



Roj: **SAP P 398/2019 - ECLI: ES:APP:2019:398**

Id Cendoj: **34120370012019100398**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2019**

Nº de Recurso: **9/2019**

Nº de Resolución: **21/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JOSE ALBERTO MADERUELO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PALENCIA

SENTENCIA: 00021/2019

-

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO. PZA. DE LOS JUZGADOS 1 1ª PLANTA

Teléfono: 979.167.701

Correo electrónico: audiencia.s1.palencia@justicia.es

Equipo/usuario: PEN

Modelo: N85860

N.I.G.: 34120 45 3 2016 0000210

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000009 /2019

Delito: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Órgano de Origen: Juzgado de Instrucción nº 1 de Cervera de Pisuerga

Procedimiento de origen: PA 40/2018

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, GRUPO MUNICIPAL SOCIALISTA DEL AYUNTAMIENTO DE VELILLA DEL RIO CARRION

Procurador/a: D/Dª , ANA ISABEL VALBUENA RODRIGUEZ

Abogado/a: D/Dª , ANTONIO VILLARRUBIA GONZALEZ

Contra: Abel

Procurador/a: D/Dª FRANCISCO JAVIER ESPINOSA PUERTAS

Abogado/a: D/Dª CARMEN HERMOSO NAVASCUES

Este Tribunal compuesto por los Sres. Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

EN NOMBRE DE S.M EL REY

La siguiente

SENTENCIA Nº 21/2019

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente :



Don Mauricio Bugidos San José

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Alberto Maderuelo García

Don Ignacio Segoviano Astaburuaga

En Palencia, a tres de octubre de dos mil diecinueve

VISTO en juicio oral y público ante esta Audiencia Provincial de Palencia, la causa DPA 111/2017 (PA 40/2018) procedente del Juzgado de Instrucción nº1 de Cervera de Pisuerga, seguida por el delito de Prevaricación Administrativa contra Abel con DNI NUM000 , nacido en Velilla del Río Carrión (Palencia) el día NUM001 de 1956, hijo de Bernardino y Santiago con domicilio en C/ DIRECCION000 , n NUM002 de Velilla del Río Carrión, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, en la que son partes, el Ministerio Fiscal, el acusado representado por el Procurador Sr. Espinosa Puertas. Reyes y defendido por la Letrado Sra. Hermoso Navascúes, estando personado, como acusación popular, el Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Velilla del Río Carrión. Es Magistrado Ponente de la presente resolución el Ilmo. Sr. Don José Alberto Maderuelo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes diligencias se incoaron en virtud de testimonio remitido por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Palencia practicándose cuantas actuaciones instructoras se consideraron necesarias, incoándose el presente Procedimiento Abreviado, dictándose Auto de Imputación contra Abel por un presunto delito de Prevaricación Administrativa.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal formuló acusación provisional contra Abel por un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 del CP en relación con el art.74, solicitando para el acusado la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el derecho de sufragio pasivo durante 15 años.

Por la Acusación Popular en idéntico trámite solicitó para el procesado las mismas penas que el Ministerio Fiscal, con imposición de costas incluidas las de la acusación particular.

Por la defensa del acusado, en idéntico trámite, se interesó la libre absolución por estimar no constitutivo de delito los hechos de autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación en el Juzgado de Instrucción de Cervera de Pisuerga se remitió la causa a esta Audiencia Provincial para su enjuiciamiento, en el que se resolvió sobre las pruebas propuestas por las partes, señalando y celebrando el correspondiente juicio oral el día 16 de septiembre de 2019.

HECHOS PROBADOS

1.-Que desde el año 2013 D. Abel , alcalde del Ayuntamiento de Velilla del Río Carrión, desoyendo los informes del Sr. Secretario Interventor municipal de dicho Ayuntamiento, llevó a cabo la formalización de diversos contratos laborales incumpliendo los requisitos exigidos por el Real Decreto Legislativo 5/15 de 30 de octubre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, tales como la necesidad de bases de selección, de publicidad adecuada, o la existencia de un tribunal o comisión de selección.

2.-El acusado, alcalde de Velilla, realizó varias contrataciones pese a las reiteradas objeciones puestas de manifiesto en los informes del Secretario Interventor Municipal y siendo plenamente consciente de que dicha actuación era contraria a la legalidad. En concreto la conducta anteriormente descrita se plasmó por parte dicho alcalde en las siguientes resoluciones de alcaldía del Ayuntamiento de Velilla del Río Carrión:

- Resolución de 18 de enero de 2016, relativa a la contratación laboral de doña Aida y doña Amalia , para la gestión de la Casa de la Juventud de la localidad de Velilla del Río Carrión;

- Resolución de 18 de enero de 2016, relativa a la contratación laboral de don Guillermo para la gestión del Telecentro de la localidad de Velilla del Río Carrión;

- Resolución de 12 de mayo de 2016, relativa a la contratación laboral de doña Carlota para la gestión del Centro de Interpretación de la Trucha y Oficina de Turismo de Velilla del Río Carrión;



- Resolución de 20 de mayo de 2016, relativa a la contratación de trabajo temporal de doña Carolina para realizar labores de limpieza en el colegio público Nuestra Señora de Areños en la localidad de Velilla del Río Carrión;
 - Resolución de 31 de mayo de 2016, relativa a la contratación de doña Crescencia para la realización de labores de limpieza en locales municipales en las localidades de Cardaño de Arriba, Cardaño de Abajo, Alba de los Cardaños, y Camporredondo de Alba;
 - Resolución de 6 de junio de 2016, relativa a la contratación laboral de don Lucas, don Manuel y don Mario, para la realización de labores de mantenimiento y puntuales en calles y parques municipales de Velilla del Río Carrión;
 - Resolución de 22 de junio de 2016, relativa a la contratación de trabajo temporal de doña Florencia y don Narciso, como personal para la gestión de la Oficina de Turismo de la localidad de Velilla del Río Carrión;
 - Resolución de 5 de septiembre de 2016, relativa a la contratación laboral de don Octavio, don Pascual, don Pelayo y don Porfirio, para la realización de labores de mantenimiento y obras puntuales en calles y parques municipales de Velilla del Río Carrión;
 - Resolución de 6 de octubre de 2016, relativa a la contratación de trabajo temporal de Doña Justa para la realización de labores de limpieza en Polideportivo Municipal, instalaciones del Club Deportivo Velilla y Centro de interpretación de la Trucha y Oficina de Turismo de Velilla del Río Carrión;
- 3.- El informe fiscalizador del Secretario Interventor Municipal, en todos los procedimientos referidos concluía los expedientes con reparos, haciendo constar que la selección sea realizaba directamente, sin aprobarse bases y sin la existencia de la publicidad adecuada en la convocatoria, considerando en todos los expedientes referidos, la omisión de requisitos o trámites esenciales, al no cumplirse en el proceso de selección del personal, los principios de igualdad mérito y capacidad así como publicidad.
- 4.- El Juzgado Contencioso Administrativo de Palencia estimó los recursos interpuestos por la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León, en todos y cada uno de los supuestos, considerando la invalidez de dichas contrataciones por ser contrarias al ordenamiento jurídico.
- 5.- Por su parte el Tribunal de Justicia de Castilla y León, desestimó los recursos interpuestos por el Ayuntamiento de Velilla del Río Carrión frente a las resoluciones dictadas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Palencia, confirmando la invalidez de dichas contrataciones.
- 6.- Que para la contratación laboral del personal al servicio del Ayuntamiento de Velilla del Río Carrión, se publicitaban anuncios en diversos lugares públicos del municipio, anuncios en los que se hacía constar cuál era el puesto de trabajo y la capacitación exigida.
- 7.- Que no consta en las actuaciones ninguna queja expresa o reclamación de ciudadanos concretos ni por la forma en la que se efectuaba la contratación, ni por el resultado de la misma.
- 8.- Que no consta que se formularse algún tipo de queja o protesta de los grupos municipales, relativa a la forma de contratación.
- 9.- Que de las personas contratadas, un número indeterminado si tenía algún tipo de vinculación con Abel o con el Partido Popular de Velilla del Río Carrión, pero también consta que algunas de las personas contratadas tenían vinculación familiar directa con algún Concejal del PSOE.
- 10.- Que para la contratación de las personas se reunía una Comisión de Selección, cuya composición no quedó bien determinada en el acto del juicio, Comisión en la que en ocasiones participaban miembros del grupo socialista.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las pruebas que han conducido a la anterior conclusión fáctica son las practicadas en el acto del juicio oral. El artículo 741 de la LECrim al referirse al momento de dictar sentencia y a los elementos probatorios en que la misma ha de basarse se remite a las pruebas practicadas en el juicio oral, recogiendo así el elemento direccional del sistema apuntado en la exposición de motivos de la misma que expresa " la idea fundamental de que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud las pruebas, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo y donde los magistrados han de formar su convicción para pronunciar su fallo. En el mismo sentido la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional en sentencias de 23 de febrero y 28 de abril de 1998 y del Tribunal Supremo en sentencias de 15 de febrero y 4 de marzo de 1991, entre muchas, que establece que los medios de prueba dignos de tal



nombre son los practicados en el juicio oral y con estricta observancia de los principios de inmediación judicial, igualdad y contradicción.

SEGUNDO .- Los hechos declarados probados no son constitutivos del delito de prevaricación administrativa penado en el art. 400 del CP , por el que ha sido acusado Abel .

TERCERO .- Antes de estudiar por qué el tribunal entiende que en la conducta desplegada por el acusado no se da el delito de prevaricación administrativa por el que fue acusado, debemos hacer referencia a las pruebas por las que consideramos probados los hechos que se constar como tal en la sentencia;

1º) Entendemos que los hechos recogidos en los apartados 1 al 10, están suficientemente documentados. A mayor abundamiento, en lo que se refiere al Informe Fiscalizador del Secretario Municipal en todos los expedientes, el mismo fue ratificado en el plenario, siendo claras las declaraciones del aludido en orden a las advertencias y reparos realizados al acusado.

2º) Por lo que se refiere a la declaración de que se hacía una contratación pública porque se publicitaba en diversos lugares del municipio, a efectos de general conocimiento, además del acusado lo puso de manifiesto el testigo Saturnino quien a pesar de decir que la elección se hacía antes de colocarse los anuncios, de su declaración se infiere que los anuncios si eran publicitados.

3º) Que la declaración de que en algunos procesos de selección participaban miembros del grupo socialista la fundamentamos en las manifestaciones realizadas en el plenario por Victoriano , concejal del grupo socialista en anteriores periodos legislativos.

CUARTO .- Una Jurisprudencia reiterada de la Sala 1ª TS (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013 de 11 de octubre (entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de **prevaricación será necesario** : 1.º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2.º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3.º) que la 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; 4.º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5.º) 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".

Ahondando en los elementos del tipo delictivo que examinamos hay que recordar que el delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el art.9.1 de la CE , que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública y por tanto también a la Local, en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho , por ello, como se recuerda en la STS de 5 de abril de 2000 que cita otra anterior núm. 1526/1999 de 2 de noviembre, "...se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular...."

Se ha de recordar que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) el servicio prioritario a los intereses generales; 2º) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (artículo 103 de la Constitución española). 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, respetando, al mismo tiempo, el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

De otro modo es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y la prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el art.62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta,



lo que revela que, para el legislador y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, **sin que sea constitutivo de delito** (STS 766/1999, de 18 de mayo). No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente. La ilegalidad penal es, pues, suplementaria de la administrativa. STS de 30 de abril de 2012 .

Descendiendo la anterior doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado el Tribunal entiende que en la conducta desarrollada por el acusado no se cumplen todos y cada uno de los requisitos del tipo penal, estudiados por la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de TS 674/1998 de 9 de junio , que hace hincapié en que el delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso administrativa en su labor genérica de control del sometimiento al de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la administración pública, en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona. La sentencia de TS 61/98 de 27 de enero dice que para la comisión del delito de prevaricación se exige que la resolución administrativa para que integre el delito de prevaricación debe calificarse de arbitraria, es decir que el acto administrativo sea contrario a la justicia, a la razón y a las leyes, dictado sólo por voluntad o el capricho. En el mismo sentido las sentencias 487/98 de 6 de abril o la 674/98 de 9 de junio .

Es evidente que el **acusado se ha saltado el procedimiento administrativo** , pero no propiamente, aplicando su sola voluntad o capricho como exige la jurisprudencia, pues por un lado y aunque fuese él quien firmaba la contratación, previamente reunía a la Comisión de Selección, de lo que existe prueba por la testifical practicada, sin que pueda decirse , que eso no era siempre así, pues tal circunstancia no se determinó de forma concreta ni referida a determinadas contrataciones de las que constan en los escritos de acusación. Resulta que en el acto del juicio declaró una persona contratada por el Ayuntamiento de Velilla del Río Carrión , que aún afirmando que la contratación era a dedo, resulta ser la esposa de un concejal del grupo socialista, declaración testifical la suya , que unida a otras prestadas en el plenario en relación con la contratación de personas afectas al grupo socialista vienen a significar que, independientemente del cúmulo de irregularidades administrativas destacadas en los hechos probados, no podemos concluir en la injusticia de tales contrataciones, pues no resulta lógico, de ser así, que se haya dilatado en el tiempo el procedimiento penal instado contra dicho alcalde.

A mayor abundamiento, la sentencia de TS de 7 de enero de 2003 al referirse al irregular ejercicio de la función pública en la comisión del delito de prevaricación, dice que éste, se comete para imponer arbitrariamente el capricho del funcionario perjudicando al ciudadano afectado, o a los intereses generales de la administración , pero también afirma, que tales circunstancias deben concurrir en un injustificado abuso de poder, abuso que propiamente entendemos que no concurre en razón a lo que venimos advirtiendo, relativo a la participación en la Comisión de selección/contratación, de concejales del grupo socialista y también en lo relativo a la contratación de personas afines a dicho grupo político.

La sentencia de TS de fecha 3 de abril de 2016 que parcialmente acabamos de transcribir, vuelve a insistir en que es requisito de la prevaricación la comisión de una injusticia, que define como una lesión a un derecho o al interés colectivo. Entendemos que la injusticia en cuestión no se produce, puesto que no se ha acreditado, la lesión de un concreto derecho en una concreta persona, y en lo que se refiere al interés colectivo, tampoco se ha acreditado que las funciones realizadas por quienes fueron contratados, hubieran sido de mejor ejecución por otras personas, en razón a su mejor titulación o experiencia. Se podrá decir que el Letrado de la Comunidad de Castilla y León, en fecha 7 de noviembre de 2016, presentó recurso ante el Juzgado Contencioso Administrativo de Palencia, o que las declaraciones que dicen de las reuniones de la comisión de contratación se refieren a años anteriores a 2015, año en que entró en vigor el Estatuto de la Función Pública, más estas declaraciones si significaron algo es que hubo reuniones de la comisión de contratación, pero sin especificar fechas, por ello debemos hacer una interpretación favorable al reo, entendiendo que habiéndose acreditado tales reuniones, no podemos en contra del acusado sostener la interpretación testifical más desfavorable para el acusado. Y, en cuanto a que la demanda por el grupo socialista se presentó en febrero de 2017, aun siendo cierto, supone que no solo con anterioridad a la entrada del en vigor del Estatuto de la Función Pública, sino también durante un período aproximado de año y medio de vigencia, no fue impugnada, sino consentida la actuación del alcalde acusado al no constar reproche en las Actas levantadas sobre reuniones de órganos municipales.

QUINTO .- Respondiendo a los argumentos de las acusaciones en el acto del juicio con los que justificaban su petición de condena, exponemos lo siguiente:



Cierto es que en razón a la declaración del Sr. Secretario del Ayuntamiento de Velilla del Río Carrión en ocho ocasiones le informó de la ilegalidad de su actuación sin que el acusado formularse reparo, más, independientemente de que tal circunstancia, por sí, y a la vista de la prueba practicada, determina la existencia de una injusticia en la forma que hemos expuesto, resulta también que ninguna información se hizo en el expediente relativo a dicha irregularidad. El Sr. Secretario dio como explicación que estaba de vacaciones, pero lógicamente algún Secretario tuvo que intervenir sustituyéndole en el expediente en cuestión, lo que conforma una situación en la que podríamos entender que ello género duda en Abel .

A mayor abundamiento resulta que, aunque Abel acudiera a los servicios jurídicos de la Diputación Provincial de Palencia para que gestionase la problemática jurídica planteada, no consta que dicho órgano advirtiese a Abel de que debería rectificar. Sí consta, sin embargo, que esta petición al servicio jurídico de la Diputación se hace a partir de la primera impugnación, pero entonces y con posteridad, tal asesoramiento sí podía haberse realizado y no se hizo. Es cierto que hubo requerimientos de la Consejería de Presidencia para que se produjera la rectificación, pero resulta, sin embargo, que no se recibió declaración al Consejero porque se renunció a su comparecencia por parte de la acusación proponente, circunstancia significativa, que pudo impedir aclarar algún extremo importante a efectos de un pronunciamiento condenatorio.

En cuanto al resto de las declaraciones testificales poco nada se puede afirmar como sustento de las acusaciones, pues uno de ellos manifiesta una mera creencia de contrataciones arbitrarias, otro, ni siquiera sabe quien decidió su contratación, Lucas , alude a que Abel le comentó que para él no había trabajo y sin embargo después fue contratado por el Ayuntamiento, otro, dijo que en el Ayuntamiento siempre trabajaban las mismas personas, pero no concretó lo injusto de tal situación, tampoco asumimos que la declaración de la actual Alcaldesa de Velilla, perteneciente al grupo socialista, aporte nada relevante a efectos de condena, incluso llegó a decir que la Corporación que presidía en el mes de junio de este año siguió un procedimiento irregular para la contratación del servicio de piscinas, aunque fuera por la premura del tiempo. Todo ello, además, lo interpretamos teniendo en cuenta también que aunque fueron testigos presentados a instancia del acusado, ninguno de ellos dijo que la Comisión de Selección/Contratación en la que participaban siempre concluía con la imposición de la voluntad por parte de Abel , al contrario, el testigo Juan Enrique manifestó expresamente en el acto del juicio que Abel nunca le impuso un nombramiento.

SEXTO .- Las costas procesales se declaran de oficio dado la absolución del acusado (art.123 CP y art. 240 LECrim).

Vistos los preceptos citados y los de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Abel del delito de prevaricación administrativa del que ha sido acusado, declarando de oficio las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá la oportuna certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos; debiendo notificarse a las partes en legal forma con la advertencia de que no es firme por cuanto cabe interponer contra ella recurso de apelación para la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Recurso que deberá interponerse ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a aquel en que se hubiera notificado dicha resolución, debiendo formalizarse conforme a lo establecido en los artículos 790 y 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 846 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal).