



SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife, a 28 de junio de 2012.

El Ilmo. D./Dña. **CRISTINA GUERRA PEREZ**, Magistrada Juez del Juzgado de lo Penal Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, ha visto en juicio oral y público la presente causa del Procedimiento abreviado número 0000248/2009 instruida por el Juzgado de Primera Instancia Nº 4 (antiguo P. Inst. e Instr. Nº 4) de Arona, con el Procedimiento abreviado número 0000085/2008, por el presunto delito de prevaricación administrativa, contra D./Dña. **JOSE ALBERTO GONZALEZ REVERON** y **MANUEL BARRIOS RODRIGUEZ**, nacido el 23 de noviembre de 1958 y 30 de mayo de 1937, hijo de [REDACTED] y de [REDACTED], natural de Arona y Arona, con domicilio en Crta General, 18 y Arona, con DNI y DNI núm. [REDACTED] y [REDACTED], en la que son parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública, y el acusado de anterior mención, representado por el/la Procurador/a de los Tribunales D./Dña. **M. GLORIA ORAMAS REYES** y **MIGUEL ANDRÉS RODRÍGUEZ LÓPEZ** y defendido D./Dña. **JOSÉ RAMÓN PITTI REYES** y **FRANCISCO CABRERA DOMÍNGUEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia ante el **Juzgado de Instrucción nº 4 de Arona**, incoándose causa penal que dieron lugar posteriormente y una vez practicadas las diligencias necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, personas responsables de los mismos y el procedimiento aplicable, al **Procedimiento Abreviado 85/2008**, solicitando el Ministerio Fiscal, la apertura del Juicio Oral, pretensión a la que no se opuso la defensa, dictándose auto acordando la apertura de Juicio Oral.

El escrito de acusación el Ministerio Fiscal, calificó los hechos, en sus conclusiones literales que se transcriben a continuación, como constitutivos de: **"SEGUNDA:** *Los hechos anteriormente relatados en el apartado A del precedente son legalmente constitutivos de un DELITO CONTINUADO de PREVARICACIÓN previsto y penado en los artículos 405 y 74, en relación con el art. 24.2, del Código Penal.*

Los hechos relatados en el apartado B del antecedente son legalmente constitutivos de un DELITO de PREVARICACIÓN previsto y penado en el art. 405, en relación con el art. 24.2 del Código Penal.

TERCERA: *Los acusados son criminalmente responsables en concepto de autores de los arts. 27 y 28, párrafo primero, del Código Penal.*

CUARTA: *No concurren en los acusados circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.*

QUINTA: *Procede imponer a José-Alberto González Reverón la pena de multa de 7 meses a razón de 20 euros de cuota-día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas no satisfechas; inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 año y 6 meses; y el pago de la mitad de las costas procesales.*

Procede imponer a Manuel Barrios Rodríguez la pena de la pena de multa de 4 meses a razón de 20 euros de cuota-día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas no satisfechas; inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 año; y el pago de la mitad de las costas procesales."

Por su parte las defensas solicitaron la libre absolución de sus defendidos por los motivos que obran en sus escritos, pidiendo además la defensa del Sr. Barrios la apreciación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 Código Penal en su caso.

SEGUNDO.- Remitidas las actuaciones a este Juzgado se dictó auto sobre admisión de las pruebas propuestas, señalándose fecha para el comienzo de las sesiones del Juicio Oral.

TERCERO.- El día **21 de mayo de 2012** se celebró juicio oral. Practicada la prueba el Ministerio Fiscal elevó sus conclusiones provisionales a definitivas interesando una sentencia condenatoria en los términos expuestos en su escrito de calificación, sin embargo introdujo como calificación alternativa, (cuestión que había anticipado al comienzo de la vista a los efectos de ilustrar a las defensas) en la segunda conclusión calificaría los hechos como un delito continuado de prevaricación art. 404 CP y en la quinta solicita para cada uno de los acusados, como pena, la inhabilitación para empleo y cargo público por tiempo de ocho años.

La defensa del acusado JOSÉ-ALBERTO GONZÁLEZ REVERÓN solicitó definitivamente la libre absolución de su defendido por los motivos que consideró pertinentes.

La defensa del acusado MANUEL BARRIOS RODRÍGUEZ solicitó definitivamente la libre absolución de su defendido por los motivos que consideró pertinentes, pidiendo en su caso se apreciase la atenuante de reparación del daño del art. 21.5. del código Penal.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado de forma sustancial las prescripciones legales vigentes.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Se considera probado y así se declara que el acusado JOSÉ-ALBERTO GONZÁLEZ REVERÓN, nacido en Arona el día 23 de noviembre de 1958, titular del DNI. nº [REDACTED], sin antecedentes penales, en su condición de Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Arona, con conocimiento pleno de las advertencias y reparos de legalidad realizados por la Jefa de Sección de Gobierno y del Interventor del Ayuntamiento en fechas 26 de septiembre de 2003 y 16 de julio de 2004, respectivamente, en los que se le advertía de la ilegalidad en que se incurría en los expedientes por las repetidas irregularidades en las que se estaban incurriendo en la contratación directa o nominal de doña Eva González Moscoso y de doña María-Rosa Ruiz Alcalde, al omitirse el proceso selectivo previsto en la Legislación para el acceso del personal al servicio de la Administración Pública, en concreto lo dispuesto en los arts. 91 y 103 de la Ley 7/85, de 2 de abril, y artículo 177 del RDLeg. 781/1986, de 18 de abril, así como en el Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre, a sabiendas de su injusticia y de lo arbitrario de su proceder por contrario al ordenamiento jurídico aplicable, con constancia también del reparo del Secretario del Ayuntamiento adhiriéndose a los anteriores, dictó la resolución nº 4.863, de 21 de julio de 2004, por la que aprobaba la contratación de dichas personas como técnicos auxiliares de animación del citado consistorio a partir de los días 11 de septiembre de 2003 y 5 de agosto de 2003, respectivamente, y en ambos casos por un período de un año.

En ejecución de la citada resolución, el día 14 de octubre de 2003 se presentó en la Oficina de Empleo de Los Cristianos sendos contratos de trabajo en la modalidad de a tiempo completo y por Obra o Servicio determinado con números 232044 y 232039, formalizando así

la contratación de doña Eva González Moscoso y de doña María-Rosa Ruiz Alcalde en los términos reseñados en la citada resolución de 21 de julio de 2004.

Asimismo, este acusado, como Alcalde del citado Ayuntamiento, y con igual conocimiento pleno de las advertencias y reparos de legalidad realizados por la Jefa de Sección de Gobierno y del Interventor del Ayuntamiento, ambos por informes de fechas 30 y 31 de agosto de 2004, respectivamente, en los que se le advertía de la ilegalidad en la que se había incurrido en la selección de doña Eva González Moscoso, al conculcarse los principios de acceso a la Administración Pública, por tanto a sabiendas de su injusticia y de lo arbitrario de su proceder por contrario al ordenamiento jurídico aplicable, y nuevamente con reparo del Secretario del Ayuntamiento, dictó la resolución nº 5.566, de 1 de septiembre de 2004, por la que aprobaba la prórroga del contrato realizado a dicha trabajadora como técnico auxiliar de animación del citado consistorio.

El día 27 de diciembre de 2004, doña Eva González Moscoso, sin que conste que conociera de las irregularidades administrativas cometidas en su contratación, presentó ante el Ayuntamiento de Arona su renuncia a dicho contrato, con efectos desde el día 31 de diciembre de 2004.

SEGUNDO.- El acusado MANUEL BARRIOS RODRÍGUEZ, nacido el día 30 de mayo de 1937, titular del DNI. nº [REDACTED], sin antecedentes penales, en su condición de Alcalde Accidental del Ayuntamiento de Arona, dictó la resolución nº 5.032, de 2 de agosto de 2004, por la que aprobó la prórroga del contrario realizado a dicha persona como técnico auxiliar de animación del citado consistorio **sin que por el contrario se haya acreditado que lo hiciera con conocimiento pleno de las advertencias y reparos de legalidad** realizados por la Jefa de Sección de Gobierno y del Interventor Accidental del Ayuntamiento en informes del mismo día 29 de julio de 2004, en los que se le advertía de la ilegalidad en la que se había incurrido en la selección de doña María-Rosa Ruiz Alcaide, al conculcarse los principios de acceso a la Administración Pública, **por tanto sin acreditarse que actuara a sabiendas de su injusticia y de lo arbitrario de su proceder por contrario al ordenamiento jurídico aplicable.**

El día 27 de diciembre de 2004, doña María-Rosa Ruiz Alcaide, sin que conste que conociera de las irregularidades administrativas cometidas en su contratación, presentó ante el Ayuntamiento de Arona su renuncia a dicho contrato, con efectos desde el día 31 de diciembre de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUESTIONES PREVIAS.:

A. En la primera sesión convocada para juicio se planteó por las defensas, a las que se adhirió el Ministerio Fiscal, una denominada "cuestión de competencia por declinatoria". Dicha cuestión fue resuelta por Auto de fecha 20 de abril de 2012 a cuyos fundamentos me remito nuevamente y que no vuelvo a transcribir en la presente resolución en aras a la economía procesal y a la brevedad de esta sentencia.

B. En segundo lugar, al comienzo del acto del juicio, en la sesión de continuación, el Ministerio Público, como se ha advertido en los antecedentes de hecho planteó alternativamente otra calificación jurídica, señalando que los hechos podrían ser constitutivos de un delito de prevaricación del art. 404 y para este tipo delictivo la pena prevista en abstracto es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. Este nuevo planteamiento no fue objeto de protesta por las defensas ni se quiso utilizar al final del juicio la vía del art. 788.4 LECrim., por lo cual no se ha producido indefensión alguna.

Por su parte la defensa de D. Manuel Barrios Rodriguez planteó como cuestión previa la posible prescripción de los hechos. Pues bien, si ponemos en relación esa pena prevista, con lo establecido en el art. 131.1 del Código Penal, cuando la pena

de inhabilitación excede de 5 años y no excede de 10, el plazo de prescripción del delito es de diez años. Por lo cual no se dan los requisitos para considerar prescritos los hechos objeto de este procedimiento por simple comprobación de la fecha en la que ocurrieron los mismos (año 2004).

C. Sobre la adecuación al presente caso del tipo penal general de la prevaricación previsto en el art. 404, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo admite claramente en este caso, veáanse entre otras en sentencias como las de 10/12/2001 o más recientemente la nº 3228/2012 (nº de recurso 1653/2011): *“Por último, la desestimación del reproche casacional supone la consecuente desestimación de la pretensión alternativa formulada por el recurrente de calificar los hechos como delito del art. 405 C.P., que sanciona “... a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello”, pero que en este caso estaría prescrito. Pero, como con toda razón expone el Ministerio Fiscal, no solo es que esta subsunción no fue postulada nunca por el acusado ni en conclusiones provisionales ni definitivas, lo que supone una “cuestión nueva”, sino que en el caso presente no es tanto el **nombramiento** lo que es **ilegal** por no concurrir en una persona los requisitos para servir ese puesto de trabajo, sino que es **ilegal** el procedimiento en su conjunto utilizado para el acceso a la función pública de los distintos funcionarios que fueron nombrados, no se refiere pues a un **nombramiento** puntual, sino a una conducta o comportamiento global que tiene mayor entidad por vulnerarse los preceptos constitucionales a los que hemos hecho referencia, y no únicamente una normativa de legalidad ordinaria que parece que es más bien lo que protege el artículo 405 del Código, y en relación con un sujeto puntualmente determinado.*

En este sentido, la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo tiene establecido que aunque el nombramiento ilegal parezca, a primera vista, una especialidad de la resolución injusta, lo que podría llevar a considerar el art. 405 C.P. como precepto especial, es lo cierto que la actuación del acusado encaja en la tipicidad del art. 404, en tanto dicha actuación no es meramente ilegal, sino injusta y arbitraria porque mediante ella se facilitó el acceso a puestos de trabajo en la Administración pública municipal, haciendo caso omiso de las normas que lo regulan y de los principios constitucionales que inspiraron esa normativa legal.”

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados, después de la apreciación en conciencia por esta Juzgadora de las pruebas practicadas en el acto de la vista conforme a los principios de oralidad, publicidad, intermediación, contradicción y demás garantías procesales y constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, constituyen un delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal.

El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y que son esencialmente tres: 1º) servicio prioritario a los intereses generales; 2º) sometimiento pleno a la Ley y al derecho; y 3º) absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE).

En las sentencias del Tribunal Supremo Sala 2ª 627/006, de junio, y 1026/2009, de 16 de octubre se señalan como requisitos del delito de prevaricación: *en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea 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, ha de ser 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 con conocimiento de actuar en contra del derecho.*

En las mismas resoluciones, al tratar acerca de la separación entre infracción administrativa y penal, atribuida a la autoridad o funcionario que resuelve, se dice que "La jurisprudencia de la Sala II exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", "grosera", etc.) pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados.

SEGUNDO.- De dicho delito es autor el referido acusado JOSE ALBERTO GONZÁLEZ REVERÓN, por haber ejecutado material, voluntaria y directamente los hechos que se le imputan, conforme al artículo 28 del Código Penal, pues es la presunción de inocencia que le amparaba ha quedado desvirtuada por las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

Las pruebas de cargo desplegadas por la acusación han consistido fundamentalmente en: las declaraciones de los dos acusados, las declaraciones de la Técnico de personal del Ayuntamiento de Arona: Doña Carmen-Teresa Hernández Martín; del Interventor titular y el Interventor accidental del Ayuntamiento de Arona: Don Miguel-Ángel Rojo Garnica, y Don José-Javier Bethencourt Hernández; las declaraciones de las dos personas contratadas por el Ayuntamiento Doña Eva González Moscoso, y Doña María-Rosa Ruiz Alcaide; así como la documental incorporada a los autos y dada por reproducida sin impugnación alguna y de especial importancia en este caso.

Del análisis y valoración conjunta de todas estas pruebas se concluye que el Alcalde de Arona, D. JOSE ALBERTO GONZÁLEZ REVERÓN cometió según los hechos que se declaran probados un delito de prevaricación continuado, pues se ha acreditado que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos por el tipo penal. Es decir, como resultado del juicio se ha acreditado que D. José Alberto sabía lo que hacía y quería hacerlo y debe responder como autor del delito de prevaricación por las contrataciones y prórroga a las que se hace referencia en los hechos probados, al haber realizado una conducta irregular y un ejercicio de abuso de poder arbitrario, con el resultado de una lesión al interés colectivo.

A continuación analizo separadamente cada uno de los elementos del delito de prevaricación relacionándolos con el resultado de las pruebas practicadas en el juicio.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de prevaricación, previsto y penado en el artículo 404 del CP. Estos hechos no permanecen en el marco estricto del derecho administrativo y tienen encaje en el tipo penal, están motivados por el propósito claro e inequívoco de favorecer o perjudicar a alguna persona, en el presente caso un claro favoritismo y predeterminación hacia aquellas personas que habían trabajado previamente en la administración local. Tal y como recogen, entre otras, las SSTS 19/02/2006 y 25/11/2009, son varios los elementos que requiere el artículo 404 CP para la existencia del delito genérico de prevaricación administrativa:

1º Requisito del tipo penal: La cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las que de estos conceptos nos ofrece el *artículo 24 CP*. Se trata de un delito especial que no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida en la norma, lo que no excluye que estas personas puedan ser condenadas en calidad de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), cualidad ampliada en el supuesto a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición

directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular, como en este caso.

Ninguna duda cabe que tanto el Alcalde D. JOSE ALBERTO GONZÁLEZ REVERÓN como el teniente Alcalde D. MANUEL BARRIOS RODRIGUEZ en las fechas descritas en los hechos probados ostentaban tal cualidad.

Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición "in genere" de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (SSTS 22/12/1992 y 7/02/1994), o como dice la STS 23/03/2001 , ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto nos ofrece el artículo 119 CP , añadiendo a dicha cualidad de funcionario público, la exigencia de tener el mismo facultades decisorias. Lo que define la condición de funcionario es la participación en funciones públicas como establece la STS 10 julio 2000 , por lo que el delito de prevaricación de la autoridad o funcionario público se configura como un delito de infracción de un deber, puesto que los mismos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico del que son garantes y primeros obligados. Su actuación al margen y en contra de la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal.

Según el artículo 21 de la Ley de bases de Régimen Local 7/85 " *El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones: Aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas. Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre*".

Dado que cuando actuaron (firmando las respectivas decisiones) ambos acusados, lo hicieron como Alcalde titular y como Alcalde accidental respectivamente, es decir en su condición de autoridad de la administración local, no cabe duda de que se cumple el primer requisito del tipo penal.

2º Requisito del tipo penal: Que haya una **resolución injusta en asunto administrativo**, en términos del artículo 404 CP *arbitraria*, con lo que nos recuerda el inciso final del artículo 9.3 CE que prohíbe "la arbitrariedad de los poderes públicos". La "resolución" viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general.

En este punto, voy a distinguir cómo analiza la jurisprudencia tres aspectos que considero relevantes para el presente caso: el concepto de resolución y sus requisitos, en segundo lugar la materia u objeto de esta decisión que en el caso que nos ocupa es de contratación de personal en una corporación local y por último, el nivel de incumplimiento de la normativa violada con la actuación.

2.1 Que los dos acusados adoptaron las decisiones sobre contratación y prórroga de D^a Eva y D^a Rosa como personal para el Ayuntamiento de Arona, es cuestión indiscutida. Ellos mismos reconocieron tanto en instrucción como en el plenario que firmaron las resoluciones, tanto los decretos de contratación como las prórrogas y la documental incorporada a los autos, y que ha sido íntegramente admitida por todas las partes tiene el valor de prueba plena.

Figuran en la causa: las propuestas de la concejal de la Juventud primero de contratación directa y luego de prórroga tanto de Rosa (folios 364 y 384) como de Eva (folios 398 y 420 de los autos) las decisiones del Alcalde Sr González Reverón nº 4863 de 21 de julio de 2004 (folios 411 y 412 de las actuaciones) contratando a ambas personas, formando parte de su expediente personal, y junto a estas, los informes de reparo del Departamento de personal (folio 409 vuelta) y también del Interventor (folio 410), y los contratos enviados al INEM (folios 368 y 406).

Igualmente respecto a las prórrogas aparece documentado en el procedimiento:

- de Eva también los reparos de legalidad de personal (folio 423) y del Interventor (folio 424 y la decisión de prórroga de la Alcaldía nº 5566/2004(folio 425 de autos).
- de Rosa la propuesta (folio 382 y ss) reparos (folios 385y 386) y resolución del Alcalde accidental (el segundo acusado Sr. Barrios) nº 5032/2004 (al folio 387 de autos).

Si partimos de que los acusados reconocen haber adoptado las decisiones y que estas eran ilegales (las advertencias en los reparos eran claras y rotundas cuestión en la que posteriormente tendremos ocasión de profundizar) hay que analizar cuál es el contenido de estas decisiones, en qué medida eran ilegales y por qué las adoptaron.

Los argumentos utilizados por las defensas son pobres. La defensa del Sr. Reverón parte de que ambas personas ya estaban trabajando para el ayuntamiento, admite el propio acusado en su declaración en el juicio que él sí que sabía al acceder a su cargo en el ayuntamiento que para acceder a un puesto público había que pasar un procedimiento, sin embargo insiste en que ellas ya estaban contratadas.

No obstante con la simple lectura del contenido de los contratos se observa que se trata de dos nuevos contratos (con independencia de que anteriormente hubieran tenido otros) con fecha de inicio y fin, incluso de las propuestas se observa el cambio de categoría de una de ellas; y las otras son dos decisiones de prórroga de estos contratos. Y es por estas decisiones concretas por las que se les está juzgando , se trata de actos concretos e independientes, él es responsable de sus propias decisiones y no puede escudarse (como pretende en el juicio) en los comportamientos anteriores de otros, ni en la inercia o costumbre de irregularidades cometidas anteriormente en el Ayuntamiento. El Alcalde accedió al cargo público en un determinado momento, según él mismo señaló tres meses antes, y desde entonces tenía obligación de adoptar todas y cada una de sus decisiones conforme a la legalidad vigente y asumir las consecuencias en caso contrario. Las razones que haya tenido la fiscalía para no actuar anteriormente respecto a otros posibles responsables las desconocemos pero son ajenas a este juicio.

2.2 Dentro de los distintos supuestos posibles de prevaricación, el caso que nos ocupa es el de contratación de personal sin atender al procedimiento y requisitos legalmente establecidos. Así se pronuncia para un caso similar respecto del concepto de arbitrariedad, perfectamente aplicable aquí, el TS en sentencia de 23 de diciembre de 2003: "*Arbitrariedad que no radica en la decisión misma de cubrir determinadas plazas que, en hipótesis, podría haber estado objetivamente justificada por razón de las circunstancias concurrentes, sino en hacerlo prescindiendo absolutamente de los trámites de obligatoria observancia previstos para tales supuestos. En ellos, prevaleció la preferencia personal de quienes adoptaron las decisiones que es lo que precisamente se trata de evitar con la consagración constitucional y legal de los principios de mérito y capacidad aludidos. Es por tanto, en esta reiterada subversión de la ratio legis, donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. Injusta en sentido legal por arbitraria, debido a que en la dilatada secuencia de actuaciones se dio bastante más que el simple incumplimiento ocasional de alguna de las exigencias legales vigentes en la materia, puesto que se actuó con desentendimiento de todas*

ellas, contratando con un criterio personalísimo y opaco allí donde el orden jurídico imponía el máximo de objetividad y transparencia, en doble garantía de la calidad de la elección y de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público. “

Existen más supuestos de prevaricación de esta modalidad (adjudicación o contratación para plazas dentro del personal de la administración local) que han resultado condenados y es ilustrativa la jurisprudencia al respecto. Así entre otras sentencias sobre prevaricación en Ayuntamiento por contratación en plazas de personal:

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de julio de 2011 (confirmada por el TS 23/12/2003) sobre contratación de personal laboral en el ayuntamiento sin previa oferta pública de empleo ni selección de candidatos.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 31 de marzo de 2000, igual (y posteriormente confirmada en lo sustancial por TS 17/5/2002)

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 Jun. 2002, rec. 1776/2000

- y especialmente la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 375/2012, recnº 1653/2011, cuya motivación y filosofía acojo íntegramente en la presente, transcribiendo algunos de sus argumentos que hago míos en la presente, por ser perfectamente trasladables al caso que nos ocupa.

Llegados a este punto, hay que hacer referencia a la normativa que rige en esta materia de personal al servicio de la administración local. Como señala la jurisprudencia citada, la selección de personal laboral no es ni debe ser excepción a los principios constitucionales por los que imperativamente se rige el acceso a las funciones y cargos públicos de acuerdo con los artículos 23 y 103 CE, siendo inaceptable la contratación laboral de plano, sin procedimiento ni convocatoria de ningún tipo ni observancia de los principios de méritos y capacidad.

Incluso las razones de urgencia (y en este caso tampoco se ha acreditado la existencia de ninguna necesidad excepcional, ni tampoco causa de urgencia alguna) no pueden justificar que se prescinda de esos principios básicos; siempre existe la posibilidad de armonizar la agilidad y urgencia de la selección con un mínimo de garantía de la publicidad y de que se verifiquen con observancia del derecho de igualdad y atendiendo a factores no nominales o personales sino relativos a un mayor mérito o capacidad de los aspirantes.

En este sentido el artículo 27 del Real Decreto 364/95, 10 marzo, Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, lo establece para los funcionarios interinos. La Ley Reguladora de Bases del Régimen Local Ley 7/85 (en adelante LRBRL), recoge en su artículo 91 " *Las Corporaciones locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad* ".

El artículo 90 de la misma Ley " *Corresponde a cada Corporación local aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual. Las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo*

con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general. Las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública".

La regulación expresa del personal laboral y eventual, se recoge en el artículo 103 " *El personal laboral será seleccionado por la propia Corporación atendándose, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos".*

El artículo 19 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, vigente en la fecha de los hechos, impone a las administraciones una selección de personal, incluido el laboral, conforme a " *su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, concurso-oposición, oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad" .*

En el mismo sentido, se redactarían después los artículos 8 , 11 y 12 de la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público , referente al personal eventual que modifica la Ley 30/84.

Se infringen también los arts. 177 del Real Decreto 781/1986 que se remite a la ley de Bases ya citada,, y el Real Decreto 2720/1998 sobre contratos de duración determinada arts. 1 y 2 sobre contrato de obra o servicio.

Pues bien, todas estas normas han sido desatendidas en el caso de autos. No cabe duda de que las decisiones comprendidas en los hechos probados son ilegales atendidos los reparos de legalidad que las acompañan. Y no por una cuestión secundaria, o interpretable jurídicamente, no se incurre en un vicio parcial o subsanable, sino en una violación grosera, radical, absoluta, consciente y plena del derecho, anteponiendo claramente los intereses propios del Alcalde (personales suyos y de la concejala correspondiente) a los generales.

Sobre los reparos de legalidad deben destacarse varios aspectos:

Primero en cuanto a la forma, que figuran en la causa por escrito, formando parte de cada uno de los expedientes de personal y aparecían pues incorporados en ellos de forma independiente, constituyendo un documento aparte que precedía a la decisión adoptada. No cabe motivo para la duda o confusión.

En segundo lugar, en cuanto a su contenido:

1. Los reparos del Departamento de personal son tajantes, claros e ilustrativos. En el Informe de la Sección de Gobierno, la Técnico tras incorporar la propuesta de la Concejal de Juventud transcrita literalmente, en los dos primeros puntos, en el tercero, cuarto y quinto se hace constar su valoración o informe sobre la misma:

"Tercero.- Que dichas propuestas al tener carácter nominal infringe lo establecido en los artículos 91 y 103 de la Ley 7/85 de 2 de abril, y artículo 177 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, en cuanto que la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de Empleo Público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

...

A más abundamiento quien suscribe advierte de las repetidas irregularidades en la que se está incurriendo al omitir el proceso selectivo previsto en la Legislación para el acceso del personal al servicio de la Administración Pública. Es cuanto tengo que informar, no obstante Vd. resolverá.” (folio 409 vuelto).

Y en el caso de la prórroga, nuevamente se recuerdan las irregularidades anteriores y se advierte de la que afecta también a la prórroga:

En los hechos:

“Tercero.- De los datos obrantes en el expediente personal de la citada trabajadora, se desprende que no superó procedimiento selectivo alguno, conculcándose los principios de acceso a la administración Pública.

...

Y dentro de los fundamentos de derecho:

“Segundo.- No obstante, quien suscribe advierte del riesgo que supone la prolongación en el tiempo de estos contratos por obra o servicio determinado, especialmente cuando no está clara la autonomía y sustantividad propias del trabajo que desempeñan y se convierten en trabajadores que realizan actividades permanentes de la administración. Y como consecuencia el contrato podrá convertirse en indefinido, es por lo que quien suscribe pone reparo de legalidad”. (folio 423)

Es decir, se hizo una doble advertencia, no sólo que no se había seleccionado adecuadamente a la persona sino que además se estaba posibilitando que finalmente pudiera convertirse en trabajador indefinido para la Administración. Dos vicios inaceptables, que se suman, y agravan el reproche que merece la conducta.

Y la doble advertencia se realiza además en relación a dos personas distintas, tanto respecto de Rosa como de Eva, y con un año de diferencia temporal en cuanto a las prórrogas, durante el cual, la administración podría haber adecuado su conducta a la legalidad, pero no lo hizo.

Resulta ilustrativa además, la declaración en el juicio de la testigo D^a Carmen Teresa Hernández Martín, funcionaria de carrera Técnico de Grupo A, del equipo jurídico del Ayuntamiento de Arona, destinada en el Área de Recursos Humanos. Entre sus funciones explicó que informaban de los expedientes de personal, gestionando la contratación de personal, tanto inicialmente como en sus prórrogas. La Técnico explicó claramente el proceso, analizaban las propuestas de las concejalías, consultaban la normativa e informaban si eran o no conformes a derecho (a la normativa, a la interpretación jurisprudencial y a las directrices de la Comunidad Autónoma). Esta testigo no sólo ratificó sus informes en el juicio, sino que expuso perfectamente lo que ocurría en aquellos años en el Ayuntamiento. Afirmó que desde el 95 y 96 años hubo muchos convenios con el INEM, daban una subvención y venían personas contratadas por ellos durante un año o seis meses, pero cuando terminaban los convenios muchos trabajadores seguían trabajando. Pese a que al hacerles el primer contrato, ya su departamento advertía a los políticos de la irregularidad y también les advertían en las prórrogas, y les explicaban que no cabían estos contratos por obra, pese a ello no atendían a sus advertencias.

Se le preguntó por las defensas a la testigo por qué se hacía esta modalidad de contrato por obra, y ella explicó que al menos era una forma de controlar a los políticos y evitar que los contratos fueran indefinidos pues no tenían más opciones. Y se le preguntó también cómo era posible que su departamento redactase el documento incluido el reparo, y la decisión, y explicó que organizativamente lo

transcribía un auxiliar administrativo de su departamento aunque diciendo que era ilegal y que luego se pasaba a la firma del Secretario y del Alcalde.

Pero lo relevante para el delito, no es quién ni dónde se redactó el documento, sino por orden de quién se adoptó la decisión, quien decidió la resolución y quién la firmó. Pues lógicamente esa es la persona responsable de la misma y de sus consecuencias.

2. Los reparos de los Interventores son también claros y además dado que el informe es más breve, son evidentes a la simple vista del informe pues obra destacado en negritas y mayúsculas en el segundo párrafo la expresión:

*“no obstante lo expuesto con anterioridad y como quiera que la propuesta de contratación es nominal, conculca lo establecido en el artículo 91.2 de la Ley 7/85 de dos de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se opone por quien suscribe **REPARO DE LEGALIDAD** de conformidad con lo previsto en el artículo 196 de la Ley 39/88 de 28 de diciembre”.*(folios 410 y 424).

La declaración en el juicio de los dos Interventores tanto el titular como el accidental, confirmó la realidad expuesta por la Técnico de personal. D. Miguel Angel Rojo Garnica ratifico sus informes, y señalaba que al comprobar que la contratación era nominal, fiándose de la información que le daba personal, hacía constar que pese a que había crédito se formulaba reparo de legalidad, y añadió que tuvo que hacer 800 o 1000 informes de reparo en un solo año.

Este dato es significativo de la forma de actuación de los responsables políticos en el Ayuntamiento.

Por su parte, D. José Javier Bethecourt Hernández señaló que se limitaba a mantener el criterio de la Intervención General, ante una contratación nominal advertencia de reparo de legalidad, confirmando lo expuesto previamente por su compañero.

En tercero y último lugar esta juez destaca, que incluso en el texto mismo de las decisiones, se incorporan los textos de los reparos y se añade si cabe un último reparo más, cuando en el texto en el primer párrafo de la decisión, el Secretario del Ayuntamiento (otro funcionario de carrera con funciones de vigilancia de la legalidad en el ente local) señala que hace suyos los informes desfavorables de la Sección de Gobierno así como el reparo de legalidad de la Intervención de fondos (folio 411, 412 y 425 de autos). Si bien el Secretario no fue propuesto como testigo, obran los documentos incorporados al proceso y no impugnados por las partes.

Como conclusión de este apartado, considero que el Alcalde Sr. González Reverón, fue advertido de forma clara, contundente y reiterada de que si adoptaba estas decisiones, desatendería de forma injustificada todos los informes de las personas que tenían precisamente la función de asesorarle en materia de legalidad y que con su acción violaría claramente el derecho que rige obligatoriamente para el funcionamiento correcto del Ayuntamiento.

Demasiado simplista resulta el argumento de las defensas de que simplemente los acusados no leyeron los reparos, pues es una excusa infantil para quien desempeña un cargo público y nos lleva a preguntarnos si es que tampoco leyeron sus propias decisiones que los incluían expresamente. Esta cuestión se analizará más profundamente al referirnos al estudio de otro requisito del tipo penal, el dolo, por lo que me remito al tercer apartado de este fundamento jurídico.

2. 3 Ahora bien, la STS de 5 de marzo 2003, recuerda que no basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será

preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente. Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así, en efecto, de una contradicción patente y grosera (STS 1 de abril 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS 16 de mayo 1992 y 20 de abril 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal (STS 10 de mayo 1993). En todos estos casos (STS 2 de abril 2003), es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario.

Otras sentencias, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3CE. en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así 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 así 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. 18 mayo 1999 y 10 de diciembre 2001), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución, por no tener su autor competencia legal para dictarla, o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS de 23 de octubre 2000).

Puede decirse, 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 (STS de 23 septiembre 2002), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS de 17 de mayo 2002) 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 (STS de 25 de enero 2002). 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.

Para valorar la gravedad de la conducta del alcalde titular y el alcalde accidental en este caso hay que destacar una serie de aspectos:

Respecto a las plazas dependientes de la Concejalía de Juventud para las que fueron contratadas Eva y Rosa no se cumplió ninguno de los requisitos ni procedimientos legalmente previstos. La declaración de las dos interesadas primero en instrucción y luego en el juicio ha confirmado estos extremos. A ellas las llamaron y las contrataron directamente. No existió un proceso de selección en legal forma, no se publicaron las plazas en la oferta de empleo público, no se anunció la convocatoria en tablón y boletín (no se ha acreditado dicho anuncio, edicto o publicación) tampoco se hace constar en el expediente que existiera ninguna prueba de selección, ni baremación de méritos, ni mucho menos la concurrencia de otros aspirantes.

Accedieron a sus puestos de trabajo directamente, se trató de lo que comúnmente se denomina una contratación “a dedo”, directa y nominal.

Pero es más, es que al siguiente año, posteriormente cuando se les hizo una supuesta prueba de selección consistió únicamente en una “entrevista”, así lo reconocieron ellas mismas en sus declaraciones (folios 463 y 470) y en el juicio, y de la simple lectura de las preguntas y respuestas obrantes en los folios 54 y siguientes del expediente de personal se observa la falta de rigor en las pruebas, criterios de selección, ni hubo temario, ni examen escrito ni oral sobre temas, ni baremo de méritos, ni puntuación de las pruebas y sus resultados etc. Esta actuación pone de manifiesto la falta de respeto de los responsables municipales (cuando ya conocían incluso la sentencia del contencioso administrativo) por cómo debe establecerse un proceso de acceso a la función pública. Todas estas irregularidades en su forma de actuación, corroboran el dolo claro de su acción, que ellos contrataban a quien consideraban y por el procedimiento más acorde a sus intereses, sin atender a restricciones de legalidad.

El hecho de que posteriormente que el Ayuntamiento se viera obligado a hacer un plan de empleo y regularizar la situación de parte de su plantilla y finalmente las candidatas accedieran o no a sus plazas mediante auténticas convocatorias públicas, legales, mediante concurso oposición, nada acredita respecto al delito cometido. Toda la posterior documentación aportada por las defensas en el juicio, afecta a hechos posteriores que no son objeto de enjuiciamiento. Lo ocurrido en el Ayuntamiento de Arona en materia de personal, no viene sino a poner de manifiesto que el ámbito municipal es un lugar en el que a menudo se ha posibilitado y cometido de forma impune estas conductas, y que pese a los dirigentes locales se han sentido por encima del bien y del mal, en un mal entendido y pésimo ejercicio del poder municipal, finalmente los controles de legalidad de la jurisdicción ordinaria (contenciosa administrativa, aunque haya sido tardíamente, cuando desde el consistorio se admite que el problema lo es a gran escala) y también la penal, funcionan y obligan a todos los ciudadanos a obedecer las leyes establecidas en beneficio de la comunidad.

Admito que no podemos trasladar al campo del derecho penal toda irregularidad administrativa porque ello nos llevaría a una exacerbación del derecho punitivo proyectándolo indiscriminadamente sobre todas las áreas de la actividad administrativa, invadiendo parcelas primariamente reservadas a su específica normativa que tiene resortes, como ya se ha dicho, para corregir resoluciones o actos no ajustados a la legalidad, reconduciendo el conflicto a la vía judicial del orden contencioso-administrativo. Sólo como *última razón* debe intervenir el derecho penal cuando la decisión sea insoportable para la armonía del sistema jurídico y contravenga de manera flagrante, disparatada o absurda la normativa reguladora de la actividad administrativa introduciendo un factor de distorsión tan irregular que merece su corrección por la vía del derecho sancionador penal. Concluyendo, para que la resolución sea manifiestamente injusta la infracción de la normativa administrativa tiene que ser palmaria y evidente, de tal manera que se convierta en manifiestamente injusta.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, sin que baste la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción Contencioso-Administrativa y sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves.

Se ha advertido por la misma jurisprudencia (STS. 7 de enero 2003) de la dificultad que comporta la delimitación de la línea fronteriza entre la ilicitud

administrativa y la penal, y que con la Jurisdicción penal no se trata de sustituir, desde luego, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor revisora y 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 proporcionaba el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública en un injustificado abuso de poder.

Pues bien en este punto, por todos los motivos ya expuestos, considero que debe entrar en juego el derecho penal dadas las circunstancias tan graves del caso ya puestas de manifiesto. Y por lo evidente de la gravedad de la conducta, quiero hacer referencia como broche final, por su carácter bien descriptivo de la magnitud de la violación del derecho en este caso, al texto de la sentencia de lo contencioso administrativo que recayó en el supuesto de autos. Obra incorporado al folio 3 de la causa, testimonio de la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, recaída en el PA 621/2004, en la que actuaba como demandante la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias contra el Ayuntamiento de Arona. El objeto del recurso era el Decreto de contratación, el nº 4863/2004 de 21 de julio mediante el que se acordó la contratación de Eva y María Rosa.

En el antecedente tercero de la citada sentencia, tras analizar el expediente administrativo, se recoge literalmente: *“se ha omitido total y absolutamente el procedimiento de selección legalmente establecido... el Decreto está afectado de nulidad radical (y no de anulabilidad).”* Y en el fundamento jurídico tercero se concluye: *“procede declarar la nulidad de la contratación efectuada, sin perjuicio de la responsabilidad de otro orden en que haya podido incurrir el Alcalde de la Corporación demandada, al haber acordado la misma de forma arbitraria pese a las acertadas advertencias de ilegalidad efectuadas tanto por la Jefe de Sección de Personal como por el Interventor del Ayuntamiento, obrante a los folios 22 y 23 del expediente administrativo, remitiéndose copia de la presente sentencia al Ministerio Fiscal a los efectos oportunos...”*.

3º Requisito del tipo penal: Las personas que se puedan encuadrar como sujetos activos en el área delictual que incrimina el tipo de la prevaricación, tienen o deben tener un conocimiento especial de sus funciones y de las materias sometidas o entregadas a su competencia. Por eso a continuación analizo el otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los términos **"a sabiendas"**, que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. Dolo es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa, conciencia y voluntad del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado. Véanse entre otras muchas las sentencias de la Sala Primera del TS de 10/05/93, 20/04/95, 2/11/95, 1/04/96, 12/02/2001, 17/05/2002 y 5/03/2003. Por tanto, que actúe a sabiendas determina "que no solo elimina la posibilidad de comisión culpable sino también seguramente la comisión por dolo eventual" SSTTS 19/10/2000 y 22/09/2003.

Únicamente en este punto considero que sí es necesario realizar un tratamiento diferenciado de la intervención en los hechos de cada uno de los acusados, y valorar su distinta responsabilidad, exponiendo las razones que me han llevado a considerar la absolución del Sr. Barrios Rodríguez Alcalde en funciones.

Respecto al acusado Sr González Reverón se ha acreditado en el procedimiento que era pleno conocedor de la flagrante y grave irregularidad cometida, constan los informes ya referidos anteriormente, y la contratación la realizó con

conocimiento de que no se sometía a esas dos personas contratadas a ningún tipo de selección.

En primer lugar destacar que el Sr González Reverón es un titulado superior, afirmó en el juicio que es Licenciado en Geografía e Historia. En el juzgado explicó que previamente había trabajado como Director de una Oficina Financiera, es decir es una persona que accede a su cargo de Alcalde con madurez y con amplia (19 años) experiencia laboral previa en puesto de responsabilidad. Además, cuando adoptó sus decisiones ya llevaba dos meses ejerciendo como alcalde, tiempo suficiente para conocer no sólo los puestos existentes en el Ayuntamiento (Interventor, Secretario, Técnico de Personal) y la responsabilidad de cada uno, sino también sus propias funciones y obligaciones.

Pero es más, él no sólo reconoce que contrató a Rosa y Eva y les prorrogó los contratos, él reconoce también que mantuvo conversaciones con la Concejala de Juventud sobre estos casos, y que esta le dijo que iba a reordenar el Área. Aunque el acusado en el juicio intentó suavizar sus afirmaciones prestadas en la fase de instrucción, como imputado con presencia de letrado, en una clara estrategia defensiva, sin embargo esta juez les otorga especial valor pues son muy significativas como descriptivas de la realidad. En dicha declaración obrante al folio 441 de autos, en los cuatro primeros párrafos admitió claramente, que la concejala le dijo que tenía que darles más responsabilidad a estas dos trabajadoras para que coordinasen la sección, que quería reordenar el área y que las proponía a ellas dos pues conocían el área al no venir de la calle, y era mejor o más adecuado para el perfil de coordinador alguien que conociera el área. Esto es muy relevante pues determina el dolo en la decisión según su elección directa y personal. Incluso la propia concejala podría haber incurrido en responsabilidad, pero por motivos desconocidos para esta juez, no se le ha exigido por la Fiscalía, por lo cual atendiendo al principio acusatorio, permanece su intervención al margen de este juicio.

Admite el Alcalde en el juicio, que desde que llegó a su puesto, ya sabía que para acceder a la función pública había que pasar un proceso de selección específico, sin embargo se ampara en que pensaba que no se trataba de nuevos contratos sino de prórrogas (no obstante las decisiones, por su contenido, afectan a dos realidades distintas: dos contratos y dos prórrogas). Es indiferente que las empleadas hubieran estado o no contratadas ya con anterioridad en el Ayuntamiento, pues lo importante es que estas decisiones consistían en contratarlas de nuevo pues sus contratos ya habían concluido, y si pudiera existir alguna duda, ahí está la claridad de los reparos. Y con ocasión de las prórrogas igual, se recuerda el vicio en la contratación y en la propia prórroga.

Es decir, tanto el Alcalde como la Concejala hablaron de ello y decidieron lo que les convenía, sabían lo que hacían y quisieron hacerlo. Y no cabe duda para esta juez de su plena consciencia de lo que pasaba, pues a preguntas directas en el juicio la Técnica D^a Carmen Teresa afirmó que existió en este caso una relación directa y contacto entre personal y la concejala de Juventud, que pese a que esta quería reestructurar el área y cambiarlas de categoría, se le explicó clara y personalmente por la testigo que no podía hacerlo. Sin duda el Alcalde también reconoció sus conversaciones con la Concejala, conversaciones que forman parte del funcionamiento normal del Ayuntamiento y lógicamente es la concejala de Juventud la que transmitiría su voluntad al Alcalde, quien la asumió como propia, y junto a estas advertencias verbales, se pusieron todos los reparos posibles por escrito, pero los responsables políticos despreciaron groseramente los informes de los funcionarios.

Resulta una obviedad que no son ellos quienes pueden elegir a dedo y valorar la idoneidad o no de una persona para un puesto público (salvo en los excepcionales de personal de confianza) . Es evidente que pueden existir otros candidatos con tanta o mayor experiencia y méritos para desempeñarlo, y que pueden haber trabajado anteriormente en ese Ayuntamiento o en muchos otros.

Pero además, esta realidad forma parte de la cultura cívica del ciudadano medio, al ser un tópico que el ingreso en el servicio de las administraciones tiene un trámite reglado, y no es graciable ni se rige por el capricho de quien se halle investido del correspondiente poder de decisión.

En el presente caso, hemos expuesto que tanto los dos contratos de las dos candidatas indicadas en los hechos probados como las prórrogas, suponen una resolución arbitraria e injusta atendiendo a este concepto penal. La conducta llevada a cabo por el Alcalde , supone la discrecionalidad de la elección, no se cumplió la normativa administrativa existente, y se despreciaron los principios constitucionales básicos dada la forma en que se llevó a cabo esta contratación y las prórrogas.

Sin embargo pese a admitir que la prórroga del contrato de María Rosa también era ilegal, considero que respecto al acusado Sr. Barrios la respuesta penal no puede ser la misma. Las circunstancias a valorar en la conducta de este coacusado son distintas.

Se trata de una persona sin formación superior, tan sólo tenía estudios primarios y antes de acceder al cargo municipal era comerciante. Además dentro del Ayuntamiento era concejal de Urbanismo, y tan sólo firmó la resolución obrante al folio 387 de autos, un día en funciones de sustitución como primer Teniente de Alcalde. Si atendemos a la fecha de la decisión, resulta posible que realmente el día dos de agosto de 2004 , D. Manuel Barrios Rodriguez estuviera en el primer día de sustitución al Alcalde Titular por vacaciones de este , y le pasaran a la firma , el conserje , un gran bloque de expedientes abiertos para que firmase como "temas de trámite", según expuso él mismo en el juicio. Es creible que este acusado firmase automáticamente y sin leer los documentos y más importante aún es que no estuviera informado de nada, pues su negociado es distinto al de personal y al de juventud, y ninguno de los intervinientes en la causa, ha afirmado que hubiera hablado con él de este asunto, o estuviera al tanto de la reestructuración del otro área y menos de los problemas existentes, los reparos etc.Por lo cual, valorando conjuntamente todas estas circunstancias, considero que no se ha acreditado plenamente ni su conciencia ni su voluntariedad respecto a la decisión, y en consecuencia, en virtud del principio in dubio pro reo, procede la libre absolución del mismo.

4º Requisito del tipo: El carácter de la resolución. La STS de 8 de junio de 2006 sobre la base de la previa STS de 22 de septiembre de 1993, describe *resolución* a estos efectos como *"todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo.*

Pues bien, en el presente caso, este carácter de resolución lo tienen tanto las decisiones de contratación como las decisiones de las prórrogas, que obran perfectamente documentadas y reconocidas por sus autores.

5º. Requisito del tipo: Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, se entiende que además de la incidencia sobre el administrado, la resolución ha de tener una especial repercusión o afectación sobre la comunidad atacando en cierto modo a los intereses generales, o lo que en otros tipos se ha dado en llamar la causa pública. No se trata de la aplicación del principio de intervención mínima, sino de la protección de la Administración pública y de sus principios rectores. Debemos recordar aquí lo que se decía en las SSTs de 4 de diciembre de 2003 , y 31 de mayo de 2002 , el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros 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.

Respecto del " **bien jurídico** " protegido en este delito, es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE, lo que obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho Texto Fundamental (STS 16 de mayo 2003), que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican (STS 17/09/90). En este sentido, las SSTs 22 de mayo 2001 y 17 de julio de 2002 afirman " *no se exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle porque como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota* ".

Estos delitos fueron creados para proteger al Estado a quien le es fundamental el buen funcionamiento de sus órganos o el correcto ejercicio de sus funciones, tal y como recogen las STS 16 de octubre 2009 "Sobre el bien jurídico protegido debe quedar sentado que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros 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 intervención mínima del ordenamiento penal (SSTs 1015/2002, de 31 de mayo ; 331/2003, de 5 de marzo y 1658/2003, de 4 de diciembre , entre otras)."

En el mismo sentido y más recientemente la STS 8 de junio 2006 y la de 28 junio 2007 "Este delito, con independencia de que puede producir un daño específico a personas o servicios públicos, también produce un daño inmaterial constituido por **la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, porque de custodia de la legalidad se convierten en sus primeros infractores con efectos devastadores en la ciudadanía. Nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo a la Ley, y por tanto el apartamiento de esta norma de actuación siempre supone una ruptura de esta confianza que lleva aparejada la más grave de las respuestas previstas en la sociedad democrática, la respuesta penal**".

En el presente caso, se ha afectado sin duda a este bien jurídico. El ayuntamiento de Arona, es uno de los ayuntamientos más importantes dentro de la isla de Tenerife. Ejerce variadas competencias que afectan a ciudadanos tanto españoles como extranjeros que residen o visitan su territorio. Cuenta para ello no sólo con una gran plantilla de personal, sino que coherentemente también está dotado de

infraestructura y medios personales entre los cuales se encuentran varios funcionarios de carrera , Secretario, Interventor y Técnicos, los cuales ejercen su labor de asesoramiento jurídico a los cargos políticos y vigilan para que los actos administrativos cumplan con los requisitos establecidos por las leyes.

En este supuesto el Alcalde ha abusado de su poder de forma arbitraria, no sólo no ha atendido a los informes de aquellos, sino que además con su actuación ha lesionado los derechos de otros ciudadanos que pudieran haber accedido a dichos puestos y ha dañado además la imagen del ente local. Estas razones, y el resto desarrolladas a lo largo del presente fundamento, justifican plenamente que su conducta sea merecedora del reproche penal, y que mediante esta condena sea apartado de su cargo, pues ha demostrado que no es persona adecuada para el ejercicio del mismo, finalidad última que se persigue con la tipificación y con la pena prevista para el delito de prevaricación.

TERCERO.- LA PENA y LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL:

LA PENA: El artículo 404 del Código Penal establece para el delito de prevaricación cometido por autoridad o funcionario público una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. El artículo 42 del Código Penal indica que la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Añade el artículo que esa pena produce además la incapacidad para obtener el mismo empleo, cargo u otros análogos durante el tiempo de la condena, así como que en la sentencia debe especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

Teniendo en cuenta estas normas y lo dispuesto en los artículos 61 y 66 del Código Penal, procede imponer a JOSE ALBERTO GONZÁLEZ REVERÓN, como autor de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración local.

Concretamos la inhabilitación en el desempeño del cargo público de Alcalde, concejal o de cualquier empleo por cuenta de una administración local, pues fue en el desarrollo de las funciones de Alcalde cuando el condenado cometió el delito por el que se le condena, y se establece la inhabilitación para evitar que no sólo mediante elección o nombramiento sino también por la vía de la contratación, ya fuese laboral o como personal de confianza, se pudiese conseguir que el condenado pase a desempeñar funciones públicas semejantes a las que aprovechó para cometer los delitos por el que ha sido condenado, que es la finalidad que considero debe tener la pena impuesta.

LA CONTINUIDAD DELICTIVA: Nos encontramos ante un supuesto de continuidad delictiva, al haberse acreditado la comisión de tres delitos de prevaricación que se corresponden a los dos Decretos de la Alcaldía mediante los cuales se decidieron los dos contratos y el tercero que decidió la prórroga emitidos por todos por el Alcalde Sr. González Reverón.

De conformidad con el art. 74 del Código Penal y apreciándose en este caso el aprovechamiento de idéntica situación fáctica para la emisión de ambos Decretos nº 4863 por el Alcalde respecto de los dos contratos de Eva y Rosa, y la prórroga de Eva nº 5566 y hallándose la acción presidida por el mismo propósito ilícito, lesionando evidentemente el mismo precepto penal y bien jurídico, es obligado aplicar la pena correspondiente al delito, en su mitad superior.

Ello no obstante pese a que la pena en su mitad superior se extendería desde los 8 años y 6 meses, a los 10 años, el Ministerio Fiscal ha solicitado como pena inexplicablemente ocho años de inhabilitación.

En este caso, sobre la imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación, se dictó el Acuerdo del Tribunal Supremo de 27/12/2007 *“El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”*.

En virtud de este acuerdo la pena a imponer sería la legalmente prevista para el delito continuado de prevaricación, es decir, desde los 8 años y 6 meses, a los 10 años de inhabilitación. En todo caso, la pena de la inhabilitación especial impuesta comprende la privación definitiva del cargo de Alcalde Presidente y honores anejos y la incapacidad para obtener el mismo cargo, u otros en la administración local como hemos expuesto.

LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL:

Concurre en el condenado la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de atenuante de dilaciones indebidas, considerando que los hechos datan del año 2004, han transcurrido ocho años hasta la celebración del juicio, pues es destacable que sólo en este órgano judicial el procedimiento ha esperado más de dos años únicamente para el señalamiento de vista de juicio. Y en cuanto a la fase de instrucción atendidas la naturaleza y complejidad de la causa no justifican dicha demora tan excesiva. Hay que advertir primero que hasta dos años después de cometidos los hechos no se interpuso la denuncia y que la declaración como imputado del Sr. González Reverón se produjo ya en el mes de junio de 2007, transcurre un año hasta que se dicta el auto de Procedimiento Abreviado en agosto de 2008, y hasta marzo de 2009 no se califica por el Ministerio Fiscal, y tampoco pueden imputarse las dilaciones al comportamiento de ninguno de los reos; así estimo que procede apreciar la concurrencia de esta atenuante a favor del reo, como muy cualificada, y por ello, se fija la pena bajándola en un grado y en dentro del tramo inferior se concreta en cuatro años y seis meses de prisión.

Se eleva tres meses sobre la duración mínima, pues se destaca negativamente que el tenor literal de los reparos era claro y el número de reparos ha sido elevado, dictados en distintas fechas y procediendo además de distintas personas (no una sola) y con las categorías jurídicas de los cargos que ostentaban (ni más ni menos que la Jefa de la Sección de Personal grupo A de funcionario, y el Interventor cuerpo de Habilitación Nacional y por último el Secretario que también hizo suyo los anteriores) y también se valora que las decisiones han afectado a dos cargos públicos distintos y a dos personas diferentes; pero tampoco el resto de circunstancias concurrentes en los hechos justifican mayor reproche penal derivado de los mismos y positivamente debe considerarse que el propio acusado carece de antecedentes penales, lógicamente. Es decir, valorando estas circunstancias conjuntamente, se fija la pena en cuatro años y seis meses de inhabilitación.

Sin embargo en este caso, no se ha acreditado en modo alguno, la reparación del daño causado (art. 21.5 CP), cuestión que había sido alegada por la defensa del Sr. Barrios por lo que directamente se desestima la alegación. Según el Código Penal constituye circunstancia que atenúa la responsabilidad penal *“la de haber procedido el*

culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral .

Resultaría muy complejo reponer el daño realmente causado, pues supondría una retroacción del proceso selectivo al momento inicial, y además nada se ha acreditado sobre que realmente hayan sido los acusados los que con su comportamiento hubieran realizado dicha actuación de forma voluntaria. Tanto las renunciaciones de las dos empleadas, surgen de forma espontánea como una decisión personal de ellas (así está documentado, como renuncia, no cese, ni despido, ni revisión del acto) , y de lo que son realmente consecuencia directa, es de la decisión judicial del procedimiento contencioso administrativo, que declaró nulos sus contratos.

Y la posterior actuación del Ayuntamiento con elaboración del plan de empleo que parece haberse realizado, no es sino el desenlace inevitable de una final adaptación a las leyes, de la lamentable situación de gran parte de la plantilla del ente local, que se encontraba al margen de la legalidad, pero adecuar dicha situación a las normas no ha sido sino provocada obligatoriamente por los múltiples recursos contencioso administrativos, informes jurídicos desfavorables, denuncias y las sucesivas sentencias. En estas circunstancias no puede considerarse que se hayan acreditado los requisitos que la jurisprudencia exige para la aplicación de la reparación del daño como atenuante, que deba favorecer al aquí condenado, y así lo señala la jurisprudencia cuando excluye como supuestos aplicables de la reparación del daño *“las conductas impuestas por la Administración”*, (Auto del Tribunal Supremo de 12/7/2007 o Sentencia del Tribunal Supremo de 20/10/2006). En este caso no sólo han tenido que intervenir la Administración Autonómica sino que incluso ha sido necesario e imprescindible la actuación del poder judicial.

CUARTO.- Asimismo prescribe el artículo 123 del Código Penal y el artículo 240 de la L.E.Cr. que las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, por lo que en el presente caso procede su imposición al acusado D. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ REVERÓN pero únicamente de la mitad, pues el otro acusado ha resultado absuelto.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación y en nombre de S.M. el Rey.

FALLO

Que debo **CONDENAR Y CONDENO** al acusado JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ REVERÓN como autor penalmente responsable de un delito continuado de PREVARICACIÓN del art. 404 en relación con el art. 74 del Código Penal, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA CARGO PÚBLICO en la Administración local y; con privación del cargo de Alcalde presidente y de los honores anejos y la incapacidad para obtener este mismo cargo u otros en la administración local, durante el tiempo de la condena. Se le condena igualmente al abono de la mitad de las costas procesales.

Que debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** al acusado MANUEL BARRIOS RODRÍGUEZ del delito de PREVARICACIÓN de que venía acusado con declaración de la mitad de las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de apelación en el término de

diez días para ante la ILTMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE.

Una vez firme la presente, procédase a su ejecución sin más trámite y comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Estando presente yo, el/la Secretario/a Judicial, la anterior sentencia fue leída y publicada, en el día de la fecha, por el Magistrado-Juez que la suscribe, mientras celebraba Audiencia Pública. Doy fe.