



Roj: **SAP O 127/2017 - ECLI: ES:APO:2017:127**

Id Cendoj: **33044370032017100004**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **3**

Fecha: **23/02/2017**

Nº de Recurso: **1325/2016**

Nº de Resolución: **76/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANA MARIA PILAR ALVAREZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA: 00076/2017 COMANDANTE CABALLERO, 3 Teléfono: 985968771/8772/8773 213100

N.I.G.: 33044 43 2 2014 0105575

**APELACION PROCTO. ABREVIADO 0001325 /2016** Delito/falta: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA  
Denunciante/querellante: Jacinto Procurador/a: D/Dª BENIGNO GONZALEZ GONZALEZ Abogado/a: D/Dª  
CARLOS GONZALEZ VALDEON Contra: AYUNTAMIENTO DE TEVERGA, MINISTERIO FISCAL Procurador/a: D/  
Dª ISABEL QUIROS COLUBI, Abogado/a: D/Dª GONZALO BOTAS GONZALEZ,

**SENTENCIA Nº 76/17**

**ILMOS/AS SR./SRAS**

**Presidente/a:** D./DÑA. MARIA LUISA BARRIO BERNARDO RUA

**Magistrados/asD./DÑA. ANA ALVAREZ RODRIGUEZD./DÑA. AGUSTIN PEDRO LOBEJON MARTINEZ**

En OVIEDO, a veintitrés de febrero de dos mil diecisiete. Vistas, en grado de apelación, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, las diligencias de Juicio Oral nº 348/15, procedentes del Juzgado de lo Penal nº 1 de Oviedo, (Rollo de Apelación nº 1325/16), sobre delito de PREVARICACION ADMINISTRATIVA, siendo parte apelante Jacinto , cuyas demás circunstancias personales constan en las diligencias, representado en el recurso por el Procurador Sr. González González, bajo la dirección del Letrado Sr. González Valdeón, siendo apelado, AYUNTAMIENTO DE TEVERGA, representado por el Procurador Sra. Quirós Colubi, bajo la dirección del Letrado Sr. Botas González, siendo parte el Ministerio Fiscal y Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **Dña. ANA ALVAREZ RODRIGUEZ**.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Penal Nº 1 de Oviedo se dictó sentencia en las referidas diligencias de fecha 20 de octubre de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

FALLO: "Que debo condenar y condenado a Jacinto , como autor de un delito de prevaricación administrativa, ya definido, a la pena de inhabilitación especial para el cargo público de alcalde o de concejal por tiempo de siete años; e imponiéndole el pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Se reservan las acciones civiles que pudieran corresponder al Ayuntamiento de Teverga".

**SEGUNDO .-** Contra dicha sentencia se interpuso por la representación del condenado recurso de apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y remitido el asunto a esta Audiencia y repartido a esta Sección Tercera, se registró con el Rollo de Apelación nº 1325/16, pasando para resolver al Ponente que expresa el parecer de la Sala.

**TERCERO.-** Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia apelada y, con ellos, la declaración de Hechos Probados que se da por reproducida en esta alzada.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Oviedo, en autos de juicio oral nº 348/15, de los que dimana el presente rollo, es impugnada por Jacinto, quien, en su condición de condenado como autor de un delito de prevaricación del art. 404 del Cº Penal, solicita su libre absolución invocando en su fundamento error en la valoración de la prueba e infracción de precepto legal. La argumentación esgrimida, en fundamento del pretendido pronunciamiento absolutorio, va referida, a través del habitual recurso a error valorativo, al que se adiciona error de derecho, que gira sobre idéntico planteamiento, a la negación de la concurrencia, en el supuesto debatido, de los requisitos exigidos para la apreciación del delito de prevaricación. A tales efectos se impone recordar que tal y como señala la doctrina jurisprudencial, entre otras sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 "... el bien jurídico protegido- por el delito de prevaricación- estaría integrado por el correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, el ajuste de la actividad pública a lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución, que impone a los poderes públicos "el deber de servir con objetividad los intereses generales y de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho". Para que aflore el delito de prevaricación será preciso: 1) El dictado de una resolución por autoridad o funcionario en asunto administrativo. 2) Que sea contraria a derecho, es decir, ilegal. 3) Que esa contradicción con el derecho o legalidad pueda manifestarse en la falta absoluta de competencia o en el propio contenido sustancial de la resolución, de tal suerte que no pueda ser explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable. 4) Que ocasione un resultado materialmente injusto. 5) Que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho. Por resolución, por tanto, ha de entenderse "el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral, ya que lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, recayente sobre un asunto administrativo". Resolución arbitraria, equivale a resolución "objetivamente injusta", "en abierta contradicción con la ley" y de "manifiesta irracionalidad", hasta el punto de que sea posible afirmar que la resolución dictada no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto agente, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad".

**SEGUNDO.-** La tesis impugnatoria reproduce el planteamiento defensivo desarrollado en la instancia, cuestionando como punto de partida, el carácter arbitrario e injusto de las resoluciones administrativas de autos para, a continuación, descendiendo al plano de la culpabilidad, rechazar la intencionalidad, en los términos que se consignan en la sentencia apelada, negando que el recurrente dictara tales resoluciones "a sabiendas" de que las mismas eran injustas y arbitrarias. Un examen de lo actuado permite constatar que, en fecha 26 de agosto de 2013 el recurrente, Jacinto, en su condición de Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de Teverga, dictó resolución - obrante a los folios 99 a 103 de la causa- por la que se aprobaba las bases reguladoras que regirían el proceso selectivo para provisión de becas y contratos del programa de primera experiencia profesional - prácticas profesionales no laborales de jóvenes titulados con compromiso de titulación, y ello en el marco del Plan de Empleo para Jóvenes 2013-2014 subvencionado por la Consejería de Economía del Principado de Asturias. La base segunda de dicha convocatoria, bajo la rúbrica de PUBLICIDAD DEL PROCESO, establecía que "La selección se realizará por medio del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, que remitirá los candidatos disponibles en la Oficina del Servicio Público de Teverga para los perfiles ocupacionales demandados". En virtud de dicha resolución el proceso selectivo se entendió con una única aspirante, Casilda, hija del recurrente. La resolución de referencia, en concreto su base 2ª, resultó anulada por sentencia recaída en fecha 21 de mayo de 2014, en autos de procedimiento abreviado nº 270/2013 sustanciados en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo - obrante a los folios 2 a 16 de la causa-, al considerar, en esencia de su fundamentación, que la restricción geográfica de la convocatoria, limitada a la localidad de Teverga, contradice los principios constitucionales de publicidad e igualdad en el acceso a un empleo público, sentencia que fue confirmada íntegramente, por la dictada en fecha 22 de diciembre de 2014, en recurso de apelación nº 180/14, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Tales datos, cuya realidad objetiva se impone, permite sustentar, coincidiendo con lo concluido por el Juez de instancia, que la citada resolución, de la que cabe predicar sin género alguna su arbitrariedad, fue dictada por el recurrente a "sabiendas" de su contenido, claramente dirigido a que la única aspirante en el proceso selectivo fuese su hija, como así aconteció. Estamos en presencia de una resolución objetivamente contraria a Derecho y en tales términos lo declara el Juzgado de lo Contencioso - Administrativo en la sentencia reseñada, anulando su contenido. No desconoce la Sala la doctrina recogida, entre otras, en sentencia del T.S 815/2014 de 24 de noviembre, respecto al delito de prevaricación, según la cual "no toda resolución que contradice el Derecho es subsumible en esta infracción penal, sino solo aquella que presenta una contradicción patente y grosera que desborde la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, una desviación o torcimiento del derecho de



tal calado que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal". Y este plus de antijuridicidad se aprecia en la resolución analizada. No consta, ni siquiera se nos ofrece, una argumentación razonable que justifique jurídicamente el motivo o razón de la restricción geográfica de la convocatoria, a la localidad de Teverga, en donde, significativamente, se encontraba empadronada e inscrita en su oficina de empleo, la hija del recurrente. A tales efectos la defensa, aludiendo a respuestas descontextualizadas de algunos de los testigos que depusieron en el plenario, véase su referencia a lo manifestado por Nieves , directora de la oficina de empleo de Teverga, y por Amalia , Agente de Desarrollo Local, cuestiona la existencia de la citada restricción geográfica reiterando lo invocado en la instrucción pues, a su juicio, la convocatoria no restringía el acceso, al estar abierta, por vía de "disponibilidad", a todos los candidatos inscritos en Asturias. Tal aserto resulta inadmisibles por ausencia de correspondencia con la realidad. Los términos de la convocatoria, en clara referencia a los candidatos disponibles en la oficina del Servicio Público de Empleo de Teverga resultan meridianos y sin necesidad de interpretación alguna, como así se entendió, entre otros, por quien se encargó de publicitar la convocatoria a través de la página Web municipal, donde se hizo constar, como primer requisito de la convocatoria "el estar inscrito en la oficina de empleo de Teverga", de cuya lectura no cabe deducir otra consecuencia de que los posibles candidatos que no estuviera inscritos en la citada oficina, no iban a poder tomar parte en el proceso selectivo. Frente a tal constatación la invocación de la defensa atinente a que la convocatoria estaba abierta a todos los candidatos inscritos en Asturias, resulta inaceptable, pues de ser así, carece de sentido aquella especificación por la que el proceso selectivo se restringía geográficamente a la localidad de Teverga, de tal manera que, como señala la sentencia de lo contencioso- administrativo precitada, lo que no era más que un mérito valorable -3 puntos por estar empadronado en Teverga con una antigüedad de 2 años- se convirtió en un requisito para participar en el proceso selectivo de referencia. Omite el recurrente que, según consta al folio 261 de la causa, la oficina del Servicio Público de Empleo de Teverga, en contestación a la solicitud del Ayuntamiento para que le remitiera los candidatos disponibles, informó a la Corporación Local que en Teverga y localidades limítrofes solo había un candidato que reuniera los requisitos exigidos, preguntando si deseaban que se extendiera la búsqueda a otras localidades del Principado, a lo que, desde el Ayuntamiento, tras informarse de cuáles eran las localidades limítrofes que el Servicio Público de Empleo, por propia iniciativa , había consultado - resultando ser los municipios que integran la Mancomunidades del Camín Real y de los Valles del Oso -, se contestó por el Ayuntamiento, mediante un correo electrónico, obrante al folio 548 de la causa, en el que en lugar de aclarar que la búsqueda debía extenderse a todos los inscritos en Asturias, se dijo que no era necesario ampliar la búsqueda a otros Ayuntamientos y ello a pesar de que el Servicio Público de Empleo advertía, en su comunicación, que en el sondeo solo habían localizado a un candidato, candidato que era, precisamente, la hija del recurrente, Alcalde de la localidad. Así las cosas, se sucede la segunda de las resoluciones dictadas por el recurrente, en fecha 10 de septiembre de 2013, en la que se acuerda "solicitar al Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, un ingeniero técnico con la especialidad de forestal", resolución que adquiere especial significación al individualizar el perfil de los candidatos, ajustándolo a la titulación y especialidad de su hija, de tal manera que, como señala el Mº Fiscal, a través de las resoluciones examinadas, se acota el proceso selectivo a los inscritos en la oficina de empleo de Teverga que posean la titulación de ingeniero técnico forestal, requisitos que reunía la hija del recurrente y solo ella, al resultar incuestionable que fue la única candidata que concurrió al proceso selectivo, resultando seleccionada para la realización de las prácticas y posterior contratación laboral. Frente a tal constatación, resultan inútiles los esfuerzos argumentativos de la defensa, que en esta alzada se reiteran, en orden a justificar la necesidad de que el municipio contara con un titulado en ingeniería técnica forestal. A tales efectos es significativo que la justificación de tal necesidad se pretende en el procedimiento penal que ahora nos ocupa y no en el expediente administrativo en el que recayeron las resoluciones analizadas, dato puesto ya de manifiesto por el Magistrado de lo contencioso-administrativo quien en su resolución señala que "si bien ciertamente entra dentro del ámbito discrecional de la auto organización municipal el haber acotado la concreta titulación que fuera exigible, se estima que hubiera sido preciso se contase con una memoria o informe explicativo del servicio en cuestión que diera soporte a que se justificase el haber optado por una concreta titulación y no otra, pues precisamente es exigencia del ejercicio de actos de contenido discrecional el venir dotados de la correspondiente motivación - art. 54.1 f de la Ley 30/1992 -". No cabe, en este trance, entrar a considerar las necesidades que en materia forestal presentaba el Ayuntamiento de Teverga y menos aún de ponderar la forma de subvenir a tales necesidades, que es lo que "prima facie" parece plantear la defensa con su alegato. Es un hecho incuestionable tal y como afirma el magistrado de lo contencioso administrativo que la decisión de optar por la titulación de ingeniería técnica forestal aparece, en el expediente administrativo, desprovista de motivación alguna que permitiera conocer las razones que justificarían tal decisión; por su parte de lo manifestado por los testigos, se deduce que desde el año 1991, la Corporación solicitaba subvenciones en materia de planes de montes que incluía materia forestal, tales como fajas contra incendios, y sin embargo nunca se había convocado una plaza de ingeniero forestal, siendo así que solo episódicamente se había contratado a algunos ingenieros forestales, plaza que se convocó cuando la única preseleccionada era la hija del recurrente, sin que conste su necesidad por cuanto la gestión, acudiendo a puntuales contrataciones o a los



talleres de empleo, era correcta y cubría las necesidades que en materia forestal presentaba el Ayuntamiento que, desde otra perspectiva, ya contaba en su plantilla con un ingeniero técnico. Tales referentes conducen a compartir la conclusión alcanzada por el Juez de instancia al calificar de arbitrarias las resoluciones analizadas, por cuanto a través de las primera de ellas se restringía injustificadamente el ámbito geográfico en el anuncio de la convocatoria y por medio de la segunda se convocaba una plaza de infundada necesidad, cuyo dictado responde a una finalidad obvia como era que el Ayuntamiento, que el recurrente presidía en su condición de Alcalde, seleccionase a su hija para la realización de las prácticas y posterior contratación laboral, como así aconteció, al ser la única candidata en el citado proceso de selección. Resoluciones que fueron dictadas por el recurrente en el ejercicio de su ámbito competencial a sabiendas de su injusticia, sin que sea admisible la invocación de que no redactó materialmente su contenido, pues tal extremo no se cuestiona, al asumir con su firma su contenido como propio y por tanto como expresión de su voluntad, ni menos aún la alegación de que la decisión fuera adoptada por el equipo de gobierno, que en cualquier caso el recurrente preside ; ninguna duda le podía caber al acusado acerca de la arbitrariedad de las resoluciones por él dictadas, que acotaban los perfiles de la selección a los requisitos de índole geográfico y profesional que ostentaba su hija, incurriendo así en una contravención patente, flagrante y clamorosa del ordenamiento jurídico, para cuya comprensión y alcance, como acertadamente señala el Mº Fiscal, no se requiere especiales conocimientos jurídicos, que en cualquier caso nunca serían superiores a los precisos para desempeñar la labor de Presidente-Alcalde de una Corporación Local.

**TERCERO.-** Procede imponer las costas de la alzada al recurrente.

### FALLAMOS

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jacinto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo penal nº 1 de Oviedo en autos de juicio oral nº 348/15, de los que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con imposición al recurrente de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Devuélvanse los autos originales, junto con testimonio de esta Sentencia, de la que, además se llevará certificación al Rollo de Sala, al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso alguno, definitivamente juzgado en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.