



Sección Segunda de la Audiencia

Provincial

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 50 - 57 - 922 20 89 37

Fax.: 922 20 86 49

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000248/2009

Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife

Rollo: Apelación sentencia delito

Nº Rollo: 0000172/2012

NIG: 3800631220060004771

Resolución: Sentencia 000508/2012

Intervención:

Fiscal

Interviniente:

Ministerio Fiscal

Abogado:Procurador:María Gloria Oramas
Reyes

Apelante

Jose Alberto Gonzalez
ReveronJosé Ramón Pitti
ReyesMaría Gloria Oramas
Reyes

Acusado

Manuel Barrios
RodriguezFrancisco Cabrera
DomínguezMiguel Andrés
Rodríguez López**SENTENCIA**

Ilmos. Sres.

Presidente.

D. Joaquín Astor Landete (Ponente)

Magistrados:

Dª Francisca Soriano Vela

D. Fernando Paredes Sánchez

GLORIA ORAMAS
PROCURADORA

21 NOV 2012

NOTIFICACION

En Santa Cruz de Tenerife a 19 de noviembre de 2.012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento abreviado 248/09 se dictó sentencia con fecha de 28 de junio de 2.012, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"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"

SEGUNDO.- En dicha sentencia constan relacionados los 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] -H, 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 _____-I, 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 prorroga 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 la 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"

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. José Alberto González Reverón, el que admitido a trámite se confirió traslado al Ministerio Fiscal, formalizándose la impugnación que obra en autos, y se elevó la causa a este Tribunal mediante oficio remisorio de 31 de octubre de 2012, con entrada en esta Sección el 5 de noviembre, que en el rollo 172/12 señaló el día de la fecha para la deliberación, votación y fallo.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los hechos probados de la sentencia ya relacionados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la defensa del recurrente se interesa por vía de Otrosí la reiteración de las pruebas practicadas en el juicio oral de declaración del acusado y de la testigo que cita y la práctica de declaración de dos nuevos testigos no propuestos para el juicio, interesando la celebración de vista de apelación. Dicha cuestión ya fue resuelta en auto de esta Sala de fecha 13 de noviembre:





La pretensión de reiteración de las pruebas practicadas en la instancia carece de cobertura en nuestro ordenamiento jurídico, a la vista de lo dispuesto en el artículo 790 y 791 de la Ley de enjuiciamiento Criminal, en las apelaciones contra sentencias condenatorias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos(SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovic c. Moldavia EDJ2007/205995 ; 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España EDJ2008/233850 ; y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España EDJ2009/15990), el Tribunal Constitucional(TC. S. 127/2010, de 29 de noviembre de 2010; 184/09, de 7 de septiembre de 2009; 347/2006, de 11 diciembre; 168/2005, de 20 junio y 167/2002 (Pleno), de 18 septiembre) y el Tribunal Supremo(S 450/2011,18-5-2011, 650/2003 de fecha 09/05/2003 y 71/2003 de fecha: 20/01/2003) han exigido la inmediación en la segunda instancia, en aplicación de lo previsto en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en supuestos de *reformatio in peius* cuando se trate de modificar, revisar o valorar los hechos probados y alterar el signo absolutorio de la resolución de la instancia.

La función revisora de la segunda instancia no consiste en una nueva valoración de la prueba, la que incumbe al juzgador en su inmediación, sino a la valoración de la estructura racional de la motivación de la sentencia, consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos por parte del juzgador de instancia y en definitiva si éste ha contado con una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada (STS 508/2007, 609/2007, 888/2006, 898/2006).

En el caso litigioso, la apelación de la sentencia se circunscribe en valorar si los hechos probados y no cuestionados y los que pretende adicionar la parte, a lo que se dará oportuna respuesta, permiten la subsunción de la sentencia condenatoria en el tipo delictivo del artículo 404 del Código Penal, como delito de prevaricación. La defensa no cuestionó la nulidad de los contratos, lo que ya se resolvió en la jurisdicción contenciosa administrativa, sino el dolo en la actuación. En conclusión, la función revisora se limita a una cuestión de derecho, sobre la base de la fundamentación condenatoria de la sentencia de instancia, lo que excluye la necesidad de la vista y especialmente la reiteración de la prueba personal. El derecho aun juicio justo, con las debidas garantías y proscripción de la indefensión, practicada la inmediación, contradicción y publicidad en la instancia, resulta plenamente compatible con el ordenamiento jurídico español y sin perjuicio de que pudiera ser manifiestamente mejorable.





Se pretende por el recurrente la práctica en la segunda instancia de la prueba testifical que propone. Dicha prueba estaba a disposición de la parte y omitió su proposición para la práctica en el juicio oral, por lo que tal pretensión no se ajusta a ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 790.3 de la Ley de enjuiciamiento Criminal. Alega el recurrente que no pudo proponer dicha prueba en la instancia por cuanto la condena se fundamentó en el supuesto del artículo 404 y no en el del artículo 405 objeto del escrito provisional de acusación. Tal alegato debe rechazarse por una doble motivación. En primer lugar la calificación definitiva del Ministerio Fiscal está basada en los mismos hechos alegados en escrito de conclusiones provisionales y ambos preceptos se sustentan por una misma antijuricidad y coinciden en elementos esenciales del sustrato fáctico, de modo que la alteración de la calificación no habría excluido la hipotética necesidad ahora alegada de la declaración de los testigos. El precepto procesal citado exige para la pertinencia de la prueba que no se hubiera podido proponer en la primera instancia, lo que excluye las omisiones imputables a la misma parte. En segundo lugar, alega el propio recurrente que ya el Ministerio Fiscal adelantó en la fase de cuestiones previas, como respuesta a la alegación de prescripción, en la segunda sesión, la modificación de la calificación jurídica de los hechos, a fin de formular calificaciones alternativas, lo que evidentemente permitió una mejor defensa de la parte. Dicho cambio está previsto en la Ley procesal, para el ulterior momento de las conclusiones definitivas, siempre que no suponga una modificación sustancial del relato fáctico y no origine indefensión a la parte. En todo caso, prevé el artículo 788.4, siguiendo al 732, que la defensa podrá solicitar un aplazamiento de la sesión y proponer nuevos medios probatorios de descargo acorde al cambio de calificación, y en su defecto dejar constancia del motivo de la indefensión y de la debida protesta a los efectos de recurso. Nada de ello se hizo en el momento procesal, pese a que la Juzgadora se lo ofreció expresamente a las defensas, que renunciaron, por lo que no puede pretenderse suplir la inactividad procesal de la instancia en este trámite, toda vez que ello llevaría a la necesidad de repetir el juicio oral, pues no se puede hacer un examen fraccionado de la prueba personal. Finalmente dicha prueba debía declararse impertinente por cuanto la pretensión de la defensa se funda en lo firmado por dichos testigos y que fue traído al procedimiento, en el acto de la vista oral, como prueba documental por la misma defensa y en la documental de la instrucción aportada a la vista, sin que mediare impugnación de contrario.





SEGUNDO.- Se alega como motivos de recurso, sobre la base del quebrantamiento de las normas y garantías constitucionales, la vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley; en relación con el fondo del asunto se alega la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia, por omisión de hechos como declarados probados, con relevancia exculpatoria; sobre el error en la apreciación de la prueba al no valorar debidamente los efectos de la previa contratación municipal de las dos trabajadoras afectadas y por afirmar el carácter doloso de la acción; por vulneración de normas sustantivas del ordenamiento jurídico por aplicación indebida del artículo 404 del Código penal y todo ello en los términos que resultan del escrito de recurso.

Como primer motivo de recurso se alega el quebrantamiento de las normas y garantías constitucionales por la vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley. En resumen se alega que la no acumulación de procedimientos propuesta como cuestión previa y resuelta mediante el auto de fecha 20 de abril de 2.012, vulnera el derecho al juez predeterminado por la Ley al impedir el enjuiciamiento en un único procedimiento de hechos conexos, susceptibles de ser objeto de una sola condena como delito continuado, más beneficioso para el acusado, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 300 de la Ley procesal, en relación con el artículo 17.5º. Sobre la base de dicha formulación se pretende la anulación de la sentencia y retroacción de las actuaciones para proceder a la acumulación.

La cuestión, tal y como la plantea la parte consistiría en la acumulación de las diligencias que se instruyen en los Juzgados de Instrucción de Arona 2 y 5, con las que han dado lugar al presente enjuiciamiento, procedentes del Juzgado de Instrucción 4 de dicha localidad. Pues bien, no se puede haber vulnerado el derecho al juez natural, cuando el órgano de enjuiciamiento, resultante de dichos procedimientos, a la vista de la imputación delictiva por prevaricación y delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, solo puede ser el Juzgado de lo Penal de Santa Cruz de Tenerife que por turno corresponda. En su consecuencia el Juzgado que enjuició la causa es competente para el conocimiento de la misma y para el de la acumulación en el supuesto de haberse practicado, por lo que no se ha producido la vulneración alegada. En su caso se podría alegar una vulneración de normas procesales relativas a la acumulación procesal, conforme al artículo 300 citado. Sin





embargo dicha acumulación no vulnera la competencia objetiva y sobre la base de la conexidad del artículo 17.5 no se puede plantear entre los juzgados de instrucción y el juzgado de lo penal, conforme a las normas del artículo 18, ni se puede suscitar la cuestión de competencia conforme a los artículos 19 y siguientes. Para que se pueda proceder a la acumulación de las causas estas deben estar en el mismo estado procesal, mientras que en el caso que nos ocupa la cuestión se planteó en el juicio oral y las otras causas que se siguen en los Juzgados citados están en vía de instrucción, habiéndose suscitado una cuestión de competencia entre los respectivos Juzgados y sin que en ningún caso se hubiera acordado la apertura del juicio oral, tal y como se documentó en el trámite de las cuestiones previas de la segunda sesión. Llama la atención que en las causas que se suscitan en los citados juzgados de instrucción haya sido el mismo acusado el que ha interpuesto recurso contra el auto de inhibición que hubiera permitido la acumulación de dichas causas, lo que se solventó por resolución de la Audiencia Provincial. La falta de dicho requisito procesal impide la acumulación, pues no se puede excluir el sobreseimiento de las causas, ni el cambio de calificación como consecuencia de la acusación que se formule en el trámite de conclusiones provisionales. Finalmente la defensa esperó hasta el acto del juicio oral para formular dicha pretensión, la que debió haber formalizado cuando todas las causas estaban en trámites de instrucción, por lo que se desentendió de lo que ahora considera vulneración de derechos constitucionales.

Ante la falta de parámetros para determinar la concurrencia de los requisitos de la acumulación y ante la divergencia de fase procesal, estándose celebrando juicio oral, la resolución judicial era conforme al principio de un juicio sin dilaciones indebidas, que integra el derecho constitucional a un juicio con las garantías debidas y es principio inspirador de la acción de la Justicia.

La continuidad delictiva del artículo 74 del Código Penal, exige para su apreciación la concurrencia de un elemento objetivo, determinado por la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, de una pluralidad de acciones u omisiones, que infrinjan el mismo precepto penal o varios de pero de igual o semejante naturaleza y que dichas acciones u omisiones se realicen en un determinado contexto temporal y espacial y por un mismo sujeto, sin perjuicio de poder mediar otros partícipes. Junto al elemento objetivo debe concurrir un elemento subjetivo, determinado por la existencia de un plan delictivo preconcebido. En el supuesto de que la acumulación de autos hubiera permitido la calificación de





habitualidad delictiva, en beneficio del reo, dicha cuestión puede solventarse por la vía de la singularización de la pena en un ulterior proceso, de modo que la pena final en ambos juicios se acomode al principio de proporcionalidad a fin de ajustar las penas a la culpabilidad prevista en la norma, esto es limitar el rigor punitivo a la pena global que prevé la norma en caso de enjuiciamiento conjunto como delito continuado, bien aplicando la técnica del descuento, sobre la base de la pena legalmente prevista (STS 20.4.2004) o bien la de sancionar hasta el límite legal por la suma de las penas, aunque la pena resultante no se corresponda con la pena prevista en la norma para el delito (STS 18.10.2004).

La aplicación de cualquiera de los supuestos analizados, excluiría cualquier atisbo de indefensión, para el supuesto de que los ulteriores jueces del enjuiciamiento, en su caso, tuvieran razones jurídicas para afirmar que de haber estado las causas acumuladas, si hubiera sido procesalmente pertinente y sustantivamente procedente por mediar los requisitos antes apuntados y en particular la homogeneidad en la técnica comisiva, como requisito más esquivo, la sentencia única hubiera apreciado la habitualidad delictiva.

TERCERO.- En relación con el fondo del asunto se alega la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia, por omisión de hechos como declarados probados, con relevancia exculpatoria; sobre el error en la apreciación de la prueba al no valorar debidamente los efectos de la previa contratación municipal de las dos trabajadoras afectadas y por afirmar el carácter doloso de la acción. Dichos motivos así sintetizados constituyen propiamente un solo motivo de recurso basado en el error en la apreciación de las pruebas, conforme al artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que permite el examen conjunto.

En relación con dicho motivo de recurso debemos recordar que la facultad de libre apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, reconocida en el artículo 741 de la citada Ley, es plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, únicamente debe ser rectificado, cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador "a quo" de tal magnitud y diaphanidad





que haga necesaria, con criterios objetivos y sin en el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo, a fin de acoger el error en la apreciación de las pruebas, que exista en la narración descriptiva supuestos inexactos, que el error sea evidente, notorio y de importancia (S.T.S. de 11-2-94), que haya existido en la prueba un error de significación suficiente para modificar el sentido del Fallo. (S.T.S. de 5-2-1994). En este mismo sentido la Sentencia Tribunal Supremo núm. 908/2003, de 16 junio.

La denuncia del error de hecho permite la modificación, adición o supresión de un elemento fáctico del relato histórico cuando existe en los autos un documento literosuficiente o con aptitud demostrativa directa, es decir, que evidencie por sí sólo el error en que ha incurrido el tribunal y ello deba determinar la modificación de los hechos en alguna de las formas señaladas, siempre y cuando no existan otros medios probatorios que contradigan el contenido del mismo y además que sea relevante para el sentido del fallo (SSTS 99/2008 y 103/2008).

En su consecuencia el Tribunal de apelación tiene plenas facultades para conocer en su totalidad lo actuado, si bien ello no es contradictorio con el respeto a los principios de inmediación y contradicción, lo que impone que haya de dar como válidos los hechos declarados como probados por el Juez “a quo”, cuando no existe manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba o cuando los hechos probados no resulten incompletos, incongruentes o contradictorios en sí mismos o cuando no sean desvirtuados por pruebas practicadas en segunda instancia, bajo la aplicación de los mismos principios de inmediación y contradicción.

El Tribunal de apelación no puede revisar la valoración de las pruebas personales directas practicadas bajo los principios de inmediación y contradicción – testificales, periciales, declaraciones de los imputados o coimputados y reconocimiento judicial – a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el acta del juicio oral, vulnerando dichos principios, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Juzgado de instancia por la del Tribunal. Así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia 1077/2000, de 24 de octubre y ya antes la 1628/1992, de 8 de julio. Y en particular y en relación con las sentencias condenatorias, las sentencias 650/2003, de 9 de mayo, 71/2003, de 20 de enero, 331/2003, de 5 de marzo, 2089/2002 de 10 de





diciembre, 1850/2002, de 3 de diciembre. Las pruebas personales de cargo, como ya hemos expuesto, deben reunir los requisitos, revisables en apelación, de prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada.

Tal y como afirma la jurisprudencia, abundando en lo expuesto, exponente de ello las sentencias 508/2007 y 609/2007, cuando se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia, a partir de la valoración judicial de pruebas personales, la función revisora no consiste en una nueva valoración de la prueba, la que incumbe al juzgador en su inmediación, sino a la valoración de la estructura racional de la motivación de la sentencia, consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos por parte del juzgador de instancia (STS 888/2006, 898/2006, autos de 15 de noviembre de 2.007 en los recursos de inadmisión 10.568 y 10.569. contra sentencias de esta sección de la Audiencia).

El art. 24,2 CE, al consagrar la presunción de inocencia como regla de juicio, obliga al juzgador a realizar un tratamiento racional del resultado de la actividad probatoria, dotado de la transparencia necesaria para que pueda ser examinado críticamente y para que, si mediase una impugnación, otro tribunal pudiera enjuiciar la corrección del discurso. Esto es, comprobar si tiene o no apoyo en una apreciación tendencialmente objetiva de toda la prueba, tanto la de cargo como la de descargo; si se han tomado en consideración todos los elementos de juicio relevantes, justificando los descartes y también la opción de atribuir valor convictivo a los que se acepten; si no se ha prescindido de forma arbitraria de datos que podrían ser de importancia en el plano explicativo; y si, en fin, se ha sometido todo ese material a un tratamiento racional y conforme a máximas de experiencia de validez acreditada (STS 1579/2003, de 21 de noviembre). En resumen, una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada.

Aplicando dichos principios al caso enjuiciado podemos coincidir con la defensa en que sería razonable que se hubiera incluido como hecho probado y de forma expresa y detallada que D^a Eva y D^a María Rosa habían mantenido relación laboral con la corporación en fechas anteriores a la contratación objeto del enjuiciamiento y en periodo anterior al que el acusado asumiera el cargo y funciones de Alcalde.





Pero tales hechos ya están incluidos en el hecho probado primero cuando se relata que "se le advertía de la ilegalidad en que se incurría en los expedientes por las *repetidas irregularidades* en las que se estaba incurriendo en la contratación directa o nominal de D^a Eva González Moscoso y D^a María Rosa Ruiz Alcalde, al omitirse el proceso selectivo previsto en la legislación para el acceso del personal a la función pública ...". Por otro lado dicha adición probatoria no sería susceptible de modificar el sentido del fallo condenatorio. Ni se está cuestionando aquí la actuación del anterior regidor, por un defecto de imputación y acusación por los detentadores de la acción pública y particular, ni la hipotética responsabilidad ajena puede excluir la propia, ni la responsabilidad anterior podía ser subsanada por la acción del acusado, pues la infracción legal no se remedia con una nueva infracción legal. La defensa, en un trabajado recurso y encomiable afán defensivo, viene a sostener que el alcalde acusado se encontró ante la tesitura de una colisión de deberes, no tuvo más remedio que vulnerar la ley, contratando a ambas mujeres, al margen de las normas de contratación, para evitar que como consecuencia de una previa irregular contratación, ajena a su responsabilidad, las mismas pudieran reivindicar la el carácter definitivo de sus contratos. La defensa sitúa al alcalde ante la opción de despedirlas, por resolución o mediante la no prórroga del contrato temporal a la fecha de su extinción; regularizar su situación como trabajadoras indefinidas, no fijas, o prorrogarles el contrato, que es lo que dice que hizo aunque bajo la fórmula de un nuevo contrato. Con dicho argumentario llega la defensa a la conclusión de que el alcalde acusado actuó sin malicia y con la sola finalidad de evitar mayores perjuicios a la corporación. Sin embargo dicho cuestionamiento se revela contradictorio con el propio hilo defensivo del recurso que establece como premisa el desconocimiento del acusado de lo que firmaba, que solo llevaba unos meses en la función y por lo tanto dicha ecuación dialéctica se considera falsa. Por otro lado las propias trabajadoras reconocieron en su declaración judicial que no habían planteado reivindicación laboral alguna. Finalmente era y es obvio que la formalización de un nuevo contrato laboral –esta vez de obra- y de mayor duración temporal no solo no evita la hipotética calificación de indefinida de la relación laboral, sino que la confirma por una ampliación de tiempo y funciones. En cualquier caso, es un hecho notorio y especialmente lo es para las personas de la profesión y experiencia del acusado, tal y como se relata en la sentencia, que la conocida como contratación directa o "a dedo" era ilegal y que la contratación laboral está sometida a unos requisitos procedimentales de obligado cumplimiento





que presiden el buen ejercicio de la función pública, como administración de los intereses y bienes públicos, con proscripción de la arbitrariedad. La única conducta exigible al alcalde, que conoció además los reparos de legalidad a los que luego nos referiremos, era la que finalmente optó, de oferta pública de empleo, tras conocer la apertura del procedimiento administrativo abierto por la Comunidad Autónoma de Canarias y el posterior recurso contencioso administrativo que concluyó con la sentencia de 1 de febrero de 2.006, del Juzgado de lo Contenciosos Administrativo nº 3, en el procedimiento 621/04 en la que se declaró nula la resolución de la alcaldía impugnada, por haberse omitido total y absolutamente del procedimiento de selección laboral previsto en la Ley, imponiéndole al Ayuntamiento el pago de las costas por temeridad y mala fe y dando cuenta al Ministerio Fiscal para depurar las responsabilidades penales que aquí nos ocupan (folio 591 y ss de las actuaciones). No es objeto de la presente causa el examen de las circunstancias que rodearon a la convocatoria de la oferta pública de empleo en enero de 2.005 y por la que finalmente se regularizó la situación, pero si se preguntó por ello en el juicio oral porque casualmente fueron seleccionadas las mismas trabajadoras, no constando más publicidad en la convocatoria, según declararon ellas, que una nota en el cartel de anuncios del Ayuntamiento e inexistencia de temario y criterios de selección. Extrañeza que ya apunta la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo en su fundamento quinto.

En su consecuencia, si bien es cierto que los hechos que se pretenden adicionar como probados son relevantes para el debate, lo que no rehuye la juzgadora de instancia en su fundamentación, y además se incluyen en los hechos probados bajo la dicción antes trascrita, no lo son sin embargo para cambiar el sentido del fallo, tal y como ya anticipábamos, ni procede en este trámite calificar como fraudulenta la relación jurídica preexiste entre trabajadoras y Ayuntamiento, como pretende el recurrente, por no ser materia del objeto litigioso, ni competencia del Tribunal de apelación. A mayor abundamiento, tampoco se podía afirmar que el acusado era ajeno a la anterior contratación, como se alega por la defensa, pues es hecho notorio en la isla y se puede conocer a través de la página oficial del Ayuntamiento de Arona en la Web, bajo dicho epígrafe o por el nombre del acusado, en Google, con el siguiente resultado:

Formación: Licenciado en Geografía e Historia.

Antecedentes Laborales: Director de Entidad Bancaria.





Contacto: portalweb@arona.org

Trayectoria Política: comienza su andadura política en 1991, y en 1995 entra a formar parte como concejal en la candidatura de ATI-MEI. En 2003 es elegido como alcalde de Coalición Canaria y en el 2007 repite alcaldía.

CUARTO.- Los siguientes motivos de recurso vienen a cuestionar la concurrencia del elemento subjetivo del injusto o en palabras del recurrente que los contratos se habían realizado a sabiendas de su injusticia. Ya nos hemos podido adentrar en la resolución de este motivo de recurso cuando manifestábamos que es de conocimiento notorio que la contratación laboral debe seguir el trámite legal de la oferta pública de empleo y seguir los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que excluyan la arbitrariedad y se sometan al interés general. El recurrente no cuestiona la nulidad de los contratos por él formalizados en su condición de Alcalde, sino el dolo de su acción.

Refiere la sentencia en su hecho probado primero: "el acusado, en su condición de Alcalde-Presidente del Excelentísimo 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 2.003 y 16 de julio de 2.004, 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 estaba incurriendo en la contratación directa o nominal de D^a Eva González Moscoso y D^a María Rosa Ruiz Alcalde, al omitirse el proceso selectivo previsto en la legislación para el acceso del personal a la función pública ...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..."

Sostiene el recurrente al folio 743, que si bien es cierto que en el punto tercero de ese informe (de 26 de septiembre de 2.003, al folio 374 de las actuaciones y folio 12 del expediente) la técnico hace constar que las propuestas de contratación realizadas por la Concejal Delegada de la Juventud infringían determinada normativa laboral por cuanto la selección de todo el personal debía realizarse a través de la Oferta Pública de Empleo, también lo es que la misma técnico explicaba el modo(contrato de obra o servicio) en el que habría que realizarse la contratación





de esas concretas trabajadoras. Con ello pretende el recurrente excluir la antijuricidad de su acción, tal y como refiere. El recurrente realiza un auténtico regate al informe profesional y lo que es informe de sujeción a la legalidad por Oferta Pública de Empleo y bajo la forma de contrato de obra o servicio, lo traduce o convierte en informe para burlar la legalidad vigente de Oferta Pública de Empleo. Dicha pretensión es irracional e inadmisibile.

En lo que se refiere a la posterior Resolución 5556/04, de 1 de septiembre que acuerda la prórroga del contrato de D^a Eva alega el recurrente que la técnico no realizó advertencia de ilegalidad alguna en su informe de 30 de agosto de 2.004 y señala en su lugar que no la había (folio 423) y sigue afirmando que consta en la resolución administrativa tachada de prevaricadora que se hace constar en la misma expresamente que el Secretario Accidental hace suyo el informe de la técnico municipal al que se hizo referencia en el párrafo anterior, sobre la legalidad de la resolución (folio 425).

Sin embargo la realidad resultante de los informes se nos muestra como tozuda y contrariamente a lo que expone el recurrente, la técnico, Jefa de Sección, en su informe de 30 de agosto de 2.004, al folio 423, dice textualmente en su hecho Tercero: "De los datos obrantes en el expediente personal de la citada trabajadora (D^a Eva) se desprende que no superó procedimiento selectivo alguno, conculcándose los principios de acceso a la Administración Pública" y tras informar sobre la modalidad laboral de los contratos temporales y la posibilidad de prórroga, "advierde del riesgo que supone la prolongación en el tiempo de estos contratos por obra o servicio determinado.... en trabajadoras que realizan actividades permanentes en la administración ...". Así pues los reparos de legalidad y las advertencias de sus consecuencias fueron expresas y evidentemente el Secretario Accidental las asumió, tal y como consta en la resolución de uno de septiembre de 2.004 (folio 425), por lo que el acusado no podía ignorar que actuaba manifiestamente a sabiendas de la ilegalidad. A mayor abundamiento el alcalde acusado no prorrogó los contratos de duración determinada, sino que tras la renuncia de las trabajadoras, tal y como declararon ante el Juzgado de Instrucción, les formalizó un contrato de distinta naturaleza y mayor duración, de lo que igualmente fue advertido, como hemos visto, pues en los informes ya se decía que "no estaban claras 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 reparos de legalidad". El acusado, a sabiendas de la ilicitud de su actuar contrató a ambas trabajadoras y con el mismo conocimiento de los reparos de legalidad, prorrogó el contrato de D^a Eva, mientras que el de D^a Maria Rosa, en su ausencia, lo firmó el Alcalde accidental, absuelto en la sentencia de instancia.

QUINTO.- Se alega finalmente como motivo de recurso vulneración de normas sustantivas del ordenamiento jurídico por aplicación indebida del artículo 404 del Código penal y de la sentencia del Tribunal Supremo 357/2012 de 16 de mayo.

La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción del deber del funcionario, que ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la administración, a través suyo, tutela. La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar.

Si bien el derecho penal debe tener como objeto la restauración del orden legal establecido y debe sancionar las conductas más graves, dejando a la esfera administrativa aquellos incumplimientos más livianos, no es menos cierto que debe tener acogida en el mismo aquellas actuaciones que de forma reiterada hayan podido ignorar la normativa legal, creando situaciones y relaciones jurídicas injustas como forma habitual de actuación de los poderes públicos. Es sabido que la gravedad de las conductas no solo resulta de la mayor antijuricidad de una acción aislada, sino que se puede predicar igualmente de la acción continuada de contravención del orden legal. En dicho contexto se debe encuadrar la conducta del acusado. No puede pretenderse excluir la responsabilidad penal por el hecho, ciertamente incomprensible, de que el anterior alcalde hubiera realizado previamente análogos actos y sin embargo no haya sido perseguido por ello y para lo que no es óbice que el hecho se haya conocido por el testimonio judicial de la sentencia contencioso administrativa de uno de febrero de 2.006, contra el acto de acusado. Afirmándose y aceptándose por tanto en el propio recurso la nulidad de los contratos laborales que firmó y prorrogó uno de ellos y conociendo que lo realizó a sabiendas de su ilegalidad, de lo que reiteradamente se le informó, tal y como





está documentado y fue objeto de la prueba testifical, y personalmente debía conocer por su capacidad profesional como licenciado, experiencia como director de banco y experiencia política en el Ayuntamiento de Arona como concejal desde 1.995 hasta 2.003 en que asumió la alcaldía, se contienen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal del artículo 404: *A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.*

La contratación realizada por el acusado, en su condición de Alcalde, infringió lo dispuesto en los artículos 9.3 y 23.2 de la Constitución española; los artículo 91

(1. Las Corporaciones locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal.

2. 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.)

y 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.)*

de la Ley 7/85, de 2 de abril, Ley de Bases del Régimen Local y artículo 177 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril *(La selección del personal laboral se rige por lo establecido en el artículo 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.)*, así como artículo 27 del Real Decreto 364/95, de 10 de marzo; artículo 19 de la Ley 30/84, de 2 de agosto *(Las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su 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.)*

La actuación del alcalde fue contraria al ordenamiento jurídico de forma manifiesta y reiterada, perjudicó a la corporación y perjudicó los intereses de los ciudadanos, de





forma genérica en su confianza en la acción de los poderes públicos y de forma específica en su genuino interés en participar en la Oferta Pública de Empleo.

SEXTO.- En materia de costas rige lo dispuesto en el artículo 240.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiéndose imponer al recurrente condenado las de esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. José Alberto González Reverón, contra la sentencia de 28 de junio de 2.012, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento abreviado 248/09, la que confirmamos condenando al recurrente al pago de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado/a Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Joaquín Astor Landete, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.



