



Roj: **STS 817/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:817**

Id Cendoj: **28079120012015100107**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2015**

Nº de Recurso: **20222/2012**

Nº de Resolución: **152/2015**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso N° 20222/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Vista: 11/02/2015

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N° 152/2015

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil quince.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de marzo de 2012 se recibió en el Registro General de este Tribunal Supremo, Exposición Razonada que eleva el Juzgado de Instrucción n° 3 de Salamanca en el marco de las investigaciones abiertas por dicho Juzgado, mediante las diligencias previas n° 4221/2010, incoadas por denuncia de D. Roberto , en su condición de Presidente de la Asociación "Plataforma de Defensa Villamayor", contra Mercedes , Alcaldesa de la localidad de Villamayor, y Regina , Concejal de Gobierno e Interior de la referida localidad, por un presunto delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404



del CP , y por un presunto delito de nombramientos ilegales, previsto y penado en el artículo 405 del mismo texto legal .

En el momento de iniciarse las actuaciones Mercedes ostentaba la condición de Senadora, que mantuvo hasta después de dictarse Auto de apertura de juicio oral en la presente causa.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el número 3/20222/2012, por Providencia de 11 de abril de 2012 se designó Ponente para conocer de la presente causa, conforme al turno establecido, al Presidente de esta Sala Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz y se acordó la devolución de las diligencias al Juzgado remitente por falta de requisitos formales.

TERCERO.- Con fecha 17 de mayo de 2012, se recibió en el Registro General de este Tribunal Supremo Auto de inhibición del Juzgado de Instrucción nº 3 de Salamanca, de las citadas Diligencias Previas 4221/2010, remitiéndose las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual lo emitió con fecha 15 de julio de 2012.

CUARTO.- Con fecha 5 de octubre de 2012, esta Sala dictó Auto cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"1 °) Declarar la competencia respecto a la aforada Dña. Mercedes y la Concejala Dña. Regina , que no lo es, en relación con un presunto delito de prevaricación administrativa. Y, 2) Designar Instructor al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Francisco Monterde Ferrer, a quien se le comunicará dicha designación a los efectos oportunos".

QUINTO.- Mediante Auto de fecha 11 de febrero de 2013, se acordó tener por personada y parte en la causa a Eloisa , como acusación particular. Por Auto de fecha 19 de febrero de 2013, se acordó imponer a la Asociación denunciante, "Plataforma Defensa de Villamayor", representada por Roberto , en su condición de Presidente, una fianza de 3000 euros para el ejercicio de la acción popular, que fue debidamente prestada dentro de plazo.

SEXTO.- Con fecha 7 de enero de 2014, se dictó auto acordando continuar la tramitación de la causa contra ambas acusadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 780 y ss de la Lecrim , por un presunto delito previsto en el artículo 404 ó 405 del Código Penal ; dando traslado a las acusaciones para que solicitaran la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación, o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias.

Contra dicho Auto se interpuso recurso de apelación por las representaciones de Mercedes y Regina , que fue desestimado mediante Auto de 9 de mayo de 2014.

SÉPTIMO.- Por Auto del Magistrado Instructor, de fecha 5 de junio de 2014, se acordó la apertura del juicio oral contra las acusadas Mercedes y Regina .

OCTAVO.- Presentado escrito de acusación por el Ministerio Fiscal, entendió que los hechos eran constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP , siendo autoras las acusadas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, interesando imponer a cada una de ellas la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años y costas por mitad del procedimiento.

La acusación popular calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP y un delito de prevaricación continuada del artículo 405 del mismo texto legal , siendo autoras las acusadas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad; interesando imponer a la acusada Mercedes , por el delito de prevaricación continuada del artículo 405 del CP , la pena de 8 meses multa, a razón de 100 euros día, y suspensión de cargo público por tiempo de dos años; y por el delito de prevaricación del artículo 404 del CP , la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años. Respecto de la acusada Regina interesó la pena, por el delito de prevaricación continuada del artículo 405 del CP , de 8 meses multa a razón de 30 euros día, y suspensión de cargo público por tiempo de dos años; y por el delito de prevaricación del artículo 404 del CP , la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años; con condena en costas, incluidas las de la acusación.

La acusación particular en su escrito de calificación entendió que los hechos eran constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP , siendo autoras las acusadas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, interesando imponer a cada una de ellas la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años, con condena en costas, incluidas las de la acusación particular.

NOVENO.- Mercedes y Regina , en igual trámite de calificación, solicitaron su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

DÉCIMO.- La ponencia de esta sentencia se atribuyó inicialmente a quien fuera presidente de esta Sala, el Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz. Por Providencia de fecha 6 de octubre de 2014, se acordó que fuera asumida



la ponencia por el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, en esa fecha Presidente en funciones de la misma. En Auto de fecha 3 de diciembre de 2014 se hace constar que ostentará la ponencia el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, por haber tomado posesión de su cargo como Presidente de la Sala.

UNDÉCIMO.- Habiéndose señalado para el inicio de las sesiones del juicio oral el día 11 de febrero de 2015 tuvo lugar el mismo, finalizando al siguiente día. El Ministerio Fiscal, la acusación particular y las defensas, elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales; mientras que la acusación popular modificó sus conclusiones provisionales y retiró la acusación por el delito del artículo 405 del CP ; quedando el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- En agosto de 2008 la Concejalía de Gobierno, Interior y Cultura del Ayuntamiento de Villamayor (Salamanca), presidida por la acusada Regina , solicitó de la Alcaldía, ocupada por la acusada Mercedes , promover la contratación de monitores para el curso 2008-2009.

Por la Alcaldía se siguió la tramitación correspondiente, de manera que se solicitó del Secretario de la corporación local la elaboración de un informe y se promovió la oferta de empleo público, aprobando las bases para la convocatoria de un concurso de méritos en régimen laboral temporal, que se publicó en prensa y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento.

Tras la práctica de las oportunas pruebas, el Tribunal calificador, mantuvo una reunión el día 22 de septiembre de 2008. En el acta de la reunión se dejó constancia de que se había incorporado al órgano decisorio el técnico de cultura del Ayuntamiento, Indalecio , para realizar labores de asesoramiento. Se puntuó a los aspirantes y se propuso a la Alcaldía la contratación de las 15 personas (según las 15 actividades para las que se concursaba) que obtuvieron la mayor puntuación en la actividad objeto de concurso (15 en total).

El técnico nombrado emitió un informe, el día 30 de septiembre de 2008, en el que manifestó que se debían formalizar los contratos como monitores de actividades culturales para el curso 2008-2009 de las personas que se proponían en el acta del proceso selectivo, que, por cuestiones diversas, habían quedado reducidas a 9, de las 15 que eran inicialmente. Además, propuso contratar a Zaida como monitora de actividades infantiles (Taller de Psicomotricidad), por haber mayor demanda de destinatarios para esa actividad (6 grupos), que los que podía asumir la persona seleccionada en primer lugar y tras haber renunciado dos candidatas (Eloisa y Amalia) que tenían mayor puntuación.

Concretamente, el orden de los candidatos, a estos efectos, que se publicó fue el siguiente:

- 1) Carmela : 9,57 puntos.
- 2) Eloisa : 8,56 puntos.
- 3) Amalia : 6,15 puntos.
- 4) Zaida : 6,03 puntos.

No consta acreditado que la Concejal acusada, Regina , fuera la persona que le suministró al técnico, Indalecio , la información relativa a las renunciaciones de las dos candidatas citadas.

No consta probado que las renunciaciones de Eloisa y Amalia se produjeran realmente. No existe en el expediente constancia documental de las mismas.

La propuesta fue aprobada por Resolución de la Alcaldía de fecha 30 de septiembre de 2008, en la que se resolvió contratar a los 9 aspirantes seleccionados y se propuso la contratación de Zaida , si bien no consta en autos el contrato finalmente celebrado al efecto respecto de esta última.

SEGUNDO.- En fecha 29 de octubre de 2008, la Concejal acusada, Regina , elevó propuesta a la Alcaldía, solicitando la aprobación del expediente de nómina correspondiente al mes de octubre de 2008, que incluía a los nueve aspirantes propuestos y contratados, a Zaida y, además, a Ofelia .

En el caso de Ofelia constaba contratada como monitora de cultura del Ayuntamiento, sin que hubiera participado en el concurso de méritos. El contrato de esta trabajadora es de fecha 7 de octubre de 2008, está firmado por la Alcaldesa y no obran informes negativos sobre su contratación. La categoría que se le atribuyó en el contrato fue la de "monitora de técnicas de estudio»; no obstante lo cual, la trabajadora prestó sus servicios en la Escuela Municipal de Música y Danza, ocupándose de temas administrativos.

Por la Concejalía de Cultura se formuló informe para promover la contratación de profesores de música para la Escuela Municipal de Música y Danza en el mes de septiembre del año 2008, convocándose un proceso selectivo, pero no se ofertaron plazas administrativas y Ofelia no participó tampoco en este concurso.



No consta acreditado que la acusada Regina conociera estas circunstancias cuando elevó a la Alcaldía la propuesta solicitando la aprobación del expediente de nómina correspondiente al mes de octubre de 2008.

Tampoco ha quedado acreditado que la Alcaldesa, Mercedes, tuviere conocimiento de las circunstancias referidas a Ofelia cuando celebró el contrato de 7 de octubre de 2008.

TERCERO.- Previamente a la propuesta emitida por la Concejala Regina, el día 28 de octubre de 2008, se había emitido Informe fiscalizador por el Interventor del Ayuntamiento, Adriano, del que no consta que se diera traslado a la referida Concejala.

El documento tiene tres apartados diferenciados: Relación de hechos, Fundamentos Jurídicos y Conclusiones.

En el apartado relativo a los hechos, se expone la situación de la trabajadora Ofelia, de la que se indica que figura incluida en la nómina del mes de octubre y que suscribió un contrato de duración laboral determinada con el Ayuntamiento en fecha 7 de octubre de 2008; pero, sin embargo, no aparece incluida en la relación de personas que recogió el Tribunal calificador en su propuesta de contratación de fecha 22 de septiembre de 2008. En el citado informe de intervención, además, se mencionan los principios constitucionales que han de regir y estar presentes en toda contratación de personal en las Administraciones, se indica que "los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (procedimiento selectivo) deben de reputarse -sic-nulos de pleno derecho» y también que las funciones a desarrollar por el personal deben ajustarse a las previstas en su contrato, así como que el Pleno es el órgano competente para crear nuevas plazas. Efectuadas estas consideraciones, el informe descende al caso concreto y expone y valora la retribución de la trabajadora, considerándola excesiva para las funciones que realiza.

En los Fundamentos Jurídicos se recoge la normativa aplicada: artículo 91.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y artículo 11.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

Por último, en las Conclusiones del informe, se indica:

"A la vista de los antecedentes y fundamentos jurídicos expuestos, esta Intervención FORMULA:

Reparo al acto de reconocimiento de las obligaciones económicas derivadas de la nómina de octubre de Doña. Ofelia, con los efectos previstos en los artículos 216.2 y 217 del TRLHL, debiéndose dar cuenta al Pleno de la resolución de este reparo conforme dispone el artículo 218 del TRLHL, entendiéndose reparados con idénticos efectos cuantas nóminas posteriores se aprueben bajo el supuesto de hecho referido en este informe.

Es cuanto se debe informar a la Corporación, manifestando expresamente la no valoración de las circunstancias de oportunidad y necesidad del gasto que motivan este informe, recordando la necesidad de que se regularice la situación expuesta".

Igualmente, en el citado informe consta la firma de la Alcaldesa bajo la mención "He recibido", por lo que tuvo conocimiento del mismo.

Posteriormente, Mercedes dictó Decreto, con fecha 29 de octubre de 2008, en el que aprobó el expediente de nómina correspondiente al mes de octubre de 2008. Este Decreto fue también firmado por el Secretario (Casimiro) y el Interventor del Ayuntamiento (el ya citado Adriano).

CUARTO.- En los meses de noviembre, diciembre de 2008 y enero de 2009, la nómina de Ofelia continuó incluyéndose en la propuesta de gastos remitida por la Concejalía y fue aprobada en todos los casos por la Alcaldía.

El 22 de enero de 2009, el Interventor presentó informe solicitando que, con la finalidad de asimilar las retribuciones del personal laboral temporal de la Escuela Municipal de Música, que desempeña funciones diferentes a la enseñanza musical, con las del personal del Ayuntamiento de naturaleza auxiliar o administrativa, se debían realizar modificaciones contractuales, entre las que se encontraba la relativa a las retribuciones de Ofelia, que debían asimilarse a las de un puesto de funcionario "auxiliar administrativo" del Ayuntamiento. Esta propuesta de modificación fue aprobada por Decreto de la Alcaldía, de fecha 23 de enero de 2009. El 31 de enero de 2009, se notificó a Ofelia la modificación y, desde ese momento, pasó a prestar sus servicios como auxiliar administrativa y se le redujeron sus retribuciones. En el mes de julio, se amplió su horario de 20 a 25 horas semanales.

QUINTO.- Zaida trabajó durante todo el curso escolar 2008-2009 como monitora en el Ayuntamiento.

SEXTO.- No ha quedado acreditado que las dos acusadas actuaran en connivencia, conforme a un plan preconcebido, con la finalidad de contratar a las referidas trabajadoras, Ofelia y Zaida, con inobservancia de los procedimientos legalmente establecidos.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. En general

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

En primer lugar, la totalidad de las actuaciones administrativas que han sido declaradas probadas en el factum resultan de los testimonios de los correspondientes expedientes administrativos y demás documentos unidos a autos.

En efecto, no ha sido objeto de discusión entre las partes la realidad de la convocatoria de un proceso selectivo de monitores de cultura en el Ayuntamiento de Villamayor (Salamanca), así como la tramitación seguida en el mismo. Pero surgen discrepancias en relación con la contratación de dos personas. Se trata de Zaida y Ofelia .

2. Contratación de Zaida

Respecto a la contratación de Zaida , consta en autos la propuesta de su contratación, aprobada por la acusada Mercedes , mediante Resolución de 30 de septiembre de 2008 (Folio 189, Tomo I). La misma se sustenta en un informe del técnico de cultura, Indalecio (Folio 188, Tomo I), que expone las necesidades del servicio y la renuncia de dos aspirantes con mayor nota que Zaida , y propone que ésta sea contratada. Este informe aparece debidamente aportado a las actuaciones y fue ratificado en el acto del juicio por el técnico que lo realizó.

No consta probado, sin embargo, en autos que dichas renunciaciones se hubieran producido realmente. Las afectadas negaron este hecho en el juicio oral y no existe constancia documental en el oportuno expediente.

Las testificales practicadas en el juicio se han centrado en las distintas modalidades de renuncia. Varias testigos declararon que no se exigía que fueran por escrito, sino que se podían efectuar verbalmente, incluso por teléfono. No obstante, como precisó la técnico del Ayuntamiento, Lucía , lo relevante no es la forma en que las renunciaciones pudieran realizarse, sino la necesidad de que, una vez realizadas, se documentaran e incorporaran al expediente, lo que no ocurrió en el caso que nos ocupa.

No se puede estimar probado que fuera la acusada Regina quien le dijera al técnico Indalecio , que se habían producido las renunciaciones. La citada ha negado rotundamente este extremo y sostiene que no se enteró de las renunciaciones hasta el año 2010, puesto que no vio el listado de los seleccionados; y reconoce que no verificó si estaban documentadas en el expediente y que sabía que podían hacerse verbalmente. Explicó que solo había hablado con el técnico para comunicarle que había presupuesto suficiente para cubrir otra plaza de técnico de psicomotricidad. Añadió, de forma clara y categórica, que no habló con la Alcaldesa de esta situación.

La declaración de Indalecio no resultó concluyente en este punto, sino que adoleció de falta de precisión; ya que no afirmó de modo rotundo que fuera la acusada quien le suministrara la información, sino que, según sus explicaciones, parecía que alcanzó esta conclusión simplemente descartando que otras personas pudieran habérselo dicho, dado que con quien mantenía una mayor relación laboral era con la Concejala.

En lo que se refiere a otros testigos, el Secretario Casimiro , dijo que no sabía nada de las renunciaciones, pues no intervino en el procedimiento y que esta materia era competencia de la Alcaldesa. Por su parte, Zaida confirmó en su declaración que no fue la Concejala Regina quien la llamó para comunicarle que le había correspondido una plaza.

Tampoco puede inferirse que Mercedes conociera que tales renunciaciones no se habían producido cuando dictó la Resolución de 30 de septiembre de 2008. En su declaración manifestó que no comprobó el expediente sino que dictó el Decreto sobre la base del informe mencionado, confiando en que éste respondía a la realidad y que el técnico había realizado las comprobaciones precisas, así como que si hubiera apreciado, en su caso, alguna anomalía, la habría hecho constar en el documento. En defecto de constancia escrita, tampoco existe en autos otra prueba de la que se pueda inferir que la citada tenía conocimiento de la existencia de las renunciaciones.

3. Contratación de Ofelia

3.1. En segundo lugar, consta probado que Ofelia fue contratada por la Alcaldesa, Mercedes , en fecha 7 de octubre de 2008 (Folios 134 y 135 del Tomo I). En el contrato figura la categoría profesional de "monitora de estudio", a pesar de no haber participado en el proceso de selección de monitores y de que su trabajo iba a realizarse en la escuela municipal de música, desarrollando funciones administrativas.

Esta acusada reconoció su firma en el documento en el acto del plenario.



No consta acreditado, sin embargo, con base en la prueba practicada -documental, declaración de las partes y testifical-, que la Alcaldesa, en el momento de la contratación, fuera conocedora de las irregularidades descritas.

Hemos de señalar, en primer lugar, que la contratación de una persona con funciones de administración en la Escuela de Música se inició a instancia de la acusada Regina . Según ha reconocido la citada en el plenario -en una declaración que puede calificarse como clara y contundente y sin contradicciones-, cuando comprobó que no había nadie que pudiera ocuparse de la gestión de las matriculas en la Escuela, lo puso en conocimiento del Secretario, que se hizo cargo de los trámites para cubrir esa plaza. Explicó que nunca pidió que la persona contratada fuera Ofelia , a quien conocía, pero con quien no mantenía una relación de amistad; no obstante lo cual, en un encuentro casual le informó de que la plaza iba a salir, pues sabía que anteriormente había ocupado dicho puesto. La Concejala afirmó, con total convicción, que desconocía cómo se tramitó la cobertura de esa plaza, pues después de hablar con el Secretario no intervino en la contratación y no trató con la Alcaldesa esa cuestión.

Preguntado por este extremo en el acto del juicio, en el que declaró como testigo, Casimiro (Secretario) no aportó ningún dato relevante, pues se limitó a afirmar que no recordaba haber hablado con la concejala de esta cuestión.

La Alcaldesa Mercedes , en segundo lugar, negó cualquier interés personal en contratar a Ofelia . Explicó, en una declaración rotunda y sin ambigüedades, el funcionamiento del Ayuntamiento, detallando que los contratos del personal se redactaban en una gestoría, eran visados por los órganos técnicos del Ayuntamiento y finalmente pasaban a su firma. Concretamente en el caso de Ofelia , indicó que le fue presentado el contrato junto con otros muchos (hasta 40 más, afirmó). En consecuencia, manifestó que no comprobó la legalidad de cada contrato, aclarando que considera que no es su obligación (al estar ya revisados), de forma que cuando firmó la contratación de Ofelia , desconocía que hubieran existido irregularidades; habida cuenta, además, de que el contrato no venía acompañado de informe negativo alguno.

Pese a que el Secretario, Sr. Casimiro , sostuvo que su firma servía únicamente para dar fe de las resoluciones que firmaba la Alcaldesa, que no informaba sobre la legalidad y no revisaba los contratos, buena parte de los testigos que declararon en el acto del juicio corroboraron el funcionamiento del Ayuntamiento que describió la acusada en este punto.

Así, el Interventor Adriano admitió que el control de la legalidad de los contratos era competencia suya y del Secretario, Sr. Casimiro ; y que los documentos eran visados por los órganos técnicos del Consistorio. Lo que ratificó la Interventora actual del Ayuntamiento, Miriam . Por su parte, la técnico del Ayuntamiento Lucía , corroboró que los documentos, una vez elaborados, se pasaban a la firma de la Alcaldesa, que en ocasiones los firmaba en el acto, en presencia del personal, y otras veces lo hacía en un momento posterior.

Finalmente, en tercer lugar, la trabajadora contratada, Ofelia , reconoció en el plenario que no tenía amistad con las acusadas y que la conversación que mantuvo con la Concejala fue en un encuentro casual en la calle.

3.2. En conclusión, las declaraciones de las coacusadas han resultado creíbles para esta Sala. La Concejala acusada, Regina , de forma concluyente y sin vacilaciones, ha explicado los motivos que le llevaron a solicitar que se cubriera una plaza administrativa en la escuela de música y que no comentó esta situación con la Alcaldesa, sino con el Secretario. A partir de ello resulta creíble que Mercedes , cuando firmó el contrato, no era conocedora de las irregularidades habidas en la selección de la trabajadora; quien además no tenía relación de amistad con ninguna de las acusadas, según la misma ha reconocido en su manifestación.

Por su parte, la Alcaldesa Mercedes ha expuesto, también con detalle y sin vacilaciones, cómo funcionaba el Ayuntamiento, resultando corroborada su declaración, en los aspectos más relevantes, por buena parte de los testigos que testimoniaron en el acto del juicio y que eran conocedores de la dinámica de funcionamiento, como es el caso de los dos Interventores y la técnico del Ayuntamiento. Por tanto, no puede calificarse de exenta de credibilidad la explicación que suministró la acusada, según la cual el contrato fue puesto para su firma junto con otros muchos y, confiando en el buen hacer del personal y por no considerarlo de su competencia, no cotejó cada contrato con su expediente correspondiente para verificar que todos los requisitos habían sido observados. No hay prueba en este sentido que desvirtúe o deje sin efecto estas afirmaciones de la Alcaldesa, quien no tenía, por otro lado, relación de amistad con la persona contratada.

La documentación obrante en autos prueba, además, que la Alcaldesa, Mercedes , no participó en el proceso de selección de los monitores del Ayuntamiento. En definitiva, no se puede considerar acreditado que la acusada conociera las irregularidades existentes cuando firmó el contrato con Ofelia .



3.3. Por otra parte, queda también probado que la Concejala acusada, Regina , elevó propuesta de aprobación de gastos del mes de octubre de 2008, en la que se incluía la nómina de Ofelia (Folios 332 a 335 del Tomo II). Así consta documentado y es reconocido por la acusada en el plenario.

Sin embargo, no se acredita que cuando la citada firmó y elevó la propuesta referida, tuviera conocimiento de que se hubiera incluido la nómina de una trabajadora contratada sin haber participado y superado el proceso de selección correspondiente.

Según declaró la acusada en el juicio oral, su intervención en la contratación de Ofelia se redujo a la comunicación que hizo al Secretario, expuesta anteriormente, sobre la falta de una plaza. En lo que se refiere a la propuesta de gasto, explicó que este documento viene ya redactado de Intervención, limitándose ella a firmarlo, sin verificar su contenido, pues no cotejó el documento con cada uno de los expedientes de contratación tramitados. La propuesta, después de firmada volvió a pasar por Intervención, y, por último, se dio traslado a la Alcaldesa para su aprobación. Además, añadió que no tenía conocimiento del Informe fiscalizador de 28 de octubre de 2008, emitido por el Interventor del Ayuntamiento, Adriano , en el que formulaba reparo sobre la propuesta. Este extremo es ratificado por el propio Sr. Adriano , quien en su declaración en el juicio oral indicó que dio traslado de dicho informe únicamente a la Alcaldesa y no a los Concejales.

La coacusada Mercedes señaló que la propuesta de gasto es un documento obligatorio para que pueda procederse al pago y que es elaborado por los técnicos, quedando incorporado al expediente. Aclaró, con total firmeza, que no se trataba de una propuesta personal de la Concejala a la Alcaldía, redactada materialmente por ella, aunque figurara su firma en el documento.

El Interventor Sr. Adriano corroboró que la propuesta era un modelo tipo, que se rellenaba por una administrativa del Ayuntamiento, pasaba a la firma de la Concejala y luego a fiscalización. En el caso concreto, cuando se pasó a Intervención, se detectó el error respecto de la nómina de Ofelia y se hizo el reparo. En el mismo sentido, la testigo Miriam (Interventora actual del Ayuntamiento), ratificó la tramitación descrita por la Concejala, explicando que la propuesta era un formato tipo, en el que, salvo que concurriera alguna circunstancia especial, un administrativo rellenaba los datos correspondientes a cada trabajador, pasando después a la concejalía correspondiente, una vez ya completados, para su firma.

En definitiva, examinado el documento suscrito por la acusada (que adquiere la forma de mera propuesta), su propia declaración, la de la coacusada y la de los testigos sobre la tramitación seguida en el Ayuntamiento, esta Sala considera que estamos ante una resolución de mero trámite -necesaria para la aprobación final de las nóminas y los gastos-, siendo plausible que Regina firmara el documento sin verificar o cotejar cada uno de los datos que contenía y que, por tanto, desconociera las irregularidades que pudieran existir. Habida cuenta de que con su proceder no estaba ejerciendo ninguna función decisoria, así como que el documento cuando se pasaba a su firma estaba ya cumplimentado y después volvía a pasar por Intervención, donde sería nuevamente revisado.

3.4. Igualmente, ha quedado acreditado que el Interventor Adriano , había emitido Informe fiscalizador formulando reparo al reconocimiento de las obligaciones económicas de Ofelia (Folios 262 a 264, Tomo I); y, no obstante, la Alcaldesa Mercedes aprobó la propuesta de gastos mediante Decreto dictado en fecha 29 de octubre de 2008 (Folios 339 a 343, Tomo II). Además, consta que se pagaron todas las nóminas, incluida la de la citada trabajadora y que así se procedió en el mes de octubre de 2008 y en los siguientes hasta que, en enero de 2009, se modificó el contrato.

Estos hechos se acreditan documentalmente, sin que haya sido objeto de discusión entre las partes la presentación del informe de reparo por el Interventor y la aprobación de la propuesta de gasto por la Alcaldesa, surgiendo las discrepancias cuando se interpreta el contenido y alcance del citado informe.

Nos encontramos con una cuestión especialmente relevante, pues el informe de reparo es un elemento fundamental para valorar la conducta posterior de la acusada Mercedes , cuando firmó el Decreto de 29 de octubre de 2008.

Examinado el referido informe se evidencia que su contenido presenta cierta ambigüedad, no pudiendo ser considerado, a juicio de esta Sala, como un documento taxativo que indique sin lugar a dudas la nulidad de la contratación de Ofelia , con exclusión de la posibilidad de subsanación de la misma.

Como hemos declarado probado, el documento tiene tres apartados diferenciados: Relación de hechos, Fundamentos Jurídicos y Conclusiones.

En el apartado relativo a los hechos, se expone la situación de la trabajadora Ofelia , de la que se indica que figura incluida en la nómina del mes de octubre y que suscribió un contrato de duración laboral determinada con el Ayuntamiento en fecha 7 de octubre de 2008; pero, sin embargo, no aparece incluida en la relación



de personas que recogió el Tribunal calificador en su propuesta de contratación de fecha 22 de septiembre de 2008. En el citado informe de intervención, además, se mencionan los principios constitucionales que han de regir y estar presentes en toda contratación de personal en las Administraciones, se indica que "los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (procedimiento selectivo) deben de reputarse -sic-nulos de pleno derecho» y también que las funciones a desarrollar por el personal deben ajustarse a las previstas en su contrato, así como que el Pleno es el órgano competente para crear nuevas plazas. Efectuadas estas consideraciones, el informe desciende al caso concreto y expone y valora la retribución de la trabajadora, considerándola excesiva para las funciones que realiza.

En los Fundamentos Jurídicos se recoge la normativa aplicada: artículo 91.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y artículo 11.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

Por último, en las Conclusiones del informe, se indica:

"A la vista de los antecedentes y fundamentos jurídicos expuestos, esta Intervención FORMULA:

Reparo al acto de reconocimiento de las obligaciones económicas derivadas de la nómina de octubre de Doña. Ofelia, con los efectos previstos en los artículos 216.2 y 217 del TRLHL, debiéndose dar cuenta al Pleno de la resolución de este reparo conforme dispone el artículo 218 del TRLHL, entendiéndose reparados con idénticos efectos cuantas nóminas posteriores se aprueben bajo el supuesto de hecho referido en este informe.

Es cuanto se debe informar a la Corporación, manifestando expresamente la no valoración de las circunstancias de oportunidad y necesidad del gasto que motivan este informe, recordando la necesidad de que se regularice la situación expuesta".

Así pues, la primera valoración que puede realizarse de este informe es, como ya se apuntó, que no es taxativo, en cuanto no dice expresamente que el contrato sea nulo y que deba dejarse sin efecto, no siendo susceptible de ser subsanado.

Respecto a los artículos mencionados en las conclusiones del informe, el artículo 216.2 del TRLHL (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) regula la suspensión de la tramitación del expediente hasta que el reparo sea solventado en los casos que contempla el referido precepto, entre los cuales se encuentra el relativo a la omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.

El artículo 217 del citado texto legal contempla el supuesto de que el órgano a que afecte el reparo no esté de acuerdo con éste, en cuyo caso corresponderá al presidente de la entidad local resolver la discrepancia, siendo su resolución ejecutiva, y sin que pueda delegar esa facultad. Añade que corresponderá al Pleno la resolución de las discrepancias cuando, entre otros casos, los reparos se refieran a obligaciones o gastos cuya aprobación sea de su competencia.

Por último el artículo 218 establece la obligación del órgano interventor de elevar informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el presidente de la entidad local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos; lo que constituirá un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria, y pudiendo el Presidente de la Corporación presentar en el Pleno informe justificativo de su actuación.

En relación con estos artículos cabe decir que examinada la actuación de Mercedes, la misma no suspendió la tramitación del expediente en ningún momento, como indica el artículo 216.2 citado. Si bien es cierto que resolvió inmediatamente la discrepancia, levantando el reparo y ordenando el pago de las nóminas, sin que, de conformidad con el artículo 217 del TRLHL, fuera obligatorio dar cuenta al Pleno en ese momento, pues según indicó el propio Interventor en la contestación a la última pregunta que se le formuló en el plenario, concretamente por la defensa de la acusada Regina, se trataba de un gasto cuya aprobación correspondía a la Alcaldesa. Finalmente, no consta que el Interventor elevará informe al Pleno en relación con la resolución adoptada por la Alcaldesa, pese a ser contraria a su informe, tal y como prevé el artículo 218 del TRLHL, ya mencionado.

Junto al contenido del documento expuesto han de tenerse en cuenta las declaraciones de las acusadas y testigos efectuadas en el plenario.

Mercedes, en relación con los hechos que le eran imputados, manifestó que mantuvo conversaciones con el Interventor, con quien en aquel tiempo tenía una relación de absoluta confianza, incidiendo en que éste le dijo que el contrato estaba mal hecho, que se estaba pagando de más a la trabajadora y que había que modificarlo. Añadió que no llegó a tener una copia del informe de reparo debido a que su trabajo se basaba en una relación de comunicación constante con el Interventor y que ni siquiera recordaba haber leído el informe, aunque figure



su firma. Explicó que siempre entendió que se había producido un error en la contratación de Ofelia y que debía ser subsanado, pero no apreció en ningún caso que debiera declararse nulo el contrato. Incidió en que el informe que obra en autos es una copia compulsada de fecha 10 de diciembre de 2008. Manifestó también que, ante su actuación de aprobar la propuesta de gasto, ni el Interventor ni el Secretario formularon informe de discrepancia, sino que, contrariamente, figura la firma de ambos en el Decreto de aprobación.

Por su parte, el Interventor Sr. Adriano, cuya declaración era esencial en esta cuestión, manifestó que sus informes no son vinculantes, y precisamente por ello la Alcaldesa pudo levantar el reparo y ordenar el pago de las nóminas. Explicó además, que lo que se repara es la propuesta de pago de las nóminas, no el contrato, que ni tan siquiera estaba aportado junto a dicha propuesta; por lo tanto no se estaba fiscalizando el contrato, sino la nómina. Así, una vez comprobado que constaba en la propuesta una trabajadora que no figuraba en el acta de aspirantes seleccionados, formuló el reparo al pago de su nómina, que además era superior a la que le correspondería percibir por las funciones realizadas y, según explicó, en ese momento finalizó su obligación de intervenir en ese procedimiento.

Afirmó, no obstante, que consideraba que el contrato era nulo de pleno derecho y que debía haberse excluido el pago de la nómina de Ofelia; pero que, en cualquier caso, su obligación era únicamente formular el informe ya referido y no realizar cualquier otra actuación posterior, aun cuando la Alcaldesa hubiera levantado el reparo y procedido al pago de la nómina y no hubiera declarado la nulidad contractual. Respecto al informe de modificación que realizó en el mes de enero de 2009, explicó esta actuación diciendo que se le pidió que ajustara las retribuciones y fue simplemente lo que procedió a realizar.

Aclaró que había comentado previamente el informe con la Alcaldesa, pero, a juicio de esta Sala, no expresó con claridad qué fue lo que le manifestó, porque solo dice que ella dio orden de seguir adelante con el pago de las nóminas. También señaló que siempre efectuaba, al menos, dos copias de sus informes -una para el expediente y otra para él mismo- y que así procedió y que, incluso, en algunos casos realizaba una tercera para el interesado, en este caso la Alcaldesa, aunque no recordaba si lo hizo así; pero de cualquier modo la Alcaldesa conocía el informe. Dijo que, según recordaba, aunque no podía afirmarlo con seguridad, le entregaron el informe a la Alcaldesa en la misma fecha que consta en él (28 de octubre de 2008) y que ella lo firmó. Además, indicó que no era obligatorio que el Secretario formulara informe.

Con respecto al cumplimiento del artículo 218 del TRLHL, relativo a la obligación de informar al Pleno, en el caso de que se realicen actos contrarios al reparo, manifestó que la ley no dice ni cómo ni cuándo debe elevarse al pleno esta cuestión; que, en cualquier caso, era la Alcaldesa quien fijaba el orden del día de los Plenos; y que no lo incluyó en ningún momento, por lo que no se llegó a tratar este tema en el órgano plenario.

En definitiva, reconoce que mantuvo conversaciones con la Alcaldesa, aunque no especifica con detalle su contenido; que no efectuó nuevos informes de reparo, porque consideró que no eran necesarios; que tuvo una actitud que se puede calificar de cierta pasividad después del informe, porque ya había cumplido con su obligación; y que después modificó el contrato porque le pidieron que ajustara los salarios.

Por su parte, el Secretario Sr. Casimiro no aportó datos relevantes sobre los hechos porque su declaración fue algo ambigua. En un primer momento dijo que el reparo fue a Pleno, si bien después lo puso en duda; explicó que no emitió ningún informe de legalidad sobre el reparo y que creyó entender que la situación se había solucionado, cuando se modificó el contrato en el mes de enero del año 2009, pero aclaró que se trataba de una apreciación personal.

3.5. A la vista de lo expuesto, esta Sala considera que el informe de reparo (que consta documentalmente y su contenido no ha sido impugnado, por lo que ha de estarse al mismo, con independencia de que obre una copia compulsada en las actuaciones, lo que no le resta valor probatorio), presenta cierta confusión, puesto que se tratan cuestiones de índole jurídica y económica. Es decir, en el apartado relativo a los hechos se insinúa la posible nulidad de la contratación por inobservancia del procedimiento (cuestión jurídica) -haciendo mención expresa a la inobservancia de las normas del procedimiento selectivo-, así como la retribución superior a la que corresponde a la trabajadora por las funciones que efectivamente realiza (cuestión económica); si bien en las conclusiones se formula reparo al pago de la nómina y se recuerda la necesidad de regularizar la situación expuesta, pero no se hace ya ninguna mención a la cuestión jurídica, esto es, a la posible nulidad contractual.

Igualmente, en el citado informe consta la firma de la Alcaldesa bajo la mención "He recibido", por lo que esta Sala concluye que tuvo conocimiento del mismo.

Así mismo, en cuanto a las conversaciones previas al informe mantenidas entre la Alcaldesa y el Interventor, cuya existencia ambas partes admiten, debe señalarse que, apreciadas en el plenario las declaraciones de ambos sobre este extremo, la Alcaldesa es contundente y expresa, en más de una ocasión durante su intervención, con total convicción, que el Interventor le dijo que el contrato estaba mal, que el salario era



excesivo, que había que subsanarlo y que iban a arreglarlo. Por el contrario la declaración del Interventor es menos nítida en este extremo: no afirma de modo expreso en ningún momento que le dijera a la Alcaldesa que el contrato era nulo; indicó en su declaración que él entendía que lo correcto hubiera sido suspender la nómina y que era un error su aprobación, pero no afirmó que hubiera efectuado estas manifestaciones a la Alcaldesa.

El Interventor explicó el contenido del documento: no está fiscalizando el contrato, del que ni siquiera se dispone, sino que se está únicamente formulando reparo al pago de la nómina. En consonancia con esta explicación, señaló que, una vez formulado el informe de reparo al pago de la nómina, no realizó ninguna otra actuación posterior, puesto que entendía que su intervención finalizaba con ese informe. De esta forma, aunque llegó a afirmar que siempre entendió que el contrato era nulo, ni formuló informe de discrepancia cuando la Alcaldesa actuó en contrario, ni se opuso a efectuar informe de modificación para ajustar las retribuciones.

En consecuencia, resulta verosímil para esta Sala 1ª declaración de Mercedes, sin perjuicio de que el Interventor realmente entendiera que, además del desajuste salarial existente, el contrato era nulo, pero no se acredita que le hiciera esta afirmación a la acusada; y, por el contrario, sí se entiende probado que su conversación se centró en la cuestión del excesivo salario que la trabajadora recibía y que el mismo debía ajustarse.

Entiende esta Sala que el contenido del informe, unido a las conversaciones previas de las partes y a la posterior actuación del Interventor, pueden dar lugar a interpretaciones erróneas, como que la situación contractual de la trabajadora Ofelia era subsanable y que bastaba con modificar el contrato y ajustar el salario. La Alcaldesa manifestó que así lo entendió, en una declaración, como ya se apuntó, convincente y categórica, que lejos de quedar desvirtuada por las declaraciones del Interventor y el Secretario, es en cierto modo confirmada por ellos; pues el primero incidió en su declaración en el carácter económico del documento y, por su parte, el segundo señaló que también él entendió que la situación se había subsanado posteriormente, cuando se modificó el contrato en el mes de enero de 2009.

En definitiva, no puede tenerse por acreditado que cuando Mercedes aprobó la propuesta de gastos, mediante Decreto dictado en fecha 29 de octubre de 2008, tuviera conocimiento de que el contrato era irregular.

4. Ausencia de prueba de concierto entre las acusadas

No ha quedado acreditado que las acusadas hubieran actuado en connivencia, conforme a un plan inicialmente trazado, que tuviera como finalidad la contratación de las dos personas reiteradamente mencionadas a lo largo de esta resolución, eludiendo o infringiendo el procedimiento legalmente establecido.

Respecto a las renunciaciones de Eloisa y Amalia, no queda acreditado que fuera Regina quien suministrara esta información al técnico; sin que exista prueba alguna que pudiera fundamentar que las dos acusadas se concertaron previamente para ocultar o falsear información relativa a las renunciaciones.

La acusada Regina ha manifestado, sin mostrar ningún tipo de duda sobre esta cuestión, que no informó a la Alcaldesa de la necesidad de la plaza para gestionar las matriculas, sino que sólo se lo comunicó al Secretario, quien no lo recuerda, pero tampoco lo niega. Por su parte, Mercedes desmintió rotundamente haber hablado con la coacusada de la contratación de Ofelia en el año 2008; y añade que solo se planteó esta cuestión en el año 2010, después de la denuncia.

En cuanto al informe de reparo, el interventor admitió que sólo lo comentó y le dio traslado a la Alcaldesa y no a la Concejala, que, según manifiesta en su declaración, no conoció su existencia hasta el mes de noviembre de 2008.

No se acredita tampoco una relación de amistad de las coacusadas con las trabajadoras beneficiadas, según las mismas admiten, ni por el contrario, enfrentamiento de alguna clase con las que pudieran haber resultado perjudicadas; esto es, con las dos aspirantes que supuestamente renunciaron a su plaza.

En conclusión, no hay prueba que fundamente la existencia de un plan ideado de antemano por las acusadas, que tuviera como finalidad contratar a Ofelia y Zaida, eludiendo todos o algunos de los cauces legalmente establecidos. No se prueban contactos entre las coacusadas en los trámites esenciales del procedimiento, ni se acredita relación de las mismas con las trabajadoras, más allá del conocimiento propio de una localidad reducida, ni se evidencia un interés concreto en tales contrataciones por parte de las acusadas.

SEGUNDO.- Calificación jurídica de los hechos

1. En general

El Ministerio Fiscal y las acusaciones han calificado los hechos como 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.

Como decíamos en la STS 18/2014, de 23 de enero, con cita 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 CE). 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 -SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 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.

2. Mercedes

1. Centrándonos en primer lugar en la acusada Mercedes, según se infiere de los hechos que hemos declarado probados, hay tres resoluciones que podrían subsumirse en el tipo penal invocado por las acusaciones:

- 1) Resolución de la Alcaldía de fecha 30 de septiembre de 2008, en la que se resuelve contratar a los 9 aspirantes seleccionados y se propone la contratación de Zaida .
- 2) Contrato de fecha 7 de octubre de 2008, referido a Ofelia .
- 3) Decreto con fecha 29 de octubre de 2008, en el que aprobó el expediente de nómina correspondiente al mes de octubre de 2008.

Decía esta Sala de lo Penal, en su STS 787/2013, de 23 de octubre, en la misma línea interpretativa que otras muchas, que el concepto de resolución administrativa no está sujeto 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 (vgr los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva.

Y decíamos, respecto de la arbitrariedad, en la STS 743/2013, de 11 de octubre, 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.

Partiendo de estos criterios jurisprudenciales, podemos alcanzar las siguientes conclusiones.



1) En relación con la Resolución de 30 de septiembre de 2008 estamos ante un acto administrativo, que además es objetivamente arbitrario.

Nos encontramos ante un acto que aprueba una propuesta de contratación, por lo tanto, un acto decisorio de la Administración, que ampara una situación en la que se ha prescindido del procedimiento establecido en la ley: Zaida había participado en la convocatoria de monitores del Ayuntamiento de Villamayor, si bien, como ya se dijo, se creó una segunda plaza de técnico de psicomotricidad que no había sido inicialmente ofertada y se le asignó a la citada Zaida, que ocupaba el cuarto lugar según la puntuación obtenida, justificando esta atribución en que las dos aspirantes anteriores habían renunciado a la plaza; pero no constan las renunciaciones en el expediente y las interesadas niegan haberlas emitido.

En este punto, cabe señalar que cuando se trata de infracciones del procedimiento, decíamos en la STS 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.

En este sentido, como recordábamos en la 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, 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.

2) En lo que se refiere al contrato de fecha 7 de octubre de 2008, no hay duda de que estamos ante un acto administrativo, que también es arbitrario, puesto que ampara una situación en la que se había prescindido del procedimiento establecido en la ley.

Según se infiere de los hechos que hemos declarado probados, el contrato se celebró, pese a que se había omitido la observancia del procedimiento establecido, ya que la trabajadora Ofelia no se había presentado al proceso de selección de monitores de cultura, y por tanto, no había superado el mismo, y no obstante, fue contratada. El contrato, además, se hizo con la categoría de monitoría de estudio, pese a que la persona contratada iba a desempeñar sus funciones como auxiliar administrativa en la escuela de música, por lo tanto, ocupando una plaza que ni tan siquiera había sido convocada, lo que además motivó que se le fijara un salario superior al que correspondía a las funciones reales o efectivas que realizaba.

Aquí, según lo ya expuesto, se incumplió absolutamente la tramitación establecida para acceder a los puestos de trabajo ofertados por el Ayuntamiento y se contrató a una persona que no había participado en el proceso selectivo y para una plaza que no había sido ofertada, vulnerando con ello de manera evidente los principios de legalidad, igualdad y publicidad que han de estar presentes en la actuación de la Administración.

3) Por último, en lo que se refiere al Decreto de 29 de octubre de 2008, estamos también ante una resolución administrativa e injusta.

En efecto, es una resolución administrativa subsumible en el artículo 404 del CP, porque aprueba el correspondiente documento contable y permite finalmente el pago al que el servicio de Intervención se opone. No estamos pues, en consecuencia, ante un acto de mero trámite.

Es además una resolución arbitraria. Por medio de este acto, pese a que consta un informe de reparo, en el que se señala que la trabajadora Ofelia no figura en el acta de las candidatas seleccionadas y que la cantidad que se le paga es más elevada que la corresponde a sus funciones, no obstante, se aprueba la propuesta de pago y se abonan todas las nóminas incluidas en la misma, en lugar de suspender el pago de la que corresponde a Ofelia, de conformidad con el contenido del informe y de la legislación reguladora de las Haciendas Locales. Es decir, es un acto que aprueba la percepción de emolumentos por parte de una trabajadora irregularmente



contratada; con ello, sin duda, tratándose de dinero público, se afecta a los derechos de los administrados y de la colectividad en general.

La citada STS 815/2014, de 24 de noviembre, remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo, precisa que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que 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. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo). Esto es precisamente lo que ocurre en este caso, en que es patente la desviación del Decreto.

En definitiva, como señala la STS 733/2014, de 28 de octubre, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTs de 23-5-1998 ; 4-12-1998 ; 766/1999, de 18 mayo ; y 2340/2001, de 10 de diciembre).

Considera esta Sala que en los tres actos administrativos referidos se ha procedido de forma arbitraria y por lo tanto concurre el tipo objetivo del artículo 404 del CP. Así, respecto de las dos primeras resoluciones, ambas aprueban contrataciones pese a haberse eludido, parcialmente en el primer caso y con carácter total en el segundo, el procedimiento legalmente establecido para la contratación de personal laboral en el Ayuntamiento de Villamayor; y en la tercera resolución se ha aprobado una propuesta de gasto remitida por la Concejalía de Cultura e Interior, a favor de una persona irregularmente contratada. En todos los casos se ha provocado un resultado materialmente injusto, pues en los dos primeros, relativos a contratos irregulares, se vulneran los principios constitucionales que han de regir la actuación de la Administración y se impide que los administrados puedan concurrir en igualdad de condiciones y con estricta valoración de sus méritos, a una convocatoria de personal laboral de un ayuntamiento; y en lo que se refiere al pago de la nómina, en cuanto se trata de dinero público, se está afectando igualmente al interés de los administrados, como ya se apuntó.

2. Pero sin perjuicio de que pueda concurrir el tipo objetivo, es necesario comprobar si en la actuación de la acusada concurre el tipo subjetivo, esto es, si era consciente y concedora de la arbitrariedad de sus resoluciones.

La STS 815/2014, de 24 de noviembre, dice, citando la STS 766/1999, de 18 mayo, que el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas". Se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Bien entendido que, como se indica en la Sentencia de 29-10-1998, a la que también se remite, la intención dolosa o el conocimiento de la ilegalidad no cabe deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que necesariamente debe estar apoyada por una prueba evidente que no deje duda alguna sobre este dato anímico. Es, pues, precisa la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

A la vista de estos requisitos y de conformidad con las consideraciones realizadas en el anterior Fundamento, no puede afirmarse la concurrencia del citado tipo subjetivo por las razones siguientes.

1) Respecto a la Resolución de 30 de septiembre de 2008, no existe prueba de que la Alcaldesa fuere concedora de la arbitrariedad de la misma. Según la prueba practicada, no ha quedado acreditado que conociera los datos de las aspirantes que habían renunciado a la plaza, ni cómo se habían documentado las renunciaciones, ni, en definitiva, que se hubiera producido cualquier tipo de irregularidad respecto a las mismas. Incluso no ha podido declararse probado que conociera si realmente las renunciaciones se habían producido. Así, como se ha venido exponiendo, no participó en el proceso selectivo, lo que se acredita documentalmente, y contaba con un informe del técnico de cultura del Ayuntamiento que expresamente recogía la necesidad de contratar a un segundo monitor de psicomotricidad por la demanda existente y que señala que esa persona ha de ser Zaida, dada la renuncia de las aspirantes con mejor puntuación.

Una vez constatado que la alcaldesa no participa en el proceso de selección, no puede tenerse por probado y menos aun de forma evidente, que la misma conociera los detalles de dicho procedimiento y además que



fuera consciente de que la información suministrada por un técnico de su Ayuntamiento, en un informe escrito, podía no ser veraz.

Se acredita la firma de la Resolución por la Alcaldesa y el carácter arbitrario de la misma, pero no se prueba que fuera consciente de su arbitrariedad.

2) En lo relativo al contrato de trabajo de fecha 7 de octubre de 2008, no se cuenta con una prueba de que Mercedes conociera las irregularidades habidas en el proceso, esto es, la omisión de la observancia de los trámites legalmente previstos. Porque como se deriva de la valoración de la prueba ya expuesta, la acusada no participó en el proceso de selección; le pasaron numerosos contratos a la firma, que habían sido elaborados en una gestoría y visados por los técnicos previamente; y no conocía los datos personales de cada uno de los seleccionados en los diferentes procedimientos convocados.

Por lo tanto, valorando la prueba documental (procedimiento de selección), la declaración de las coacusadas y las testificales, para lo que nos remitimos al anterior fundamento, no resulta evidente que la Alcaldesa fuera consciente de la arbitrariedad del contrato que firmó, es decir, de que estaba resolviendo al margen de la ley, dando cobertura a una situación creada más allá de todo procedimiento legal y que provocaba un resultado injusto para los administrados. En definitiva, ha quedado acreditado que firmó el contrato, y que el acto puede calificarse como resolución arbitraria, pero no que al hacerlo fuera consciente de la ilegalidad cometida.

3) Por último, resta examinar la resolución por la que se aprueba la propuesta de gasto, que fue el Decreto de fecha de 29 octubre de 2008. En este caso, existe un informe de reparo del Interventor, pero tampoco concurre el tipo subjetivo, porque no existe prueba de que la Alcaldesa haya actuado, a sabiendas, al margen de la ley.

Según hemos declarado probado, en relación con este extremo concreto es plausible considerar que la acusada alcanzara una interpretación errónea en relación con la contratación de Ofelia , de manera que considerase que lo procedente era la subsanación del contrato mediante el ajuste de las retribuciones. Esta situación de posible confusión o error, impide apreciar que estemos ante una ilegalidad evidente que la Alcaldesa necesariamente había de conocer cuando dictó el Decreto, y por lo tanto, que obró con conocimiento manifiesto de la ilegalidad cometida, como exige el tipo subjetivo del delito invocado.

En conclusión, el tipo subjetivo exige la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido, pues lo demás sería invadir el campo del control judicial de los actos administrativos, que a nosotros no nos corresponde, y dado que no puede apreciarse tal claridad o evidencia en la conducta de la acusada, en el momento de dictar alguna de las tres resoluciones que hemos calificado como arbitrarias, no puede considerarse que concurra este elemento y, por lo tanto, que se haya cometido un delito de prevaricación.

Tratándose de un elemento interno, su acreditación únicamente puede obtenerse mediante inferencias a partir de otros elementos que han quedado acreditados por prueba directa. En este punto, cobran especial relevancia dos elementos. El primero, es el carácter no concluyente del informe de reparo, de cuyo contenido se deduce una cierta ambigüedad en cuanto a la irregularidad del contrato en sí. Versa sobre una cuestión de retribución, cuyo carácter indebido es puesto de manifiesto en él, pero esa condición irregular respecto del propio contrato no aflora del contenido del documento; por lo que el reparo se realiza sobre los efectos del contrato, no sobre este en sí. En consecuencia, el informe era susceptible de haber sido interpretado de la manera que mantiene la acusada, en la medida en que alentaba un espacio para la duda sobre la legalidad o ilegalidad de la contratación. El segundo elemento relevante es que las declaraciones de los implicados en el juicio oral, tal y como hemos razonado anteriormente, mitigan el valor incriminatorio que puede desprenderse del contenido del documento.

Por todo ello, no es posible inferir, de una manera lógica y razonable, que la acusada conociera la arbitrariedad de las resoluciones que dictó, y por lo tanto, en aplicación del principio in dubio pro reo, procede el dictado de una sentencia absolutoria.

3. Regina

En lo que se refiere a esta acusada, su conducta varía respecto a la de la anterior, pues en este supuesto, como se va a exponer, no puede apreciarse que concurra el tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa.

En cuanto a la contratación de Ofelia , Regina no interviene directamente en la misma, en el sentido de que no dicta ninguna resolución en el expediente correspondiente, sino que, según se ha declarado probado, se limitó a poner sobre aviso al Secretario de que faltaba una plaza, la destinada a gestionar las matriculas de la escuela de música, que finalmente fue ocupada por esta trabajadora.

En relación con Zaida , tampoco en este caso adopta resolución alguna que afecte a su contratación, habiendo sido objeto de discrepancia tan solo si fue la acusada quien suministró al técnico de cultura la información relativa a las renunciaciones; conducta ésta que, además de no haber quedado acreditada, no podría ser, en sí misma,



considerada como un acto o resolución administrativa a los efectos de la concurrencia del tipo objetivo del delito de prevaricación.

Únicamente, la acusada firmó la propuesta de gasto del mes de octubre de 2008, que, como se ha venido explicando en la presente resolución, contenía las nóminas correspondientes a las dos trabajadoras. No obstante, esta propuesta, como también se adelantó, es una resolución de mero trámite, ya que la misma no contiene ninguna decisión, sino que la acusada se limitó a firmar un documento que ya venía cumplimentado y que después pasó a Intervención del Ayuntamiento para su control, para ser finalmente firmado por la Alcaldesa, salvo que se apreciara alguna irregularidad. En este caso, la acusada no tuvo ninguna capacidad de decisión que se plasmara en el citado documento, sino que se trataba de un trámite necesario para la aprobación final de la nómina. Es un paso más en el oportuno expediente, que no se elabora ni siquiera de manera personal por la acusada según criterios y decisión propios. Por lo que no refleja una decisión administrativa susceptible de ser calificada, en su caso, como arbitraria, lo que impide que pueda incluirse en el concepto de resolución que exige el tipo penal invocado.

La conducta de Regina podría haber tenido relevancia penal en el caso de que hubiera sido partícipe en un delito de prevaricación cometido por la Alcaldesa. En este sentido, cabe señalar que solo si se apreciara que las acusadas actuaron en connivencia, según un plan preconcebido por ambas, destinado a lograr la contratación irregular de dos personas, prescindiendo total o parcialmente de los trámites legalmente establecidos, podríamos afirmar que su conducta pudiera subsumirse en el tipo penal de la prevaricación.

Pero ello hubiera exigido acreditar que, conforme a un reparto de funciones, en el caso de la contratación de Ofelia, la acusada hubiera puesto en marcha la génesis del proceso de selección, al poner de manifiesto la ausencia de personal que cubriera las funciones administrativas de la escuela de música, con el fin de que se realizara una tramitación de urgencia que finalmente fuera aprobada por la Alcaldesa, quien, con conocimiento de las irregularidades existentes, firmaría el contrato a sabiendas de su ilegalidad.

Por otra parte, en el caso de Zaida, habría sido necesario acreditar que, actuando también conforme a un plan conjunto, la acusada llegó a transmitir una información falsa sobre las renunciaciones de otras aspirantes, con el fin de dejar la vía abierta para la aprobación final de su contratación por la Alcaldesa.

Además, en ambos casos habría sido preciso acreditar que la propuesta de gasto referida a las nóminas pasaría por la Concejalía, y aun siendo un acto de mero trámite, habría sido firmada a sabiendas de su contenido irregular, para ser después aprobada, también, con conciencia de su ilegalidad, por la Alcaldesa.

Nada de esto, sin embargo, ha quedado acreditado. Como se ha expuesto, no se ha probado que la Alcaldesa haya dictado las resoluciones arbitrarias que se le imputan a sabiendas de su ilegalidad, y por lo tanto que se le pueda imputar un delito de prevaricación; y menos aun, que ambas acusadas actuaran de común acuerdo en las contrataciones irregulares indicadas.

En definitiva, la conducta de Regina es atípica, puesto que por sí sola, y si no se incardina en el marco de un plan conjunto, no reúne los requisitos para subsumirse en el tipo penal de la prevaricación invocado por las acusaciones en sus respectivos escritos, por lo que procede también respecto de esta acusada el dictado de una sentencia absolutoria.

TERCERO.- Visto que procede la absolución de ambas acusadas, las costas se declaran de oficio.

III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a las acusadas Regina y Mercedes del delito de prevaricación del que venían siendo acusadas, declarando las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución al Juzgado de Instrucción núm. 3 de Salamanca a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

D. Manuel Marchena Gómez

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca



D. Andrés Palomo Del Arco

D. Perfecto Andrés Ibáñez

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ