



Roj: **STSJ CL 3562/2022 - ECLI:ES:TSJCL:2022:3562**

Id Cendoj: **09059310012022100077**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2022**

Nº de Recurso: **45/2022**

Nº de Resolución: **72/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **CARLOS JAVIER ALVAREZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 37/2022,**  
**STSJ CL 3562/2022**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**CASTILLA Y LEON**

**SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

ROLLO DE APELACION NUMERO 45 DE 2022

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID (SECCIÓN 2ª)

ROLLO NUMERO 28/2021

JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 1 DE VALLADOLID

**-SENTENCIA Nº 72/2022-**

Señores :

Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Alvarez Fernández

Ilmo. Sr. D. Alejandro Valentín Sastre

En Burgos, a treinta de Septiembre de 2.022.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª), seguida por el delito de prevaricación, contra DOÑA Begoña , cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, en virtud del recurso de apelación interpuesto por éste último, representado por el Procurador Don Iñigo de Loyola Blanco Urzaiz y defendido por el Letrado Don Eleuterio Gordaliza Sandoval, siendo apelados el MINISTERIO FISCAL, y la Acusación particular, ejercida en el proceso por el AYUNTAMIENTO DE DIRECCION001 , representado por el Procurador Don Julio Samaniego Molpeceres y asistido del Letrado Don José C. Piñeyroa de la Fuente, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Javier Alvarez Fernández.

**-ANTECEDENTES DE HECHO-**

**PRIMERO.** - La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda), en la causa de la que dimana el presente Rollo de Sala, dictó sentencia, de fecha 2 de Marzo de 2.022 , en la que se declaran probados los siguientes hechos:



**" La acusada Begoña , mayor de edad y sin antecedentes penales, fue alcaldesa de la localidad de DIRECCION001 (Valladolid) en el periodo 2015 a 2019.**

**En el transcurso de su mandato se produjeron los siguientes hechos:**

**I.-**

**-En septiembre de 2015, al quedar vacante el puesto de encargado de mantenimiento del Ayuntamiento de DIRECCION001 , la acusada -en su condición de alcaldesa- pidió a Juan Pedro , quien había desempeñado hasta entonces el puesto de oficial de albañilería, que asumiera temporalmente dicha función. Este lo aceptó pero de forma transitoria, comenzando a ejercer dicho cargo, mediante una asignación temporal de funciones, en octubre de 2015.**

**Este puesto era importante para la prestación de los servicios a los vecinos por el Ayuntamiento pues, entre otras funciones, se encargaba: de la gestión y programación de los trabajos de vigilancia y mantenimiento general de todas las infraestructuras e instalaciones municipales, edificios, viales y espacios públicos (averías, arreglos..), de la vigilancia de instalaciones municipales (llaves, sistemas de seguridad, accesos..), de la gestión de suministros municipales de dicho área, acceso y custodia de vehículos y maquinaria municipal, así como de la coordinación y organización del personal laboral de mantenimiento del Ayuntamiento.**

**Para hacer frente a la urgente necesidad de la prestación de servicios en ese área de mantenimiento, se incoó el expediente NUM000 , ordenando su tramitación a la Unidad Administrativa de Recursos Humanos, en el cual, mediante Resolución que se firma el 24-6-2016, se aprueba la convocatoria y las bases de selección para la constitución de una bolsa de trabajo para la contratación temporal de un encargado de mantenimiento vacante en el Ayuntamiento de DIRECCION001 . En ese proceso de selección obtuvo la mejor calificación Amadeo . Sin embargo, visto que ningún aspirante había superado la fase de oposición, dado que en el segundo ejercicio teórico de esta fase no se ha alcanzado la puntuación mínima de 25 puntos, por Resolución de la Alcaldía de 14/03/2017 se declaró desierta dicha convocatoria.**

**Ante la instancia de Juan Pedro , formulada en octubre de 2016, para cesar en el desempeño de la atribución de funciones, se inició el expediente NUM001 de atribución temporal de funciones del puesto de trabajo de encargado de mantenimiento, con elección entre el personal laboral fijo de plantilla y funcionario de carrera, excluidos los dos habilitados nacionales, de un empleado público que tenga titulación mínima de FP II y habilidades suficientes para ejercer el puesto de encargado.**

**El 9 de noviembre de 2016 se dictó Propuesta de resolución que asignaba temporalmente esas funciones de encargado a D. Amadeo cuyo puesto, de acuerdo con la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento, era de policía local, indicándose que dado que las funciones que va a desempeñar como encargado son incompatibles con las de policía local, se relevaba temporalmente de las funciones de agente de policía local.**

**Dicho expediente se remitió al Interventor, quien elaboró un informe de fecha 15 de noviembre de 2016 en el que fiscaliza desfavorablemente la propuesta de asignación temporal de funciones al Sr. Amadeo , entendiéndose que no procedía realizar una asignación de funciones del puesto de encargado, personal laboral, al puesto de trabajo de agente de policía local, que es funcionario; no se acredita se haya realizado publicidad alguna entre personal del Ayuntamiento, no se establece un plazo fijo en la asignación de funciones y no procede el complemento especial.**

**En base a ello, el 21 de noviembre de 2016, la alcaldesa Sra. Begoña , resuelve poner en conocimiento de todos los empleados que ocupen plaza de personal fijo de plantilla y funcionario de carrera, excluidos los dos habilitados nacionales, para que cualquiera de ellos que reúna los requisitos establecidos en las bases de la convocatoria para cubrir el puesto de encargado y esté interesado, pueda presentar su candidatura para la atribución temporal de funciones de dicho puesto. El Sr. Amadeo lo solicitó, sin que conste hubiera más solicitantes.**

**En este expediente el Secretario, con fecha 30 de noviembre de 2016, emitió informe desfavorable a dicha atribución temporal de funciones, en el que exponía algunas deficiencias en la tramitación y consideraba que tal atribución temporal no se ajustaba a los supuestos que la Ley previene para ello.**

**La Alcaldesa dio órdenes a la funcionaria de la Unidad de Recursos Humanos para prescindir y retirar del expediente administrativo ese informe desfavorable del Secretario, con la finalidad de ocultarlo a la oposición, obviar las objeciones planteadas en el mismo y evitar los mecanismos de control en el expediente.**

**Por Resolución de Alcaldía de 30 de noviembre de 2016 se acuerda finalizar la atribución de funciones de Juan Pedro y realizar nueva atribución temporal de funciones de encargado a D. Amadeo cuyo puesto, de acuerdo con la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento, es de policía local, estableciendo el plazo máximo de**



**atribución hasta la cobertura definitiva del puesto vacante, nunca más de dos años y ordenando dar cuenta al pleno en la próxima sesión.**

**Así el Sr. Amadeo el 1 de diciembre de 2016 comienza a ejercer la función de encargado de mantenimiento bajo esa asignación temporal de funciones.**

-En fecha 13 de junio de 2017 se inició un nuevo expediente NUM002 relativo a la convocatoria y bases para la constitución de una segunda bolsa de trabajo para la contratación temporal de encargado de mantenimiento; en el que mediante Resolución de la Alcaldía, de 2 de octubre de 2017, se aprueba la bolsa para contrataciones temporales de Encargado de mantenimiento, formada por tres integrantes, figurando el primero de ellos -por orden de prelación- Amadeo .

**Con fecha 17 de octubre de 2017 se dicta Resolución por la Alcaldesa, Sra. Begoña , en la que se acuerda la finalización de la atribución de funciones del puesto de encargado al Sr. Amadeo y restablecerlo en el desempeño de sus funciones como policía local, al considerar finalizados los motivos de urgencia que la motivaron ante la aprobación de una bolsa de candidatos para proveer la contratación.**

**-A la vista de ello, con fecha 3-10-2017, se incoó un nuevo expediente, el NUM003 , para proceder a la contratación temporal de un encargado de mantenimiento**

**El 6-11-2017 se dicta propuesta de resolución de la Alcaldía en la que acuerda contratar temporalmente a D. Amadeo (era el primero de la bolsa) con un contrato de interinidad para cubrir temporalmente el puesto de trabajo de encargado de mantenimiento durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva desde el 7 de noviembre de 2017.**

**El Interventor General, en fecha 7-11-2017, fiscaliza de conformidad la propuesta de contratación de D. Amadeo para ocupar el puesto de encargado de mantenimiento, personal laboral temporal.**

**El Secretario General, mediante informe de 7-11-2017, indicó que existiendo una situación aprobada por el Ayuntamiento de excedencia por el cuidado de un familiar con **derecho** a reserva de puesto de policía local, la compatibilidad entre ambos puestos de trabajo (policía y encargado), y por tanto la legalidad de la contratación del aspirante aprobado como encargado del Ayuntamiento objeto de este expediente, estaba enteramente subordinada a la legalidad de la resolución de excedencia por cuidado de familiar del mismo concedida por el Ayuntamiento en dicho expediente de concesión de excedencia, a cuyo expediente y al informe emitido por esta Secretaría General en el mismo se remitía.**

**En fecha 7 de noviembre de 2017 recae Resolución de la Alcaldía de DIRECCION001 por la que se aprueba la contratación temporal de D. Amadeo con un contrato de interinidad para cubrir temporalmente el puesto de encargado de mantenimiento durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. A partir de este momento comenzó a percibir el salario de encargado municipal.**

**-El 18 de octubre de 2017 se incoó expediente nº NUM004 ) ante la solicitud efectuada ( el 4-10-2017) por Amadeo por la que insta la declaración de excedencia voluntaria para cuidado de hijos. El 19 de octubre de 2017 se dicta propuesta de resolución en la que se declara al funcionario citado en situación de excedencia por cuidado de los hijos y el consecuente cese temporal en la prestación de servicios como policía local del mismo.**

**El 23 de octubre de 2017 se emite informe de Secretaría General en el cual se considera que dicha propuesta no se ajusta a **derecho** pues la situación que se pretende instar es la excedencia por el cuidado de hijo menor, en la cual el interesado debe comprometerse a que durante la situación de excedencia no va a desarrollar actividad alguna o que la actividad a desarrollar no impida ni menoscabe el cuidado y atención al menor; y en el expediente no se constataba la exigencia de que la excedencia tuviera la finalidad establecida por la norma, por cuanto obtenida la excedencia se seguiría desempeñando la actividad laboral (como encargado de mantenimiento), incluso con mayor disponibilidad o dedicación al trabajo, lo que resulta radicalmente contrario a la finalidad que persigue la legislación aplicable.**

**El Sr. Amadeo presentó escrito, datado el 25 de octubre de 2017, declarando que la actividad que pretende desempeñar no impedía ni menoscababa el cuidado personal del hijo menor sino que lo facilitaba, tal y como consta en la solicitud presentada el 20 de octubre para compatibilizar esta excedencia con el puesto de encargado de mantenimiento pues en principio no tenía horario de tarde y, aún con la disponibilidad tenía más flexibilidad, que en el puesto de policía en turno de tarde, permitiéndole estar con su hijo por las tardes en mayor medida y conciliar la vida laboral y familiar.**

**El 26 de octubre recae Propuesta de resolución de la Alcaldía en la que se declara al funcionario citado en situación de excedencia por cuidado de los hijos con el cese temporal en la prestación de servicios como policía local.**



El 30 de octubre se incorpora un nuevo informe de la Secretaría General en el que se considera que esa propuesta sometida a resolución de la Alcaldía no se ajusta a **derecho** pues, a pesar de ese escrito del peticionario, se entiende suficientemente acreditado que el desempeño del puesto de trabajo de encargado de mantenimiento municipal menoscaba el cuidado personal del hijo menor en mayor medida que el desempeño del puesto de policía local, pues ese trabajo implica objetivamente mayor dedicación al puesto por la disponibilidad del mismo que conlleva la realización de horas extras.

Con fecha 6 de noviembre de 2017 se dicta Resolución de la Alcaldía reconociendo, en base al artículo 89.4 del RDLegislativo 5/2015 de 30 de octubre, a Amadeo la excedencia por cuidado de hijos hasta la fecha en que el hijo cumpla los tres años de edad, en base al artículo 89.4 del RDL 5/2015 de 30 de octubre, con el consecuente cese temporal en la prestación de servicios como policía local, al acreditarse el presupuesto de tener a su cuidado un hijo menor de tres años.

-Así mismo se tramitó el expediente NUM005, en relación a la solicitud de Amadeo (de fecha 20 de octubre de 2017), sobre la compatibilidad de la situación de excedencia por cuidado de los hijos con el desempeño temporal del puesto de trabajo de encargado de mantenimiento del Ayuntamiento de DIRECCION001. En él recayó Propuesta de Resolución para el Pleno, firmada por la Alcaldía en fecha 14-11-2017, acordando reconocer a Amadeo dicha compatibilidad. El Informe de 16-11-2017 del Secretario General consideraba que no se ajustaba a **derecho** tal propuesta por no ser el Pleno en órgano competente porque el asunto ya había sido resuelto por la Alcaldía como de su competencia al conceder la excedencia, contradiciéndose entre pedir reconocer una compatibilidad y que la ley de incompatibilidades que fundamentaría tal reconocimiento no se aplica; añadiendo que en el expediente de concesión de excedencia este Secretario indicó que era contraria a la ley y la consideraba como un supuesto de fraude de ley contrario a la finalidad de la norma reguladora de la excedencia.

El 21 de noviembre de 2017 se dictó una Resolución, firmada por la Alcaldesa Sr. Begoña, en la que se reconoce a Amadeo la compatibilidad de la situación de excedencia por el cuidado de los hijos con el desempeño del puesto de encargado de mantenimiento de este Ayuntamiento; considerando que ambos puestos tienen exigencia de disponibilidad y que la ocupación de un puesto, como el de encargado, cuyo horario es de mañana, coincidiendo con horarios de colegios y guarderías, supone una mejora en la atención al menor respecto de un puesto, como el de policía, que impone la prestación en turnos y que, cuando corresponde el turno de tarde, impide que el padre pueda coincidir con su hijo durante todo el día.

-Posteriormente, mediante escrito de 3 de enero de 2018 (presentado el 5-1-2018), Amadeo solicita la excedencia de su plaza de funcionario de policía local para el cuidado de su padre. Ello dio lugar al expediente NUM006, asunto 2018/6/RH, recayendo Propuesta de Resolución, de fecha 19-1-2018, reconociéndole dicho **derecho** a partir del 20 de enero de 2017, finalizando la situación de excedencia que venía disfrutando desde el 6 de noviembre de 2017 por cuidado de hijo menor de tres años.

Consta informe de Secretaría General, de fecha 19-1-2018, en el que advierte sobre la falta la resolución de la Gerencia de Servicios sociales de la Junta de Castilla y León acreditativo del grado de dependencia necesario y que faltaba demostrar que es el solicitante la persona encargada de su familiar, entendiéndose que la solicitud constituía un fraude al pedir la excedencia para realizar otro trabajo que conlleva mayor carga horaria si además se realizan horas extraordinarias obligatorias y gratuitas.

El 19 de enero de 2018 recae Resolución de la Alcaldía reconociendo el **derecho** de Amadeo la excedencia por cuidado de familiar, cesando con fecha 19-1-2018 la situación de excedencia que venía disfrutando desde el 6 de noviembre de 2017 por cuidado de hijo menor de tres años, al presentarse documento sobre la relación parental y un informe médico del padre.

Esta excedencia no se hizo **efectiva** pues el 23 de enero de 2018, Amadeo presentó escrito renunciando a la excedencia concedida, al haberse reincorporado el 22 de enero -cuando no se le había notificado aún la excedencia- al puesto de policía local, solicitando la baja voluntaria en el puesto de encargado de mantenimiento que ocupaba como personal laboral. Esta renuncia fue aceptada por Resolución de la Alcaldía de 26 de enero de 2018.

-En base a la atribución temporal de funciones y durante el tiempo de la misma, se abonaron a Amadeo las nóminas como categoría o grupo profesional de agente de policía local. Este solicitó también el abono de las horas extraordinarias que hacía como encargado de mantenimiento, que se visaban por Diligencia de la Alcaldía, tal como se solía hacer con los anteriores encargados.

La percepción de estas nóminas y de las horas extraordinarias por Amadeo eran informadas desfavorablemente por el Interventor indicando que contenían retribuciones propias y horas extraordinarias como agente de policía local, cuando está relevado de sus funciones como tal y realiza las de encargado de



*mantenimiento, personal laboral. Se indica que la regulación de la atribución temporal de funciones no permite el incremento de las retribuciones del puesto principal y que no se podría cobrar más de 80 horas al año según el Estatuto de los trabajadores. También el Secretario informaba desfavorablemente las mismas indicando que ello era ilegal pues esta persona no realizaba funciones de policía local y se presentaban al pago horas extraordinarias realizadas y valoradas como policía local estando realizando funciones de encargado municipal en una situación incompatible sin justificación jurídica.*

*La retribución por salario que cobraba el Sr. Amadeo durante esa atribución temporal de funciones, era únicamente la que correspondía a la categoría de policía local, siendo inferior a que le hubiese correspondido como encargado de mantenimiento. En concreto, durante el tiempo en que duró la atribución temporal de funciones el salario percibido por el Sr. Amadeo fue de 8.349,84 euros inferior al que correspondía al puesto de encargado.*

*Mediante Providencias de la Alcaldía, firmadas por la Alcaldesa Sra. Begoña, de fecha 28 de noviembre de 2017, 25 de enero de 2018 y de 26 de noviembre de 2018, se reconocieron gratificaciones por servicios extraordinarios prestados por Amadeo en las siguientes cuantías: 532,62 €, 1.431,90 € y 6.455,88 € respectivamente, ordenando su inclusión en nómina. Posteriormente recayó Propuesta de Resolución, firmada el 23/11/2018 por la técnico de Haciendas Locales, en la que se reconoce que Amadeo realizó horas extraordinarias por importe de 2.045,94 € y sin embargo no se le reconocen las restantes horas extras por importe de 6.455,88 euros.*

*En concepto de horas extras se le han pagado al Sr. Amadeo 2.325,68 euros. El resto de las horas extras reconocidas no han sido pagadas, habiéndolas reclamado el citado interesado en procedimiento contencioso administrativo.*

*No consta acreditado que el Ayuntamiento haya tenido un perjuicio económico derivado de esta atribución temporal de funciones, ni de los expedientes referidos.*

**II.-**

*En fecha 27 de enero de 2016, el Pleno de la Corporación municipal de DIRECCION001 aprobó, dentro del Programa de inversiones de Planes Provinciales 2016-2017 de la Diputación Provincial, la ejecución de la primera fase de renovación de la red de saneamiento de la URBANIZACION000.*

*El expediente de contratación y la ejecución de este proyecto había de llevarse a cabo por la Diputación de Valladolid, correspondiendo al Ayuntamiento de DIRECCION001 el pago de un porcentaje, además de la redacción del proyecto y la contratación de la dirección y coordinación de las obras.*

*Dichas obras fueron aprobadas por la Diputación Provincial el 22 de abril de 2016.*

*El proyecto de obra fue redactado por la Arquitecta municipal y aprobado por resolución de la Alcaldía de DIRECCION001 de fecha 25 de mayo de 2016. El importe de la obra era 186.299,99 euros, de los que 2.281,83 euros correspondían al importe de la dirección y coordinación de obra y el resto, 184.018,16 euros, era fijado como la base de licitación.*

*La Alcaldía por Decreto de 15 de septiembre de 2016 adjudicó a la empresa CEMOSA la dirección y coordinación de la obra. La adjudicación de la obra la realizó la Diputación Provincial de Valladolid, el 18 de noviembre de 2016, en favor de la empresa ELSAMEX, por un importe de 125.500,38 euros produciéndose una baja de 56.023,88 euros sobre el precio del proyecto. La propia Diputación remitía las certificaciones abonadas a ELSAMEX al Ayuntamiento para que este ingresase la parte que le correspondía.*

*Durante el transcurso de estas obras de saneamiento, en los primeros meses de 2017, se detectaron importantes problemas en la red de abastecimiento de agua potable de la localidad, observándose la existencia de fugas de agua y que las conducciones de amianto, las acometidas y las llaves estaban en mal estado. Ante tal situación, la acusada Begoña, tras hablar con los técnicos, consideró que era de urgente necesidad acometer las deficiencias del abastecimiento de agua potable y que no era lógico terminar las obras de saneamiento sin solucionar las de abastecimiento porque se podía colapsar la red, los residuos de amianto de las conducciones deterioradas podían llegar al abastecimiento de las casas y también porque se podía perjudicar lo realizado en el saneamiento por las fugas. Por ello, la alcaldesa ordenó que se llevaran a cabo al mismo tiempo las obras de saneamiento y las de abastecimiento de la red en esa zona, por las mismas empresas que habían sido designadas para el saneamiento, aun cuando los expedientes autorizaban y habilitaban la ejecución de la obra de saneamiento, no así la de abastecimiento para la que no se había realizado proceso de adjudicación, ni proyecto técnico, ni consignación presupuestaria.*

*La intención de realizar estas obras urgentes de abastecimiento por parte del Ayuntamiento de DIRECCION001 fue trasladada a la Diputación Provincial, como consta en la Resolución de 9-5-2017 del Servicio de*



**Cooperación de esta última institución en la que se indica "Visto que el Ayuntamiento de DIRECCION001 ha decidido aprovechar las obras realizadas de renovación de la red de saneamiento de URBANIZACION000 para renovar la red de abastecimiento y mejorar el acerado de la Avda. URBANIZACION000 para no deshacer el trabajo realizado., se Resuelve: Suspender la obra por un plazo de 3 meses hasta la aprobación y ejecución de los proyectos de renovación de la red de abastecimiento y mejora de las aceras de la Avda. URBANIZACION000 por parte del Ayuntamiento de DIRECCION001 , comunicando a don Severiano que deberá levantar acta de suspensión de los trabajos, así como acta de reanudación de las obras cuando este hecho se produzca.**

**Mediante Decreto de Alcaldía 144 de 31 de mayo de 2017 se aprobó el proyecto de obras de renovación de la red de abastecimiento y reurbanización de la Avda. URBANIZACION000 de DIRECCION001 por importe de 133.023,88 euros.**

**Así las obras de la red de abastecimiento de URBANIZACION000 se ejecutaron conjuntamente con las de la red de saneamiento por la empresa Elsamex y bajo la dirección de obra de Cemos, con los medios y ámbito de control de dichas empresas.**

**Ejecutada las obras, el 27 de octubre de 2017, Elsamex presentó una factura por 60.272,52 euros, bajo el concepto abastecimiento de agua y gestión de residuos C/ URBANIZACION000 , y luego otra por importe de 4.212,88 euros.**

**El Ayuntamiento, mediante Decreto de 28 de octubre de 2017, firmado por la alcaldesa, abrió el expediente NUM007 para solicitar a la Diputación Provincial subvención para obras urgentes respecto de la obra de abastecimiento de aguas de El Fillo. Junto con la factura de Elsamex se incorpora una Memoria adjunta firmada por la arquitecta municipal el 30-10- 2017, en la que se reseñaba que era voluntad de la Corporación municipal la renovación o reparación de la red de abastecimiento que durante las obras de ejecución del saneamiento se han observado que no se encontraban en buen estado, con conducciones en un material actualmente considerado no apropiado parara la red de abastecimiento de agua potable, tiene tramos de PVC y de fibrocemento, por lo que procede su renovación; y también se observa que tienen numerosas fugas que hace que baje la presión del servicio. En base a ello se consideró acreditada la urgente necesidad de dichas obras que afectaban a servicios mínimos obligatorios y se acordó, mediante propuesta de resolución de la Alcaldía de 30-10-2017, solicitar ante la Diputación la subvención por importe de 8.500 euros. En la tramitación de este expediente se unió la factura NUM008 del Elsamex por importe de 37.925,33 euros (que sustituyó la inicialmente presentada en relación con el concepto de abastecimiento de agua), como pago realizado el 9-4-2018 con la cuenta justificativa del interventor.**

**A su vez, el 27 de marzo de 2018 se inició en el Ayuntamiento de DIRECCION001 el expediente NUM009 de reconocimiento extrajudicial de créditos. Las facturas iniciales de Elsamex de 60.272,52 euros y de 4.212,88 euros se anularon. Y en su lugar, Elsamex giró dos facturas de fecha 3 de abril de 2018: una por abastecimiento con importe de 37.952,33 euros y la otra por gestión de residuos con un importe de 26.533,06 euros. El interventor municipal, el 9 de abril, informó en contra del pago de la factura de 37.952,33 euros por fraccionamiento del objeto del contrato, falta de presupuesto, proyecto técnico y falta, en definitiva, de expediente de contratación. Se emitió informe por la arquitecta municipal ese mismo día 9/4/2018, favorable a la aprobación de la factura de 37.952,33. El informe del Secretario municipal que se opuso a ello tachando el procedimiento como manifiestamente ilegal por cuanto la contratación de ELSAMEX la había realizado la Diputación y porque hubiera sido necesario iniciar una tramitación completa al efecto, elevar un proyecto, comprobar la existencia de un crédito presupuestario en el Ayuntamiento, nombrar director de obra, aprobar proyecto de seguridad y contratar las obras con esa empresa u otra.**

**La acusada mediante Resolución de 9/04/2018 aprobó el reconocimiento del crédito de dicha factura de 37.952,33 euros, con cargo a los presupuestos municipales del ejercicio 2018, y se abonó, al considerar que esas obras de abastecimiento se habían ejecutado efectivamente, a la vista del informe técnico de la arquitecta (firmado el 9-4-2018) en el que exponía que la obra descrita en la factura se encuentra realizada y que la empresa concesionaria del servicio municipal de aguas confirma que la red de abastecimiento funciona correctamente.**

**Con ello es cierto que no se dio lugar a la baja de la contratación, pero también se produjo un ahorro en cuanto a las labores de apertura y cierre de zanjas, así como se evitaron perjuicios que las fugas podían ocasionar a las obras de saneamiento y al servicio de los vecinos.**

**III.-**

**Como consecuencia de numerosas quejas de los vecinos de la URBANIZACION001 del DIRECCION000 , ante la situación de inseguridad en que se encontraba el puente del DIRECCION000 (sobre el arroyo Molino), por donde transitaban vehículos pesados, viandantes y niños con bicicletas, el 24 de octubre del 2017 la**



Alcaldesa Begoña remitió un correo electrónico a la Unidad de Contratación del Ayuntamiento en el que se hacía constar "necesitamos abrir un expediente para arreglar el puente del DIRECCION000 . Abre el expediente ya y pide informe a urbanismo para que pidan autorización a Medio Ambiente de la Junta y a la Confederación Hidrográfica del Duero. La arquitecta ya está informada. Si necesitas más información ponte en contacto con Carlos ".

**Así se dio inicio al expediente NUM010 , recayendo Decreto, de fecha 31 de octubre de 2017, firmado por la Alcaldesa Begoña , en el que se ordena "confeccionar el expediente correspondiente que será tramitado por el funcionario encargado de esa Sección de Urbanismo e instruido por esta Alcaldía, aplíquese si procede el procedimiento de urgencia y recábense los informes necesarios, incluido el de intervención si procede de acuerdo con la Ley de Haciendas Locales en el momento procedimental oportuno y realícense las actuaciones procedimentales, incluida las pruebas necesarias y que procedan en **derecho** de acuerdo con la legislación general y de desarrollo de contratos y/o bienes y cualquier otra legislación aplicable y concluso el mismo y se pase foliado y rubricado a Secretaría para sometimiento al órgano competente para su resolución".**

**Sigue la Diligencia de recepción del Decreto de inicio a fin de recabar los informes previos y solicitar las autorizaciones preceptivas al Servicio Territorial de Medio Ambiente, así como a la Confederación Hidrográfica del Duero (CHD) e incorporar un plano de ubicación de la zona. Se remiten a Medio Ambiente y a la CHD sendas solicitudes de Autorización de ejecución de obras de ese puente, fechadas el 22 de noviembre de 2017, con la firma de la Alcaldesa Sra. Begoña , a las que se une un croquis a mano de Sección y otro de Planta de dicho puente, realizados por el arquitecto Sr. Eduardo que sustituía a la arquitecta municipal titular, la cual se encontraba de baja.**

El 30 de noviembre de 2017 el Servicio Territorial de Medio Ambiente otorga autorización para la Ejecución de obras en el Puente sobre el Arroyo Molino, en la vía pecuaria "Vereda de las Culebras", para la mejora de la pavimentación y accesibilidad del puente, en el término municipal de DIRECCION001 . Así mismo la Confederación Hidrográfica del Duero (CHD) otorgó autorización de esas Obras en el cauce del Arroyo del Molino, en el término municipal de DIRECCION001 .

**Mediante Diligencia de 10 de enero de 2018, desde la Unidad de Contratación, se da traslado al Concejal de Urbanismo y a la Alcaldía de que las autorizaciones de Medio Ambiente y de la CHD han sido presentadas y se añade que, tras conversación mantenida con la arquitecto municipal, se indica que para la continuación del expediente habrá que proceder a la redacción del correspondiente proyecto de obra con cálculo de estructuras puesto que se persigue que por encima del referido puedan pasar vehículos. Para la continuación del presente expediente será necesaria: Redacción del proyecto de obras con el cálculo de estructuras referido por la arquitecta. En caso de que la redacción del referido proyecto se contrate por el Ayuntamiento, será preceptivo la existencia de crédito presupuestario para lo que tendrán que consultar con la Unidad de intervención.**

**En esta fecha, las obras del puente ya se hallaban prácticamente terminadas pues, a instancia del Concejal de urbanismo Sr. Eulogio , en fecha 24 de enero de 2018, los ingenieros Fausto y Fructuoso giraron visita al puente y emitieron informe donde detallaban todas las obras realizadas en el mismo y concluyen que teniendo en cuenta el estado actual del puente se aconseja la limitación de la masa máxima de los vehículos que puedan transitar sobre el puente, así como no permitir aglomeraciones de peatones sobre el mismo y se aconseja así mismo dotarle con barandillas necesarias de altura según CTE que disminuyan el riesgo de caídas tanto de tránsito peatonal como rodado.**

**Con posterioridad, el 16 de mayo de 2018, se emite Informe por el Secretario, en relación con el Expediente NUM010 , poniendo de manifiesto: Que se han omitido por la Unidad de Urbanismo, sin justificación alguna, recabar los informes previos a que se hacía referencia el decreto de 31 de octubre de 2017: se entiende el informe técnico del Arquitecto Municipal e Informe Jurídico. No aparece justificado el procedimiento de contratación de la Administración por medios propios, no se ha abierto expediente de contratación. No consta confeccionado, ni tramitado proyecto técnico alguno. No se ha tramitado expediente para la incorporación del proyecto y su aprobación. No consta designación o aprobación de director de esta obra, ni redacción y aprobación de Estudio básico de Seguridad y Salud, no consta Plan de seguridad y salud ni coordinador de seguridad y salud, tampoco nombramiento de coordinador y los trabajadores empleados han sido utilizados para labores al margen de su contrato de trabajo. Que la memoria técnica realizada por encargo del concejal resulta inútil porque no puede sustituir a los informes preceptivos de la Unidad de Urbanismo y tampoco al proyecto técnico. Se indica así mismo, que no era competencia del Ayuntamiento arreglar el puente sino del urbanizador al estar incluido en la actuación urbanística. Propone la apertura en la Unidad Administrativa de Urbanismo de expediente para emisión de los informes técnicos e informe jurídico; redacción del proyecto y documentación necesaria, comunicación a trabajadores y a sus representantes sobre los riesgos de la construcción y comunicación a las Administraciones autorizantes con remisión del proyecto de legalización de la obra si procede para su autorización.**



**No obstante, el Ayuntamiento era competente para adoptar medidas o realizar actuaciones a fin de garantizar la seguridad en el puente.**

**La Alcaldesa no estuvo pendiente de la tramitación del expediente, ni de reclamar a la Unidad de Contratación los informes técnicos y jurídicos procedentes que había acordado. Sin embargo, no se ha acreditado que la misma ordenase la realización de obras del Puente del DIRECCION000 al margen de la legalidad.**

**Las citadas obras se iniciaron y se llevaron a cabo por el encargado de obras Sr. Amadeo , junto con empleados municipales y bajo las indicaciones del arquitecto sustituto, con conocimiento del Concejal de urbanismo, sin que se tenga constancia de que la alcaldesa, Begoña conociese la ejecución de esas obras.**

**El perito Sr. Jenaro , Jefe del Servicio técnico de obras de la Diputación Provincial, no advierte un especial perjuicio ocasionado por la obra realizada en el puente, si bien considera conveniente poner las señales pertinentes de prioridad de paso, limitación de velocidad y de carga, así como realizar alguna actividad de conservación y acondicionamiento del entorno.**

**El perito Leopoldo ha considerado que la ejecución de esta obra en el puente ha sido deficiente y que tenía que haberse valorado la afectación de esa obra sobre la estructura. Cuantifica en 11.565,33 euros el importe de los trabajos en caso de reposición del Puente del DIRECCION000 a su estado anterior.**

**IV.-**

**En fecha no determinada, pero anterior a abril de 2018, tras haberse realizado unas obras de acondicionamiento en el interior de la nave municipal, el por entonces encargado de obras del Ayuntamiento, Amadeo , vio que no había sitio para dejar la maquinaria y material del Ayuntamiento, ante lo cual dicho encargado junto con el concejal de urbanismo, Sr. Eulogio , decidieron hacer un cobertizo de chapa anejo a esa nave, con materiales propios del Ayuntamiento.**

**Esta obra se realizó sin proyecto de ejecución, ni dirección de obra, ni plan de seguridad, siendo ello preciso.**

**El Secretario municipal emitió un informe el 16 de mayo de 2018 sobre dicha obra en el que apreciaba diversas irregularidades, haciendo constar que no aparecía justificado el procedimiento de contratación de la Administración por medios propios, no se había abierto expediente de contratación al menos por el procedimiento de contrato menor, ni justificación de los materiales empleados, ni había proyecto técnico, ni dirección de obra y se carecía de estudio básico de seguridad y salud, así como de plan de seguridad, solicitando a la Alcaldía la inmediata paralización de las obras, así como su legalización.**

**La alcaldesa el 19 de junio de 2018 pidió un informe técnico a la arquitecta municipal, que lo emitió el 27 de agosto, en el cual exponía que no podía considerarse obra de escasa entidad constructiva y que se había realizado al margen de la normativa sectorial de obligado cumplimiento pues requería previamente la redacción de un proyecto técnico, debiendo incluir el estudio de seguridad y salud en la fase de construcción y estudio de gestión de residuos; señalando también que la obra realizada presentaba además una estructura metálica sobredimensionada en las correas de cubierta e infradimensionada en los pilares de apoyo. Concluye que estaba prácticamente concluida y que lo que procedía redactar es un expediente de legalización.**

**No queda constancia de que la Alcaldesa, Sra. Begoña , ordenase la realización de estas obras, ni que interviniese de alguna forma durante su ejecución.**

**El Jefe del Servicio técnico de obras de la Diputación, Sr. Rubén , emitió informe al respecto en el que indicaba que se trata de una edificación bastante elemental en términos constructivos, es utilizable y utilizada para almacenamiento, su estado constructivo es razonablemente correcto y se puede decir que más que deficiencias, presenta señales de estar inacabada, siendo subsanables las carencias sin dificultad y que no puede entenderse que la ejecución de la misma haya perjudicado económicamente al Ayuntamiento.**

**El perito Sr. Teodosio entiende que debió realizarse para su ejecución una memoria, un proyecto técnico aunque sea una construcción muy elemental, así como un estudio básico de seguridad y gestión de residuos. No se observan defectos aparentes que comprometan la estabilidad. En caso de que tuviera que demolerse la nave, su valoración se elevaría a 11.680,76 euros; y en caso de legalización y adaptación de nave a almacén se elevaría a 13.523,04 euros IVA incluido. "**

**SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia dice literalmente:**

**"Que debemos condenar y condenamos a la acusada Begoña , como autora de un delito de prevaricación administrativa ( art. 404 del Código Penal ), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de carácter electivo y para el ejercicio del **derecho** de sufragio pasivo por tiempo de nueve años, así como a una décima parte de las costas de este proceso, incluidas las de la acusación particular.**





*Que debemos absolver y absolvemos a Begoña de los restantes delitos de prevaricación, de los delitos de malversación de caudales públicos y delitos contra los derechos de los trabajadores que se le imputaban, con declaración de oficio de nueve décimas partes de las costas. "*

**TERCERO.** - Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la Defensa de la acusada DOÑA Begoña , en los que alegó los motivos de incongruencia de la resolución dictada y error en la valoración de la prueba.

Por todo ello solicitó la revocación de la sentencia y que, en su lugar, se dicte otra por la que se absuelva a la acusada apelante.

**CUARTO.** - Admitido el recurso de apelación, se dio traslado del mismo a las demás partes, que ha sido impugnado por el FISCAL y la Acusación particular ejercida en el proceso por el AYUNTAMIENTO DE DIRECCION001 , interesando su íntegra confirmación, y, elevadas las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el pasado día 13 de Septiembre de 2.022, en que se llevaron a cabo.

Se aceptan el antecedente de hechos probados y los Fundamentos de **Derecho** de la resolución recurrida.

#### - FUNDAMENTOS DE DERECHO -

##### **PRIMERO.- OBJETO DEL RECURSO Y MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.-**

Es objeto del presente recurso de apelación, que pende ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la sentencia dictada, en fecha 2 de Marzo de 2.022 , por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª), en la que se condena a la acusada Doña Begoña , como autora de un delito de prevaricación administrativa ( artículo 404 del Código Penal ), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de carácter electivo y para el ejercicio del **derecho** de sufragio pasivo por tiempo de 9 años, así como al pago de una décima parte de las costas del proceso, incluidas las de la Acusación particular. Igualmente, se le absuelve de los restantes delitos de prevaricación, de los delitos de malversación de caudales públicos y de los delitos contra los **derechos** de los trabajadores que se le imputaban, con declaración de oficio de las nueve décimas partes de las costas.

Formula recurso de apelación la Defensa de la condenada DOÑA Begoña , que alega, como motivos de impugnación, los de incongruencia de la resolución dictada con infracción del principio acusatorio, y error en la valoración de la prueba.

Por todo ello solicita la revocación de la sentencia y que, en su lugar, se dicte otra por la que se absuelva a la acusada apelante.

##### **SEGUNDO.- SOBRE LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.-**

I.- En el primero de los motivos de impugnación que contiene el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de la acusada DOÑA Begoña se alega la vulneración, en la sentencia recurrida, de la **tutela judicial efectiva** y del principio acusatorio ( artículo 24.1 de la Constitución ), así como del **derecho** de defensa ( artículo 24.2 de la Constitución ), por cuanto, refiriéndose la denuncia en su día presentada, y que dio lugar al procedimiento, a las decisiones tomadas por la acusada, como Alcaldesa del Ayuntamiento de DIRECCION001 , en los diversos expedientes administrativos objeto de dicha denuncia, y, en concreto, en el referente al único por el que es condenada la misma, a la atribución de funciones para que un trabajador de dicho Ayuntamiento, que ya realizaba otras funciones, pudiera desempeñar también, temporalmente, el puesto de encargado de mantenimiento, tanto en la denuncia, como en los escritos de acusación, se hacía referencia a la irregularidad que supuestamente se habría cometido como consecuencia del acuerdo de atribución de dichas funciones temporales.

Sin embargo, la condena ahora impugnada no se basa en la adopción de dicho acuerdo, sino en una cuestión puramente accesoria y procedimental. Es decir, la sentencia recurrida basa la condena en un hecho, concreto y específico, el relativo a la incorporación al expediente, o más bien la desaparición del mismo, de un informe emitido por el Secretario municipal. Y tal desplazamiento del objeto de la condena a una cuestión complementaria o accesoria con respecto a la esencial que ha fundamentado la acusación, ha generado indefensión a la acusada que, habiendo centrado su defensa, precisamente en lo esencial y en la base de la acusación, se ha visto condenada por lo accesorio, acerca de lo cual no tuvo ocasión de defenderse.

II.- Sobre el principio acusatorio, en la STS de 27 de Octubre de 2.021 , con recordatorio de lo que ya proclamó la STS de 24 de marzo de 2.017 , se afirma:



"... se manifiesta en todo proceso penal como la exigencia de una acusación previa por un órgano distinto del enjuiciador para que una persona pueda ser condenada. Luego es consecuencia necesaria de lo anterior el **derecho** a ser informado de la acusación que de esta forma se integra en el principio acusatorio ( artículo 24.2 CE ), porque si no se conocen los hechos el acusado no podrá defenderse de los mismos ni contradecirlos. Desde esta perspectiva el contenido de la información es, en primer lugar, esencialmente fáctico en cuanto que los términos de la acusación necesariamente deben contener el hecho punible que constituye el objeto del proceso, relatando de forma accesible, clara y precisa un hecho concreto en relación con una persona y penalmente relevante, lo que determina la extensión del contenido del principio acusatorio también a la calificación jurídica imponiendo limitaciones al Tribunal sobre la misma. Por ello la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo proscriben las acusaciones implícitas o sorpresivas y advierte de la vinculación del principio acusatorio con el **derecho** de defensa, **tutela judicial** e incluso se relaciona con la independencia **judicial** puesto que si el juez se extralimita en relación con el hecho punible fijado por la acusación compromete su imparcialidad. Partiendo de lo anterior, es preciso analizar la otra vertiente de la cuestión, la congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia, pues también debe admitirse que el principio acusatorio no supone necesariamente que el tribunal no pueda introducir modificaciones en su relato siempre que la identidad esencial de los hechos resulte respetada. Así, la STC 133/2014 , que se remite a sus precedentes ( STC 123/2005 ), en su fundamento jurídico séptimo, afirma "que una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el **derecho** a un proceso con todas las garantías es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, en virtud del cual nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiendo por "cosa", en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica. Ahora bien, también este Tribunal ha puesto de manifiesto que el deber de congruencia no implica un deber incondicionado para el órgano **judicial** de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación, ya que, más allá de dicha congruencia lo decisivo a efectos de la lesión del art. 24.2 CE es la **efectiva** constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo".

En el mismo sentido, y con recordatorio ahora de la STS de 20 de Septiembre de 2.021 , se añade que:

" Desde la primera de las perspectivas, la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal ( SSTC 10/1988, de 1 de Febrero ; 225/1997, de 15 de Diciembre ; 302/2000, de 11 de Diciembre y la ya citada 228/2002 )".

III.- A la vista de la interpretación que antecede sobre el principio acusatorio y su verdadera significación en el proceso penal, en modo alguno puede hablarse de que, en el caso que nos ocupa, se haya infringido tal principio ni se haya causado la indefensión denunciada en el recurso.

Así, es cierto que la condena de la acusada en la sentencia recurrida, pese a la complejidad del entramado fáctico en que se basaban las imputaciones formalizadas contra la misma, se basa exclusivamente en un solo hecho inmerso en uno de los múltiples expedientes administrativos tramitados en el Ayuntamiento de DIRECCION001 mientras la acusada era la Alcaldesa-presidenta de dicha corporación, precisamente el referido a la atribución temporal de funciones del puesto de trabajo de encargado de mantenimiento del Ayuntamiento en favor de Don Amadeo , que era a su vez, y al mismo tiempo, Agente de la Policía Local del mismo. En este expediente, además de un informe del Interventor del Ayuntamiento, desfavorable totalmente a la propuesta de tal atribución temporal de funciones, se emitió otro informe por parte del Secretario de la Corporación, de fecha 30 de Noviembre de 2.016, también desfavorable a dicha atribución, pues, tras exponer algunas deficiencias en la tramitación del expediente, se consideraba en el mismo que tal atribución temporal no se ajustaba a los supuestos que la Ley previene para ello.

Tal y como a continuación se relata en los hechos probados de la sentencia, la Alcaldesa acusada dio órdenes a la funcionaria de la Unidad de Recursos Humanos del Ayuntamiento para prescindir y retirar del expediente administrativo ese informe desfavorable del Secretario, con la finalidad de ocultarlo a la oposición, obviar las objeciones planteadas en el mismo y evitar los mecanismos de control del expediente.

Es en este concreto hecho en el que se basa la condena de la acusada, puesto que, tal y como se razona en la sentencia (y sobre ello volveremos posteriormente), este comportamiento representa autónomamente una conducta prevaricadora, con independencia de que la resolución que finalmente se dictase en el expediente



podiera no ser abiertamente contraria a **Derecho** o pudiera resultar discutible en términos de legalidad administrativa, pues la Alcaldesa no tenía facultades para excluir u ocultar ese informe jurídico emitido conforme a la legislación vigente en un expediente administrativo.

Pero lo que no puede admitirse es que dicha condena, basada en ese hecho, sea incongruente o haya infringido el principio acusatorio, en el sentido ya dicho de que el mismo no hubiera sido delimitado previamente por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, o haya sido utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal con una mutación en esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal.

Si se lee con detenimiento los escritos de acusación tanto del Ministerio Fiscal como de la Acusación, tal hecho concreto ya referido consta mencionado expresamente. Así, en el primero, se dice al referirse al expediente de nombramiento temporal como encargado de mantenimiento, que la Alcaldesa "... resolvió expresamente conforme a su propia propuesta, haciendo caso omiso al reparo del interventor, y omitiendo el traslado para informe del Secretario General, el 28 de noviembre siguiente". Es más claro al respecto lo que consta en el segundo escrito, cuando se dice textualmente en la página 11 del escrito de acusación de la Acusación particular, que " *Era tal la obsesión de la Alcaldesa por llevar el expediente adelante que deliberadamente retiró del expediente administrativo el informe desfavorable del Secretario de esa misma fecha de 30 de noviembre del 2016 donde ponía de manifiesto, en letras grandes y negrita y dentro de un cuadro, la manifiesta ilegalidad en que se incurría si se dictaba tal resolución. Ocultar dicho informe a la oposición y a los vecinos tenía pleno sentido para la Alcaldesa para evitar las críticas por los grupos de la oposición que pidieron insistentemente en una sesión en la que estuvieron presentes todos los concejales de todos los grupos políticos que conforman la corporación y pidieron unánimemente que se les entregara dicho informe, y aún así se negó de plano y no se lo entregó, indicando a viva voz a los concejales y al público asistente, que el Secretario del Ayuntamiento solo tiene que informar cuando se lo pidan*".

Pero no es solo que el hecho en cuestión figurara claramente, al menos, en uno de los escritos de acusación, por lo que la Defensa de la acusada indudablemente tuvo conocimiento de él con anterioridad suficiente al juicio y pudo construir frente al mismo su estrategia de defensa, sino que también fue objeto de la prueba (sobre él fueron interrogados tanto la Alcaldesa acusada como los testigos) y de debate entre las partes, constando en la sentencia la justificación ofrecida por la acusada para tal comportamiento y su valoración por parte del órgano de enjuiciamiento, por lo que en modo alguno puede hablarse de indefensión.

En definitiva, por tanto, se desestima el motivo de impugnación examinado.

#### **TERCERO.- MOTIVO RELATIVO A ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.- ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA.-**

A continuación, en el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de la condenada en la sentencia recurrida, se alega el motivo de error en la valoración de la prueba.

En realidad, como bien apunta el Ministerio Fiscal en su dictamen de impugnación del recurso, no es el motivo enunciado el que se despliega, puesto que no es el relato de hechos probados de la sentencia el que se combate, sino que lo que realmente se discute en el recurso es que los hechos declarados probados, es decir, el hecho de que la Alcaldesa acusada ordenase retirar del expediente administrativo en cuestión el informe del Secretario de la corporación desfavorable a la propuesta de atribución temporal de funciones ya referida, puedan constituir el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal que constituye el título de la condena. En este motivo, lo que la parte apelante plantea es el carácter preceptivo del citado informe, la existencia de obligación de incorporarlo al expediente y de privación del control adecuado por la oposición municipal a tal decisión de la Alcaldesa.

I.- En cuanto al delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, este precepto señala que " *A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del **derecho** de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*"

Debe exponerse, primeramente, que una doctrina jurisprudencial bastante uniforme viene estableciendo que, para que exista tal infracción penal, se precisa la presencia de tres elementos: de un lado, la cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las definiciones que de tales conceptos nos ofrece el *art. 24 CP*; de otro que exista una resolución injusta en asunto administrativo, injusticia que supone un plus de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del **Derecho** Penal, esto es, que la omisión de trámites esenciales del procedimiento o el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; y un tercer requisito, de carácter subjetivo, recogido en la expresión "a sabiendas"



que es la consignada expresamente en el texto del precepto y que pone de manifiesto la exigencia de un dolo directo para la comisión de este delito. La doctrina jurisprudencial, en orden al alcance de dicho elemento subjetivo se ha pronunciado reiteradamente y así ( *SSTS 228/2013, de 22.3 y 18/2014, de 23.1* ) se señala que "los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución...se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el *art. 404 CP* 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 otra consideración o razonamiento, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo. Por ello la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución, estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del **derecho** disciplinario y del **derecho** administrativo sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual.

Insistía en esta línea la *STS 755/2007, de 25.9* al afirmar que "no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del **Derecho** Penal, que quedará así restringida a los casos más graves", así como que, *STS 674/1998, de 9.6* "el delito de prevaricación 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 en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad lo que se sanciona..."-

Señala también la jurisprudencia ( *STS 743/2013, de 11.10* ) que "la *Constitución (art. 103.1)*, exige que la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales y que actúe con sometimiento pleno a la ley y al **derecho**. En relación con esta previsión constitucional reviste una especial importancia la función de los técnicos que prestan su servicio a la Administración y cuya intervención está prevista por la ley en los distintos procedimientos administrativos. Función que, en ocasiones, se traduce en la emisión de informes en los que se advierte de una posible ilegalidad. En general, para justificar la elección de la opción de cuya ilegalidad se ha advertido, no basta la mera aportación de un informe externo de sentido contrario....la arbitrariedad exigida por el tipo penal no se apreciará por la mera contrariedad con el **derecho**, sino cuando no sea posible sostener lo actuado con ninguna interpretación de la ley que sea realizada con un método racional y, como tal, admitido en **derecho**".-

Aun así, interesa reiterar ( *STS nº 340/2012* ) que el delito de prevaricación **tutela** el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de **Derecho**, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de última ratio en la intervención del ordenamiento penal. En consecuencia, a los tribunales del orden penal no les corresponde el control de la actividad de las distintas Administraciones Públicas, que se atribuye a los del orden Contencioso-Administrativo. Como hemos dicho en otras ocasiones, no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria."

Siendo lo característico de toda prevaricación que la resolución dictada sea "arbitraria", término que sustituye al anterior de "injusta", que había sido entendido como algo más que meramente ilegal o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso, el actual concepto penal afecta exclusivamente a la injusticia clara y manifiesta, con verdadero y patente torcimiento del **derecho** por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Más específicamente, en la STS de 16 de Junio de 2.016 , citada en la hoy recurrida, se establece que una resolución será arbitraria cuando su finalidad es eludir los controles administrativos sobre el fondo de la actuación de que se trate, añadiendo además (con remisión a las STS 597/2014 y otras) que la omisión del procedimiento establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada paso tiene la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el **derecho**. Y que 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 estos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de la actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que la decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución.

II.- La sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª) sigue fielmente dicha interpretación jurisprudencial del delito de prevaricación administrativa, y califica acertada y motivadamente los hechos declarados probados como constitutivos de dicha figura delictiva, puesto que la decisión de la Alcaldesa que examinamos, es arbitraria e injusta, puesto que ordena suprimir el informe del Secretario del expediente porque no le agrada y va en contra de lo que ella tiene decidido, prescindiendo del mismo y ocultándolo, con el consiguiente menoscabo de un trámite que supone un mecanismo de control en el expediente administrativo, que se seguía además en el resto de los expedientes.

Y compartimos totalmente el razonamiento de que tal decisión de la Alcaldesa es una conducta prevaricadora, con independencia de que la resolución que finalmente se haya dictado en el expediente pudiera no ser abiertamente contraria a **derecho** o no resultar discutible en términos de legalidad administrativa, pues el núcleo de la conducta delictiva, prevaricadora, consiste precisamente en hurtar a los concejales de la oposición el informe del Secretario, contrario a la iniciativa o propuesta de nombramiento provisional de encargado de mantenimiento. No es necesario para ello tampoco entrar en la consideración de si tal informe del Secretario era o no preceptivo desde un punto de vista de la legalidad formal. No ofrece duda que el artículo 22 de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/85, de 2 de Abril) establece, como primera función del Pleno del Ayuntamiento, integrado por todos los Concejales, el control y fiscalización de los órganos de gobierno municipales. Y que el artículo 77 de dicha ley asimismo dice que todos los miembros de las corporaciones locales tienen **derecho** a obtener toda la información necesaria para su gestión de oposición y de control de la labor del equipo de gobierno. Por otra parte, puede que el Real Decreto 128/2018, de 16 de Marzo, que regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local, no prevea específicamente, como preceptivo, el informe del Secretario en los expedientes, pero no es menos cierto que el Real Decreto 2568/1986, de 28 de Noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en su artículo 177, establece que todos los expedientes (sin excepción), una vez conclusos, se entregarán en la Secretaría de la corporación que, después de examinarlos, los someterá al Presidente (en este caso la Alcaldesa). Tal examen conlleva lógicamente la comprobación de que la tramitación y la decisión que pueda resolver el expediente se ajustan al ordenamiento jurídico. En todo caso, que la emisión del informe no fuera preceptiva no obsta para que el Secretario, en uso de dichas facultades, pueda emitirlo, como así ocurrió, además en sentido desfavorable a la propuesta, decidiendo la Alcaldesa, por tal razón, quitarlo del expediente y ocultarlo a la oposición precisamente para evitar el posible control por parte de ésta última.

Y, en cuanto a que el citado informe haya finalmente llegado a conocimiento de los concejales, ello no pasa de ser una mera afirmación de la Defensa hoy apelante que no indica en qué momento se produjo, y, aún de haberse producido, sería ya en un momento muy posterior, cuando ya la decisión había sido tomada, habían transcurrido los plazos para su impugnación en vía contencioso-administrativa e incluso había quedado ya sin efecto la designación provisional del encargado de mantenimiento del Ayuntamiento, es decir, cuando ya se había conseguido el objetivo de la Alcaldesa acusada de sustraer su decisión al control del pleno del Ayuntamiento.

El motivo de impugnación, por tanto, es igualmente desestimado.

**CUARTO.**- La desestimación de los motivos de impugnación, y confirmación íntegra de la sentencia, justifican que las costas de esta segunda instancia se impongan a la parte apelante ( art. 901 LECr ).

En atención a lo expuesto, administrando justicia en nombre del Rey,

#### **-FALLAMOS-**

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Begoña, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª), en fecha 2 de Marzo de 2.022, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con arreglo a la



**ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, así como a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.**

E./

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ