad de cooperador necesario.

CUARTO.- No concurren en el caso de autos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTO.- Respecto de la pena que lleva consigo el delito calificado, el artículo 404 CP establece la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, como pena principal y única. A su vez el artículo 42 CP fija el alcance de esta pena privativa de derechos extendiéndola a la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos, añadiendo que también produce la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena, y que la sentencia habrá de especificar los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación. En esta materia rige evidentemente el principio de legalidad penal y no es posible extender el contenido de la pena más allá de los estrictos términos del mismo. Además es preciso tener en cuenta el contenido de la pena de inhabilitación absoluta que se fija en el artículo precedente. Por ello, en cuanto al primer inciso no puede recaer en otro empleo o cargo público que aquél en cuyo desempeño se comete el delito, si bien hemos admitido que no se trata de la función específica dentro del organigrama administrativo sino de la que corresponde con carácter general en el seno del mismo, y por ello nuestros pronunciamientos a este respecto, en el ámbito local, contienen la mención de los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva.

En segundo lugar, en cuanto al segundo inciso del artículo 42 CP la expresión "otros análogos", en aras del principio de legalidad, debe tener como referencia obligada la función desempeñada y el origen o título que habilita para

ello a la autoridad o funcionario, en la medida que el primero se refiere también a los cargos electivos. Por ello no se desborda el límite de la extensión de la pena cuando se considera análoga la desarrollada en otros ámbitos de la administración como pueden ser el insular, autonómico o estatal, referida a las funciones de gobierno en el presente caso. Sin embargo, no debe alcanzar a otras funciones, como la legislativa, porque no sería análoga a las de gobierno, aún cuando sean electivas. Es cierto, que la STC 151/1999, de 14/09, desestimó el recurso de amparo interpuesto por un condenado que precisamente era Alcalde y también Senador, entendiéndose que no se habían vulnerado por el Tribunal Supremo los artículos 14 y 23.2 CE. Sin embargo, los efectos de esta sentencia son los que se siguen de su pronunciamiento desestimatorio del recurso de amparo, pero ello no equivale a limitar la función jurisdiccional de interpretación y extensión en cada caso de la pena de inhabilitación prevista en el artículo 42 CP. Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional (SSTC 80/87 o 154/93) ha mantenido criterios no coincidentes con el anterior a propósito de la analogía, como la propia sentencia 151/1999 refiere en relación con la singularidad de los casos.

El tiempo de la inhabilitación debe fijarse en ocho años para ambos acusados (el Fiscal solicitaba nueve años), una vez eliminada la continuidad delictiva en relación con el Alcalde, pero teniendo en cuenta el papel decisivo, diríamos que propio de la coautoría, del Teniente de Alcalde, en relación también con la persistencia en la conducta arbitraria.

SEXTO.- Los acusados Miguel Zerolo Aguilar y Guillermo Núñez Pérez deberán satisfacer un tercio de las costas procesales, cada uno de ellos, excluyendo las de la acusación popular por cuanto el Ministerio Fiscal he ejercido en el caso la función pública y defensa de los intereses de la colectividad que le corresponde, declarándose de oficio el tercio restante.

III. FALLO

Que debemos **CONDENAR** a los acusados **MIGUEL ZEROLO AGUILAR** y **GUILLERMO NÚÑEZ PÉREZ**, el primero como autor directo y el segundo por cooperación necesaria, como autores de un delito de prevaricación administrativa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena, a cada uno de ellos, de **OCHO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL** para los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique participación en el gobierno municipal, con la incapacidad para obtener otros análogos en el ámbito insular, autonómico o estatal durante el tiempo de la condena, debiendo satisfacer cada uno de ellos una tercera parte de las costas del juicio, con exclusión de las correspondientes a la acusación popular.

Que debemos **ABSOLVER** al acusado **JOAQUÍN CASTRO BRUNETTO** del mismo delito del que venía siendo acusado, dejando sin efecto las medidas cautelares dictadas en su caso frente al mismo, declarando de oficio la tercera parte de las costas.

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

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