

# SENTENCIA N° 200/2019

## Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla

ILTMAS. SRAS. MAGISTRADAS:

D<sup>a</sup>. MARIA PILAR LLORENTE VARA

D<sup>a</sup>. MERCEDES FERNÁNDEZ ORDOÑEZ

D<sup>a</sup>. PURIFICACION HERNANDEZ PEÑA, ponente

REFERENCIA:

ROLLO N° 6915/2018

P. ABREVIADO N° 10/2016

JUZGADO DE ORIGEN: JUZGADO MIXTO N°1 DE CAZALLA DE LA SIERRA

En la ciudad de Sevilla a catorce de mayo de dos mil diecinueve.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, compuesta por los citados Magistrados, ha visto en Juicio Oral y público la vista seguida por delito continuado de prevaricación, contra FELICIDAD FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, mayor de edad, nacida en Almadén de la Plata ( Sevilla) el 12 de julio de 1983, hija de XXX y de XXX, y vecina de Almadén de la Plata en XXX, con DNI XXX, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional por esta causa, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. María del Monte Garrido Ovelar y defendida por el Letrado D. José Luis Parada López, habiendo sido parte, el Ministerio Fiscal en representación de la acción pública. Siendo ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Purificación Hernández Peña en comisión de servicio en esta Audiencia, que expresa el parecer de la Sala, se procede a dictar la presente en virtud de los siguientes hechos

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-** Las actuaciones se iniciaron por denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Instrucción n° 1 de Cazalla de la Sierra (Sevilla) en el que se siguieron diligencias previas que dieron lugar al procedimiento abreviado 10/16 seguido contra la Felicidad Fernández, en el cual se emitió escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal dictándose auto de apertura de juicio oral contra la acusada por presunto delito de prevaricación del art. 405 del C.P. Evacuándose su escrito de Defensa, y se remitieron las actuaciones al Juzgado de lo Penal que por turno de reparto correspondió, y tras el dictado del

auto de admisión de pruebas se presentó escrito por el Ministerio Fiscal rectificando su calificación provisional en el sentido de calificar los hechos como constitutivos de un delito continuado de prevaricación del art. 404 del C.P. con aplicación del art. 74 del C.P., solicitando la pena de 13 años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y solicitó se diera traslado a la defensa y se proceda declarar la incompetencia del Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento de estos hechos y declarando la competencia de la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento de los mismos. Por la defensa emite un nuevo escrito de defensa ampliando sus pruebas.

Por el Juzgado de lo Penal se dictó auto declarándose la incompetencia y se remitió la causa a la oficina de reparto de la Audiencia Provincial.

**SEGUNDO.-** Remitido los autos a la oficina de reparto de esta Audiencia, se repartió a esta Sala, y recibida, se incoó el Rollo arriba referenciado, y admitiéndose las pruebas propuestas por las partes, se señaló día y hora para la celebración del juicio oral que tuvo lugar, finalmente, previa suspensión del 12 de diciembre de 2018, el pasado día 8 de abril de 2019, con el resultado que consta en el acta levantada por el Letrado de la Administración de Justicia así como en el soporte de grabación levantado al efecto, compareciendo el Ministerio Fiscal, el Letrado de la Defensa, la acusada, testigos propuestos admitidos y no renunciados que consta en el acta, comunicándose a las partes que por reasignación de las ponencias de la Sala, ha sido asignada a la ponente Ilma. D<sup>a</sup> Purificación Hernández Peña en sustitución del Ilmo. Sr. Presidente por baja de enfermedad, no mostrando oposición las partes habiendo sido informadas por la Presidencia que intervino en el dictado del auto de admisión de pruebas dictado por el Juzgado de lo Penal, y expresa el parecer de la Sala.

**TERCERO.-** Practicada la prueba propuesta y no renunciada tal como consta, por el Ministerio Fiscal eleva a definitivas las conclusiones modificando en la 1<sup>a</sup> añadir después de junio 2015, considerando los hechos como constitutivos de un delito continuado de prevaricación del art. 404 del C.P. con aplicación del art. 74 del C.P., del que es autoras responsable del mismo la acusada Felicidad Fernández Fernández, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de la pena de 13 años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas.

**CUARTO.** - La defensa de la acusada en el acto del Juicio Oral eleva a definitivas sus conclusiones provisionales solicitando su libre absolución de la misma con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de las costas procesales.

Se le concedió el derecho a la última palabra a la acusada con el resultado que consta en el soporte de la grabación.

**QUINTO.** - En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales, salvo el plazo para dictarla dado el cúmulo de asuntos pendientes de estudio y resolución preferentes en este periodo de esta Ponente.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** Apreciando en conciencia la prueba practicada expresa y terminantemente declaramos probado que la acusada FELICIDAD FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de alcaldesa del Ayuntamiento de la localidad sevillana de Almadén de la Plata, tras su reciente toma de posesión del nuevo cargo en fecha 13 de junio de 2015, y estando próxima la época estival y de vacaciones del personal de Ayuntamiento, fue informada por el Tesorero del Ayuntamiento de la necesidad de cubrir los puestos que habían quedado vacantes y en especial, la necesidad de un auxiliar administrativo que desempeñe funciones de contabilidad para rellenar datos exigidos en una aplicación informática por el Ministerio de Hacienda, para lo cual, ante la carencia en el Ayuntamiento de un procedimiento para la selección de personal laboral temporal, y sin que nadie le informara de la irregularidad del procedimiento, sin tener conciencia de obrar de forma ilegal, procede a la contratación temporal, de la misma forma y modo que en años anteriores se venía efectuando en dicho Ayuntamiento, de dos empleados que ya habían sido contratado por la Corporación. Así:

A.- Ante la vacante el 3 de junio de 2015 de la plaza de Agente Dinamizador Juvenil para la ejecución del programa RED del Área de Ciudadanía, Participación y Cultura de la Diputación que desempeñaba hasta esos momentos, Almudena Castillo Guerrero, al ser nombrado como concejal del Ayuntamiento en las últimas elecciones en la que había salido

Alcaldesa la acusada. Ésta en fecha 19 de junio de 2015 firmó el contrato de trabajo de duración temporal a tiempo completo de J. O. F., para prestar estos servicios como Agente dinamizador Juvenil, incluido en el grupo de auxiliar administrativo, durante el periodo comprendido entre el 19 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015.

J. O., primo hermano de la alcaldesa, había sido contratado por el anterior alcalde desde hacía varios años remontándose a fecha 27 de septiembre de 2011 el primer contrato temporal como Coordinador de Proyecto Ribete, y en el año 2013 como Dinamizador del Centro Guadalinfo, siendo su último contrato temporal de fecha 1 de enero de 2015 con fecha de extinción de 30 de junio de 2015.

B.- Con fecha 22 de junio de 2015, la alcaldesa, firmó el contrato de trabajo temporal a tiempo completo a J. Á. B. V. como Coordinador del proyecto Ribete a tiempo completo desde el 22 de junio de 2015 al 31 de diciembre de 2015.

J. Á. B. se encontraba en la Bolsa de Trabajo de administrativo que había formado el Ayuntamiento en el mes de 16 de julio de 2007, publicándose el orden de la lista de admitidos que por sorteo se llevó a cabo el 18 de julio de 2007, ocupando el nº 8, entre más de 50 solicitantes de trabajo temporal.

Igualmente, J. Á. B., había sido contratada temporalmente con anterioridad por los dos alcaldes anteriores, como auxiliar administrativo en funciones de contabilidad a tiempo completo en fecha 18 de agosto de 2007 al 15 de febrero de 2002, prorrogándose en dos ocasiones su contrato, por periodos de seis meses, conociendo las aplicaciones informáticas para introducir los datos exigidos por la administración tributaria. Como quiera que la labor del proyecto Ribete lo era por tiempo parcial, desempeñaba funciones de auxiliar rellenando los datos que el tesorero había encomendado a la nueva alcaldesa que se precisaba con el fin de obtener una partida de ingresos necesaria para cubrir las nóminas de los empleados del Ayuntamiento.

El Ayuntamiento carecía de relación de puestos de trabajo, ni se efectuaba expedientes administrativos para la selección de personal con el consiguiente proceso selectivo de personal establecido legalmente en supuestos similares,

La acusada era la primera vez que ejercía como alcaldesa y desconocía por carecer de los conocimientos jurídicos sobre ello del procedimiento de selección.

**SEGUNDO.** – Iniciada su labor como alcaldesa y a medida que fue conociendo la legislación administrativa, a la acusada le asaltaban serias dudas sobre la contratación realizada de los dos contratos referidos, por lo que, nada más regresar de sus vacaciones el nuevo secretario-interventor del Ayuntamiento, le solicita informe en fecha 3 de septiembre de 2015, con intención de conocer la legalidad de dichos contratos, y en su caso, si procedía la regularización.

El secretario-interventor emite en fecha 8 de septiembre de 2015 informe en el sentido de poner en conocimiento de la Alcaldía que “...si bien no hay un procedimiento tasado para la selección de personal laboral temporal, en estos dos casos no se han respetado los principios mínimos exigibles para el acceso al empleo público, por lo que deberían convocarse los correspondientes procedimientos selectivos para cubrir esas plazas, como por otra parte se ha hecho en casos similares como el de Monitor de Cultura o PDI...”.

Una vez conocido por la alcaldesa el contenido del informe del secretario del ayuntamiento procede a dar por extinguidos los contratos de junio de 2015 por providencia de 21 de septiembre de 2015. Con posterioridad, se dicta resoluciones por la alcaldesa a fin de proceder a la selección por concurso-oposición en régimen laboral temporal de una plaza de Agente de Dinamización Juvenil, saliendo elegido tras el proceso de elección, teniendo en cuenta la capacidad y méritos del mismo, J. O. F. en fecha 9 de febrero de 2017, y además, por un proceso de selección para la contratación en régimen laboral temporal de un Auxiliar Administrativo Contable en cuyo concurso-oposición obtiene la plaza J. Á. B. V., en junio de 2016.

En fechas anteriores a los contratos de junio de 2015 todos los contratos que se realizaban a personal temporal en el ayuntamiento carecían de proceso de selección conforme a lo reglamentado. Es a partir de lo sucedido en el Ayuntamiento cuando se han llevado a cabo las contrataciones conforme a la normativa administrativa.

**TERCERO.-** Con fecha 10 de julio de 2015, Almudena Castillo Guerrero y José Carlos Raigada Barrero presentan denuncia ante la Fiscalía de esta Ciudad en calidad de concejales electos del Grupo Unidos por Almadén que dieron lugar a las Diligencias de Investigación

nº 240 y 241 de 2015, ambas, que derivaron en la denuncia ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Cazalla en fecha 11 de noviembre de 2015 por el Ministerio Fiscal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** – Se imputa a la acusada un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal en su redacción vigente por la Ley Orgánica de 1/2015, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, si bien los contratos se llevaron a efecto antes de la entrada en vigor de la actual legislación que necesariamente por la pena excede de la competencia de los Juzgado de lo Penal.

Tanto el precepto derogado como el actual indica “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará”, variando la pena a imponer, pues la anterior legislación la inhabilitación no superaba los diez años de inhabilitación y la actual sí.

Con relación al delito de prevaricación, una reiterada jurisprudencia ha venido sentando cuáles son los requisitos que han de concurrir para su comisión, así:

1.- Que una autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los administrados, es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido “decisorio” (SS 12 de febrero de 1999, 2 de abril de 2003, 20 de junio de 2002).

Como indica la STS de 23 de enero de 1998, si bien toda resolución es un acto administrativo, no todo acto administrativo puede dar lugar a una resolución a efectos penales, añadiendo que a los efectos del delito de prevaricación sólo será resolución los actos administrativos consistentes en declaraciones de voluntad realizadas por la Administración que sean de carácter “decisorio” (no lo integran los informes, dictámenes, consultas, actos de trámite...), bien actos constitutivos o declarativos, que afecten a los derechos de los administrados y a la colectividad en general.

El omitir el preceptivo procedimiento que debe preceder a la adopción de la resolución expresa puede considerarse prevaricación, pero ésta se comete cuando se adopta la resolución sin tal procedimiento (STS 731/2012, de 25 de septiembre).

Si bien se ha admitido la prevaricación omisiva en supuestos excepcionales (STS 1382/12, de 17 de julio así como el Acuerdo plenario de 30 de junio de 1997), concretamente, en aquellos casos en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que la omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la Ley 30/92 de régimen Administrativo Común equipara en supuesto específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas (STS 787/2013, de 23 de octubre).

El derecho penal debe ser de aplicación excepcional, debiendo dilucidarse si las irregularidades administrativas deben caer o no dentro de la tipicidad penal, en cuyo extremo la regla general es que tales irregularidades funcionales no deben criminalizarse, ya que su remedio corresponde al Derecho Contencioso administrativo.

Un claro indicio de que no puede ser confundida la ilegalidad administrativa con el delito de prevaricación, es la enumeración del art. 47 en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, que sustituye a la Ley 30/1992, con similar redacción en su art. 62, en donde se describen los actos nulos de pleno derecho, en base a los cuales se permite interpretar que para la ley es admisible la hipótesis de que un acto administrativo incurra en supuestos de máxima ilegalidad (lesiones al contenido esencial de un derecho fundamental, sea dictado por un órgano manifiestamente incompetente o producido prescindiendo por completo del procedimiento establecido) y, sin embargo, el acto en cuestión no sea constitutivo de infracción penal.

Consecuencia de lo anterior es que no basta que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que constituya el delito de prevaricación. La injusticia de la resolución se halla intensificada (supone un plus de antijuridicidad) por el término "arbitrariedad" que introduce la ley, es decir, supone "un ejercicio del poder" previsto por el art. 9.3 C.E .

2.-Que aquella resolución sea "arbitraria" (el texto del CP de 1973 decía "injusta") o lo que es igual, que no se adecue a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como discrecional (TC 27/81).

No basta que una resolución sea contraria a Derecho para que constituya un delito de prevaricación, porque no se debe olvidar que el control de legalidad de los actos de la Administración corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no sería compatible con una correcta articulación entre los poderes del Estado una sistemática criminalización de los actos de la administración que estuviesen en contradicción con la ley o implicasen desviación de poder, como acontecería si todo acto administrativo ilegal se considerase injusto.

Por ello, la jurisprudencia ( TS SS 12 de junio de 1998, 10 de julio de 1998, 5 de noviembre de 1999, 605/13, 8 de julio, 18/14 de 23 de enero) habla de que no basta cualquier ilegalidad, *sino que tiene que tratarse de una contradicción con el Ordenamiento Jurídico tan patente, clamorosa, descabellada, y grosera* (esperpénticas se dice en algunas sentencias) que *puede ser apreciada por cualquiera*, no siendo suficiente una ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en derecho, pudiendo derivarse *tanto de la absoluta falta de competencia del acusado, como de la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento, o del propio contenido sustancial de la resolución, de tal modo que ésta implique un forzamiento del Derecho* ( TS SS 20 abril, y 14 de noviembre de 1995 y 9-12-98).

Cuando existe una patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio a los intereses generales (STS 49/10, 4 de febrero).

Como indicó la STS 1358/2001, de 8 de enero de 2002, que ha de tratarse de una resolución en modo alguno defendible con argumentos jurídicos razonables. Reitera que la ausencia de fundamento, si se ha dictado por órgano incompetente, si se omiten trámites esenciales del procedimiento, de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad, si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento y desprecio de los intereses generales, si actúa con desviación de poder, se estará ante una prevaricación (SSTS 226/06, 19 de febrero, 773/08, 19 de noviembre).

Se exige algo más que la mera ilegalidad, pues *es preciso el plus de antijuridicidad*, tanto si se trata de una actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional-desviación de



poder- porque así lo exige el principio de intervención mínima, que impide poner en funcionamiento el derecho penal ante cualquier desviación de la actividad administrativa.

La omisión de los trámites procedimentales es una razón que puede dar a la calificación delictiva, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la misión de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Ahora bien, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea delito.

El art. 63.2 de la Ley 30/92, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados. En general, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí mismos arbitrariedad e injusticia de la resolución (STS 331/03, de 5-3, 49/10, 4-2).

Cabe apreciar un acto delictivo cuando omite las exigencias procedimentales supongan principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en estos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de la actuación administrativa, sino que se eliminará los mecanismos para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en que adopta su resolución.

La sentencia del TS de 18 May. 1999 en la que se analiza en profundidad este tipo penal, abordando en primer lugar la diferencia entre el control judicial de legalidad de la actuación administrativa que establece el art. 106.1 CE, que no está atribuido indistintamente a todos los Tribunales, sino exclusivamente a los del orden contencioso administrativo a tenor de lo establecido en el art. 24 LOPJ, por una parte, y, por otra, el control de la legalidad penal de la actuación de cualesquiera personas que ocupando o desempeñando las funciones propias de los órganos de la Administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito, que corresponde a los jueces y Tribunales del orden penal, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y Tribunales el art. 117.3 CE.

Como indicaba la sentencia de 24 de abril de 1997: “como señalan las Ss. 20 de abril de 1995 (núm. 575/1995) y de 1 de abril de 1996 (núm. 171/1996), entre otras muchas, el delito de prevaricación sancionado en el art. 358.1 del anterior Código Penal exigía como requisito esencial el dictado de una resolución injusta en asunto administrativo, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, siendo constante la doctrina de esta Sala al determinar que la «injusticia» de la resolución no se identifica con su ilegalidad, es decir con el dato de que la resolución no sea conforme a Derecho lo que podría conllevar su anulación por la jurisdicción contencioso administrativa, pero no exige su criminalización sino que el concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas resoluciones que, de modo flagrante y clamoroso desbordan la legalidad vigente (STS Sala 2ª 17 de mayo de 1992 y 20 de abril de 1995).

En definitiva, la simple discordancia de la resolución con la normativa reguladora de la cuestión administrativa que resuelve, tanto en el ámbito competencial, como en el procedimental o en el de fondo, no transmuta automáticamente en delictiva la actuación del funcionario o autoridad que la dicte, lo que vaciaría de contenido la jurisdicción contencioso administrativa, sino que este elemento normativo del tipo únicamente concurre cuando la contradicción con el Ordenamiento Jurídico es patente, notoria e incuestionable, apartándose la resolución dictada de la legalmente procedente, de una manera tan palmaria y llamativa, que no puede sostenerse racionalmente como plausible la decisión adoptada.

Especificando los supuestos en que concurre esta contradicción insalvable entre la resolución dictada y la norma administrativa vulnerada, señalan las Ss. 10 de mayo de 1993, 20 de abril y 2 de noviembre de 1995, entre otras, que «la injusticia a que el precepto se refiere puede verse concretada en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, de modo que éste implique un torcimiento del Derecho, o una contradicción con el ordenamiento jurídico de tal manera patente y grosera, que pueda ser apreciada por cualquiera, no bastando pues la mera ilegalidad, que puede ser producto de una interpretación errónea, o equivocada o discutible como tantas veces ocurre en Derecho».

La sentencia del TS de 3 de junio de 2002 precisa el término arbitrario: “De lo expuesto hasta aquí se deduce con suficiente claridad que no basta que una resolución administrativa sea contraria a Derecho para que constituya un delito de prevaricación. Una resolución

ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un plus de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de esta Sala ha repetido últimamente SS 20 May. 1995, 1 Abr. 1996, 23 Abr. 1997 y 27 Ene. 1998 que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea evidente, patente, flagrante y clamorosa. Hay que reconocer que con ello se ha rectificado una doctrina anterior excesivamente extensiva en la conceptualización de lo injusto administrativo, pero acaso sea necesario dar un paso más. El CP de 1995 se ha situado en la línea restrictiva que marcaron aquellas sentencias y ha asociado, en su art. 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad. Pero no es del todo exacto que, con esta matización, se haya limitado la nueva ley a ratificar la última doctrina elaborada por la jurisprudencia en torno al art. 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución con la mera evidencia de su ilegalidad puso el acento en el dato, sin duda importante, de la patencia y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. Pero el art. 404 CP vigente ha puesto el acento en el elemento más objetivo y de fondo del ejercicio arbitrario del poder proscrito por el art. 9.3 CE. Pues bien, se ejerce arbitrariamente el poder, dicen las recientes sentencias de esta Sala de 23 Mayo y 4 Diciembre 1998, cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos según el art. 9.1 CE sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. *Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho si la resolución ha de reconocerlo a uno u otro ciudadano o del interés colectivo si es éste el que está en juego se pone el elemento objetivo de la prevaricación.* Y como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución a sabiendas, que elimina del tipo tanto la comisión por culpa como por dolo eventual, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración (véanse también SSTS de 14 Julio, y 28 Noviembre 1995, 11 Octubre, y 2 Noviembre 1999 y 18 Marzo 2000, entre otras muchas).

Por su parte, la TS S de 11 Octubre. 1999 insiste en que el delito de prevaricación cometido por funcionario o autoridad públicos exige un patente y elevado grado de injusticia de la resolución adoptada, exigencia que había sido requerida por la doctrina y la jurisprudencia con respecto al tipo del art. 358 del Código anterior y que ha tenido su reflejo en el actualmente vigente de 1995, al precisar que la resolución no sólo sea injusta, sino también arbitraria, con lo que se refuerza el carácter de estruendosa injusticia como elemento del tipo delictivo, mientras que el nuevo Código mantiene para la prevaricación judicial la exigencia de una resolución injusta, sin más calificativos. De donde resulta que el actual art. 404 CP viene a reforzar la calificación del elemento objetivo típico, que ha de consistir, así, en una resolución de gran injusticia hasta el punto de que constituya una decisión arbitraria por su flagrante y clamoroso apartamiento de la norma legal aplicable...”.

Se reitera esta jurisprudencia en la actual, como en la STS 512/2015, de 1 de julio, que citando la nº 600/2014, de 3 de septiembre, en la que se recalca que el delito de prevaricación es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico, añadiendo que la arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de la normatividad, 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.

Si existiera alguna duda razonable de que la resolución sea manifiestamente injusta, desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en otra vía, se tiene que evidenciar más allá de toda duda razonable (STS 5 de marzo de 1997, o 12 de junio de 1998)

3.- Que la resolución se dicte a sabiendas de su injusticia, esto es, con clara conciencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución, a sabiendas de su ilicitud; elemento culpabilístico que, como dice el TS, no es suficiente se deduzca de consideraciones más o menos fundadas, sino que de evidenciarse como elemento subjetivo del tipo más allá de toda duda

razonable, “quien conozca con seguridad la ilegalidad de la resolución que adopta” (TS 14 de febrero de 1994, 10 julio de 1995, 28 de diciembre de 1998, 8 de enero de 2002). Hay que añadir que este a sabiendas o conocimiento con seguridad es compatible con la inexistencia de un móvil particular en el obrar del funcionario o autoridad. Puede cometerse con un móvil público, cuando, por ejemplo, actúa con exceso de celo en un determinado asunto, exceso que le lleva a resolver con arbitrariedad.

Se ejerce arbitrariamente el poder, entre otras la STS de 2 de noviembre de 1999, cuando la autoridad o el funcionario público dicta una resolución que no es fruto de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad controvertida irrazonablemente en fuente de una norma particular, por ello mismo extraña al ordenamiento. Y esto puede ocurrir porque la resolución sea materialmente injusta por lesionar el interés colectivo o el derecho de un particular, porque quien la dicta carezca manifiestamente de competencia para hacerlo o porque en la génesis de la resolución se incumplan normas esenciales del procedimiento.

El actuar a sabiendas, no sólo elimina del tipo penal la posible comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual (STS 19 de octubre de 2000, la de 22 de septiembre de 2003).-

**SEGUNDO.** – De la valoración conjunta de la prueba practicada no se estiman acreditados todos los elementos del tipo penal imputado, en especial el elemento subjetivo, tal como expondremos a continuación.

La acusada ha negado desde el inicio de las diligencias lo que reiteró en el acto del plenario con rotundidad, en cuanto que desconocía y nadie le advirtió o informó que no debía haber firmado dichos contratos temporales para realizar unas determinadas actividades que debían realizarse en la localidad, sin previamente haber realizado un procedimiento de selección por medio de un concurso, como se ha efectuado con posterioridad, desconociendo, en todo momento, que actuaba contrariando la legalidad y con perjuicio a alguien. Es más, la acusada nos dice que se plantea las dudas sobre la regularidad de esa contratación, más adelante, cuando comienza su gestión y lleva a cabo otros procedimientos de selección momento en que le surge la duda. Así, cuando se incorpora el nuevo secretario titular del

Ayuntamiento, ante las dudas sobre la forma de haber contratado a esas dos personas, recaba del mismo un informe sobre la legalidad de esas contrataciones, y tras constarle las irregularidades de las mismas procede a dictar providencia de 21 de septiembre de 2015 dejando extinguidos los contratos. Como insiste el letrado defensor, dichas dudas y la petición del informe lo efectúa la acusada antes de que se emita por el secretario ese informe, ni tenga conocimiento de la denuncia de la Fiscalía.

No consta en la causa que a la acusada algún funcionario del Ayuntamiento u, otros miembros de este le advirtieran de las irregularidades de esas dos contrataciones, considerando, en un primer momento, la forma adecuada de hacerlo. De hecho, como nos indicó, no le llamó la atención esa forma, pues su primo llevaba trabajando cuatro años en el Ayuntamiento y siempre le habían contratado de esa forma.

La acusada explicó que llevó a cabo esas dos contrataciones pues obedecía a unas necesidades existentes en ese momento en la Corporación Local, y así se lo indicaron. En primer lugar, por el dato estacional, se encontraban en verano y el funcionario más antiguo, el tesorero, se iba de vacaciones el 1 de julio y se trataba de un ayuntamiento con una plantilla pequeña y tampoco se encontraba el secretario-interventor del ayuntamiento; en segundo lugar, faltaba personal en unos programas que había que desarrollar y otros que todavía estaban pendientes de pedir el programa de la contratación; y en tercer lugar, el tesorero le hizo especial hincapié en la necesidad de dichas contrataciones, en especial, el facilitar los datos que le estaban solicitando al ayuntamiento a nivel contable y para el caso de no hacerlo podrían peligrar el cobro de los sueldos del ayuntamiento, indicándole que el personal más cualificada a nivel contable sería el Sr. Blanco, pues era el que conocía la aplicación informática.

Así la acusada con la finalidad de cubrir esas necesidades que le refieren como de urgente contratación, firma la contratación de un agente de dinamización juvenil para la época estival dada la falta de personal y además llevar a efecto el Proyecto Ribete y efectuar laborales de contabilidad. Encomendando las funciones de esas dos personas, a personas que ya estaban y habían estado en el ayuntamiento que podía realizar dichas funciones y cualificadas para ello.

La acusada, se encontraba recién entrada en el Ayuntamiento en su condición de alcaldesa, cuyas funciones no había desempeñado anteriormente, ni tenía conocimientos sobre la forma de contratar, ni conocimientos jurídicos. Asegurando que, ni la persona del tesorero, ni quién le elaboró los contratos le indicaron que fuera irregular la contratación.

De hecho, los contratos firmados por la acusada coinciden en la forma con los que el ayuntamiento había venido efectuando respecto de otros contratos para otras funciones iguales o semejantes, entre ellos, los dos objetos de esta causa, efectuados por alcaldes anteriores.

El secretario-interventor titular del Ayuntamiento (testigo Sr. Palomo Padilla) recién incorporado en sus funciones, además de ratificarse en los informes emitidos a la Fiscalía, así como el peticionado por la alcaldesa sobre los contratos, aseguró en el plenario que se había prescindido del procedimiento en esa contratación. Cómo en el ayuntamiento en aquella época no se operaba con expediente administrativo para contratar. No obstante a raíz de estos hechos se efectúa la contratación por medio de concurso reglado, destacando que, en el Ayuntamiento, ni siquiera había una relación de puestos de trabajo. De lo que concluiremos que la alcaldesa contrató de la misma forma que se venía contratando para ese tipo de puestos.

El tesorero del ayuntamiento en ese tiempo, Sr. Romero Soto, confirmó en el plenario lo manifestado por la alcaldesa, en cuanto que en el mes de junio se le dijo a ésta que se precisaba personal para poner al día la contabilidad y mandar al Ministerio de Hacienda la documentación que le exigían remitir por la aplicación informática al efecto, pues de ello dependían el pago de las nóminas en un pequeño Ayuntamiento como el suyo.

El mencionado testigo asegura que él no le informó a la alcaldesa de la irregularidad en la forma de contratación, asegurando que en el ayuntamiento no se venía realizando un proceso selectivo de personal y es a raíz de este asunto cuando se comienza a efectuar. De hecho, los dos empleados, Sr. O. F. y Sr. B. V., han sido de nuevo contratados, después de un proceso selectivo, así como en años anteriores a la contratación lo habían sido por el

ayuntamiento sin ningún proceso de selección. El tesorero nos refiere que la persona más cualificada para ser contratada y con conocimientos de la aplicación informática para rellenar los datos que precisaba el Ministerio de Hacienda, dado que el Ayuntamiento hasta que no lo cumplimentara no podría recibir una partida de unos 20.000 euros aproximadamente, era el Sr. J. Á. B. V., no así el Sr. O. F., que sabía que desarrollaba programas juveniles. Cualificación del Sr. B. a los efectos de contabilidad que el tesorero le indicó a la alcaldesa.

Por otro lado, la testigo Sra. Ramos, como persona encargada de elaborar los contratos del ayuntamiento, no le informó a la nueva alcaldesa de la irregularidad de contratar a esas dos personas de esa forma, de hecho, siempre se había venido efectuando de esa forma, manifestándonos que es a raíz de estas contrataciones cuando se formalizaron los contratos de forma reglamentada tras el proceso selectivo, volviendo a salir elegidos, de nuevo, esas dos personas contratadas en el mes de junio. Afirmó la testigo que, en el ayuntamiento hasta ese momento, no se realizaba ningún proceso público de selección con expediente administrativo. Era siempre el alcalde en funciones quien le encargaba la elaboración de los contratos del personal.

Asimismo, como hicieran los otros testigos refiere que los dos contratados en el mes de junio ya habían sido trabajadores del ayuntamiento con anterioridad.

Ambos trabajadores, Sres. O. y B., en el plenario vienen a indicar que ellos habían estado trabajando con anterioridad en el ayuntamiento, y le vuelven a contratar, hasta que en septiembre le extinguen los contratos y participan en una oferta pública de empleo entre varias personas que se presentaron salieron seleccionados y han vuelto a ser contratados. El Sr. B. confirmó que conocía las aplicaciones informáticas para remitir los datos y tenía conocimientos de contabilidad, de hecho, es actualmente, auxiliar administrativo de contabilidad.

La propia testigo Sra. Castilla pese a que aludió a que a ella le hicieron una entrevista personal entre varias personas, no efectuó una oposición para ser contratada en el Ayuntamiento cuando fue contratada en fecha de 2 de diciembre de 2011 por el anterior alcalde Sr. Vidal Ortiz, en diferentes ocasiones y con prórrogas de los contratos hasta la



cuarta prórroga en fecha de 3 de mayo de 2015 al 2 de junio de 2015, obrantes todo ellos a los folios 24 al 39 de autos, hasta que en las elecciones locales salió elegida como Concejal de un grupo político del Ayuntamiento de la localidad.

Consta en la causa, y han sido ratificados por el secretario-interventor, los informes del mismo, tanto a instancia de la alcaldesa en fecha 3 de septiembre de 2015 (folio 73) y que emitió el 8 de septiembre de 2015 (folio 74), como el requerido por la Fiscalía (folio 7), en los que se pone de relieve la carencia de un proceso de selección en la contratación efectuada en junio por la alcaldesa, así como después de informar de la irregularidades en la forma de su contratación se acuerda por la Alcaldía en fecha 21 de septiembre de 2015 la extinción de los contratos.

En dichos informes se refiere por el secretario-interventor que no ha habido proceso alguno selectivo para la contratación de J. Á. B., ni de O., ni consta dictada resolución previa escrita antes de la firma del contrato. Tampoco el secretario u otra persona puso de manifiesto esa circunstancia antes de la firma de los contratos a la alcaldesa, sólo lo efectuó en fecha 8 de septiembre de 2015 el secretario a instancia de la acusada fechada en fecha 3 de septiembre.

Se alude, tanto en la denuncia de la Fiscalía, como en el escrito de acusación, el nombramiento de un primo de la alcaldesa, pero, dicho dato que pudiera resultar indiciario de tener la intención de efectuar una designación a dedo, así como obviar de forma intencionada el procedimiento a fin de designar a esa persona como única para el cargo, sin embargo, consta que el Sr. O. había estado trabajando en el ayuntamiento, como se refleja en los contratos aportados a los folios 12 y siguientes, y así consta, desde el 27 de septiembre de 2011 en que fue contratado para un trabajo de duración determinada, continuó el contrato el 7 de diciembre de 2011 por el anterior Alcalde como Coordinador del proyecto Ribete, comunicando la prórroga del contrato de trabajo de J. O. F. por el anterior alcalde José Luis Vidal Ortiz, en fecha 1 de enero de 2012 hasta el 30 de junio de 2012, prorrogándose de nuevo en fecha 1 de julio de 2012 (folio 15), volviendo a ser contratado el 1 de enero de 2013 como Coordinador de Proyecto Ribete hasta el 30 de junio de 2013 ( folio 16). En fecha del 2 de julio de 2013 al 1 de septiembre de 2013 el anterior alcalde contrata a J. O. de Dinamizador del Centro Guadalinfo (folio 17), contrato que es

prorrogado en fecha 2 de septiembre de 2013 (folio 18), en fecha 1 de diciembre de 2013 (folio 19). Volviendo a ser contratado por el anterior alcalde para igual función en el centro Guadalinfo, con fecha de inicio el 1 de enero de 2014 (folio 20), renovándose este contrato en fecha 1 de julio de 2014 con fecha de extinción el 31 de diciembre de 2014 (folio 21). Vuelve a contratarlo el anterior Ayuntamiento en virtud de otro contrato temporal para realizar las funciones de Dinamizador del centro Guadalinfo en fecha 1 de enero de 2015 a 30 de junio de 2015 (folio 22).

El Ayuntamiento ha realizado siempre el mismo tipo de contratación del Sr. O., sin ningún tipo de selección, ni de concurso, pues era la forma generalmente de contratar, y en consecuencia, no fue el primer contrato que se le efectuó, realizando funciones, para las cuales se encontraba cualificado, contratándole la acusada para la realización de Agente Dinamizador juvenil por quedar vacante ese “puesto” en el Ayuntamiento pues la persona que lo desarrollaba fue nombrada Concejala del mismo. Nos referimos a la testigo Almudena Castillo Guerrero, que aunque dijera que le hicieron una entrevista para su contratación, en la oferta pública, no fue una selección concurso-oposición.

Por ello de la contratación de un familiar lejano no se aprecia una ilegalidad, más allá de la irregularidad de la forma de hacerlo, pero sin que se hubiera acreditado un favoritismo, cuando era una persona que había sido designada por anteriores alcaldes y había desempeñado cargos similares, surgiendo la necesidad de su nombramiento, visto que queda vacante en época estival la plaza de ADJ.

De igual forma sucedió con el contrato de J. Á. B. como Coordinador del Proyecto Ribete (folios, 57, 81), quien ya había sido contratado en diversas ocasiones por el Ayuntamiento y había participado en la selección de la Bolsa del trabajo del Ayuntamiento que se llevaron a cabo en el año 2007 cuando estaban al frente los dos Alcaldes anteriores de la localidad.

Resaltando su cualificación en labores de contabilidad y conocimiento de las aplicaciones informáticas precisas para el desempeño de esa labor, por lo que, fue contratado por tiempo completo, a fin de compatibilizar la labor de Coordinador del Proyecto Ribete, que lo era a tiempo parcial, con la labor urgente, según el tesorero de rellenar los datos que precisaba el Ministerio de Hacienda en la aplicación informática (folio 174 al 175).

El propio informe del secretario del ayuntamiento emitido a instancia de la Fiscalía resalta que el Sr. B. realizaba varias funciones, y en secretaría realizó labores de contabilidad y manejo de la aplicación Sical así como efectuaba la tramitación de solicitudes y justificaciones de programas relaciones con las actividades dirigidas a la infancia y adolescencia.

Respecto a las labores que desempeñaban, según contrato, estaban más que justificadas en el orden de actividades que se venían realizando en el Ayuntamiento, así el Sr. O. cubría la plaza que como ADJ había ocupado años atrás la concejala Sra. Castillo y, que en época estival se aventuraba necesaria en pequeñas poblaciones donde en el verano se incrementa la población.

En cuanto a la necesidad de contratar a la persona que tenga conocimiento del uso de la aplicación informática para rellenar la documentación que el Ministerio de Hacienda le venía exigiendo a fin de cobrar el dinero tan imprescindible para ese pequeño Ayuntamiento, desde luego, todos han convenido en afirmar, tanto el tesorero, como el secretario que era la persona idónea para ello, así como la labor de Coordinador del Proyecto Ribete, se justificaba con el informe del secretario, que indicaba que se trataba de solicitar a la Diputación la inclusión del ayuntamiento en la convocatoria de Subvenciones para el 2015, y era lógico, que se tenía que preparar dicha documentación y organizar la actividad de cara a su concesión, que iban a solicitar, de hecho, la solicitaron en fecha 25 de septiembre de 2015, por lo que se estimaba necesario trabajar en esa época estival en la preparación de esa documentación por persona que conociera el tema, y al parecer, como indicó el tesorero, el Sr. Blanco como personal cualificado.

En el oficio remitido por la Diputación a instancia del Instructor obrante al folio 55 de las diligencias, consta que el Ayuntamiento había resultado beneficiario de una subvención para la contratación de un agente de Dinamización Juvenil dentro del programa Red ADJ para el ejercicio de 2015 por resolución de 5 de noviembre de 2015. Asimismo, había resultado beneficiario el ayuntamiento de una subvención para el Programa de Dinamización comunitaria de Adolescentes y Jóvenes Ribete, en el ejercicio 2015 para la contratación de un coordinador, según resolución de 29 de diciembre de 2015.

Por lo que la necesidad de contratación por la acusada en el mes de junio, recién entrada en las funciones de Alcaldesa, sin que conste que sus conocimientos como licenciada en comunicación y relaciones públicas, ni su anterior puesto como Concejal del Ayuntamiento en los servicios sociales le llevará a tener un conocimiento necesario de que la forma de contratación efectuada en junio no era la legalmente establecida, ni consta que la designación de esas personas fueran elegidas a espaldas de los intereses del ayuntamiento, pues contrató a la persona que en época estival estuviera más cualificada para las gestiones contables y administrativas, y cubrir la vacante del ADJ con una persona que ya venía siendo contratada en el Ayuntamiento en otras funciones.

No hay datos probatorios en el plenario, que aseguren más allá de la irregularidad administrativa de la contratación, el conocimiento de la acusada de la ilegalidad del procedimiento y conciencia de querer hacerlo ajena a todo proceso selectivo, es más, nada más que tuvo una sospecha, se aseguró de ello y dejó sin efecto los contratos sin haber expirado el plazo de los mismos, derivando la contratación de esas dos personas a un proceso selectivo reglamentado que hasta esos momentos no se venían efectuando en ese ayuntamiento.-

**TERCERO.-** Como ya indicamos la jurisprudencia incide que la ausencia total de procedimiento fijado para la actuación administrativa ha sido considerado en repetidas ocasiones como acreditativo de una resolución arbitraria (STS 30 de abril de 2015), sin embargo, el hecho reconocido de esa falta de procedimiento en las dos contrataciones efectuadas no podemos esta Sala estimar que se encuentra dentro de una resolución arbitraria, contraria al ordenamiento jurídico más allá de su inherente irregularidad administrativa, al no apreciar una intención por parte de la acusada en la contratación, quien no fue informada de la imposibilidad jurídica de efectuar ese contrato sin un previo procedimiento selectivo dimanante de una resolución que lo acordara la propia acusada, y que cuando tuvo la dudas sobre lo que había efectuado al firmar esas contrataciones, exige al Secretario del Ayuntamiento un informe, sin que anteriormente, se le hubiera comunicado nada sobre la irregularidad de la contratación.

Explicando que esas dudas sobre la forma en que contrató recién llegada al Ayuntamiento ignorando todo tipo de legislación al respecto en aquellos momentos, y guiada por lo que le

había informado el Tesorero sobre la necesidad de cumplimentar unos programas que iban a ser subvencionado y facilitar los datos al Ministerio de hacienda, se acrecentaron cuando, a medida, que fue desempeñando su cargo con un mayor conocimiento de la legislación administrativa, observó la necesidad de expedientes administrativos y procesos que no había utilizado en aquellas contrataciones, por lo que, recabó del Secretario el informe referido, y tras recibirlo tomó la decisión de dar por extinguidos los contratos y llevar a cabo el proceso selectivo correspondientes.

De hecho, todos los miembros del personal del ayuntamiento convinieron en que fue a raíz de esa resolución de septiembre de la Alcaldía dando por resueltos por las irregularidades apreciadas en los contratos de junio cuando se han iniciado los procesos selectivos adecuados y conformes a la legislación para las contrataciones que se están efectuando con posterioridad en la Corporación Local.

El que no se llevaron a cabo ese tipo de contrataciones lo indican, no sólo la propia Alcaldesa que asegura que, en un principio, no le llama la atención la forma de contratación pues era la misma que siempre se había utilizado, sino, la empleada del Ayuntamiento que redactaba los contratos, asimismo lo indica el Tesorero, aun cuando discrepe, el escrito de denuncia, y la propia Almudena, de las aclaraciones que efectuó a la Sala se desprende que tampoco se venía realizando, pese a esa oferta pública, pese a una entrevista, una contratación con un proceso selectivo que no puede limitarse a una entrevista. De hecho, por parte del secretario-interventor nos indicó que no había con anterioridad expedientes administrativos abiertos para la contratación de personal y procesos de selección, y que actualmente sí se llevan a cabo, como refieren el personal, el secretario del ayuntamiento, y se aporta documentalmente por la Defensa en su escrito de defensa que elevó a definitivas en el plenario.

**CUARTO.-** Esta Sala no debemos centrar, más que en la posible ilicitud penal de la acción de la acusada, en su condición de alcaldesa que se encuentra habilitada en sus funciones para contratar, y habilitó con su firma la contratación de dos personas como trabajadores temporales que ya venían siéndolo del Ayuntamiento, indicándole las funciones que iban a desempeñar, pero sin ningún proceso de selección.

No nos encontramos ante una persona con conocimientos del procedimiento administrativo. La acusada carecía de experiencia en ese tipo de contrataciones, ni en el puesto que ocupaba, además de carecer de conocimientos jurídicos en ese momento para saber que era ilegal la forma de contratar, al estar fuera de todo tipo de procedimiento.

Es indudable que nos encontramos ante una situación normativa reprochable administrativamente por cuanto es contraria a derecho, pero como ha venido a reconocer reiterada jurisprudencia antes expuesta, no basta ello para configurar un delito de prevaricación. Una resolución legal o fuera del ordenamiento, no es por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un “plus” añadido a la contradicción con la norma, que es lo que justifica la intervención del derecho penal, en lugar de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como señala nuestra jurisprudencia los requisitos esenciales del delito de prevaricación son: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y, en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho”. (SSTS 49/2010, de 4 de febrero, 1160/2011, de 8 de noviembre, 502/2012, de 8 de junio, 743/2013, de 11 de octubre, 1021/2013, de 26 de noviembre, 773/2014, de 28 de octubre, 259/2015, de 30 de abril, 797/2015, de 24 de noviembre, 82/2017, de 13 de febrero, la 709/2017, de 27 de octubre que confirma la sentencia absolutoria dictada por un TSJ en un supuesto de designación de dos puestos de libre designación.)

A mayor abundamiento, y en lo que al caso que nos ocupa es de interés, en la STS 694/2018, de 21 de diciembre se nos dice: “...el análisis del tipo subjetivo, que requiere la intencionalidad dolosa, con dolo directo y no eventual, pues la expresión “a sabiendas”

*impide la concurrencia de una situación de potencial representación mental, y el obrar indiferente al respecto, sino que exige el tipo penal que el autor obre con conciencia y voluntad de querer infringir la norma, de una forma, no meramente ilegal, sino arbitraria. El Código Penal ha querido restringir el ámbito del delito de prevaricación con objeto de deslindar mejor los ámbitos de control de la actuación de la administración pública, para que no sean más que los actos más reprochables, es decir, los actos arbitrarios, los que sean enjuiciados por la jurisdicción penal, dejando a la jurisdicción contencioso-administrativa el control ordinario de la actuación de la Administración.*

*Los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última ratio obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito. Como acertadamente se ha dicho, la relación entre las esferas del derecho administrativo y del derecho penal es la propia de círculos concéntricos con un diámetro mayor en la primera de ellas... ”.*

**QUINTO.-** Desde luego, en el caso sometido a nuestra consideración, se dictó una resolución fuera del procedimiento y como tal pudiera ser considerada arbitraria o ilegal la adoptada por la alcaldesa al firmar los dos contratos, pero lo que se precisa para ser delictiva es haber realizado la contratación a sabiendas de la injusticia, y con conocimiento de actuar el sujeto activo en contra del derecho.

Del conjunto de la prueba practicada en el plenario, no podemos entender plenamente acreditado el dolo o la patente conciencia de antijuridicidad por parte de la alcaldesa al firmar los contratos, que como nos indicó creía que era la forma habitual en la que se contrataba en el Ayuntamiento, nadie le advirtió de su irregularidad al hacerlo de esa forma; contratación que efectuó ante unas necesidades del servicio público que precisaba el Ayuntamiento para llevar a cabo unas subvenciones y realizar la labor de urgencia encomendada por el Tesorero, persona cualificada, que así se lo refirió, nada más tomar posesión en su nuevo cargo como alcaldesa, de que el Sr. Blanco, empleado del Ayuntamiento, que conocía las aplicaciones informáticas rellenase los datos que se precisaban para cobrar la participación de los tributos del Estado.

La intención de la alcaldesa era la de seguir el contrato hasta su fecha de extinción en diciembre de 2015, pero, una vez que tuvo sospechas sobre la irregularidad en la forma de contratar a esas dos personas, lejos de aquietarse con lo efectuado, elimina en su actuar toda

intención dolosa cuando solicita un informe al secretario del Ayuntamiento, una vez incorporado de las vacaciones, y conocido el informe, lejos de quedar pasiva, procede, a dar por extinguidos los contratos de junio, por resolución no verbal sino escrita, lo que elimina el ánimo de actuar en contra de la legalidad a sabiendas, y sí su ánimo de contratar de forma reglamentada, como realiza con posterioridad e implanta en el ayuntamiento.

La acción de la acusada de contratar de la forma en qué lo hizo, al margen del ordenamiento jurídico, no estimamos sea configuradora del tipo penal imputado, pues la contratación llevada a efecto no ocasionó un resultado materialmente injusto, ni actúa de tal modo porque quería esa contratación y contraria a otras consideraciones, de hecho, sin decirle nadie que su actuación podía ser irregular, activó los mecanismos, para confirmarlo, y una vez informada por el técnico en derecho del Ayuntamiento, procede a anular su contratación, no sin olvidar, que los fines para los cuales fueron contratados, no implicaban ninguna desviación de poder, ni menos lesionó ningún interés colectivo, sino todo lo contrario, los fines de su contratación justificó la misma al tener que cubrir las necesidades que precisaba el Ayuntamiento en ese momento e incluso se lo había indicado personal cualificado de la corporación, sin que su decisión afectase, ni a la colectividad, ni a otro ciudadano, corrigiendo, esa irregularidad anulando la contratación e iniciando un procedimiento para realizarlo en legal forma. Debemos de apreciar la carencia del elemento subjetivo en la acción de la acusada al contratar de la forma que lo hizo pues si bien hubo una infracción grave administrativa, no configura el delito imputado, al no constar probado que la acusada cuando contrata lo hiciera con una clara conciencia de que era ilegal hacerlo de esa forma, y de hecho, ha sido con posterioridad, y una vez, conocido que lo era, procede a rectificar su error, dando por extinguido en su resolución de 21 de septiembre de 2015 las contrataciones antes de que venciera su plazo, y procede a dichas plazas a convocar el procedimiento selectivo correspondiente, lo que aún más confirma la carencia del elemento subjetivo del tipo en la acción de la acusada.

En consecuencia, procedemos al dictado de una sentencia absolutoria al no constar de las pruebas practicadas la concurrencia del elemento intencional en su acción por parte de la acusada, y por tanto, no desvirtuándose su presunción de inocencia con pruebas de cargo suficientes, se impone el dictado de la misma.



**SEXTO .-** En virtud de lo establecido en el artículo 240 de la LECRim las costas procesales se deben declarar de oficio a la acusada absuelta.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLO**

Que debemos absolver y absolvemos a FELICIDAD FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ del delito de prevaricación del que venía acusada, con declaración de las costas procesales de oficio .

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la ley, significándoles que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de 5 días a contar de la última notificación mediante escrito autorizado por Letrado y Procurador.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando definitivamente en única instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

**PUBLICACION.** - La precedente sentencia ha sido publicada por el Magistrado Ponente en el día de hoy.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

*Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*