



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 692/2016, de 27 de julio de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 271/2016

SUMARIO:

Delito de prevaricación administrativa. Requisitos. Nombramientos de personal municipal por Alcalde sin la tramitación de expediente alguno, y con los informes contrarios a la legalidad de su actuación por parte del secretario e interventor municipal. Aunque el nombramiento ilegal, parezca a primera vista, una especialidad de la resolución injusta, lo que podría llevar a considerar el art. 405 C.P. como precepto especial, lo cierto es que la actuación del acusado encaja en la tipicidad del art. 404, en tanto dicha actuación no es meramente ilegal, sino injusta y arbitraria porque mediante ella se facilitó el acceso a puestos de trabajo en la Administración pública municipal, haciendo caso omiso de las normas que lo regulan y de los principios constitucionales que inspiraron esa normativa legal. Como requisito del delito de prevaricación administrativa, destaca la contradicción con el derecho que se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta. El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Cuestiona el elemento subjetivo del delito, esto es, la conciencia de la ilegalidad de la contratación y su actuación arbitraria, cuando es manifiesto que supo por los informes de los asesores municipales -el secretario municipal y el interventor- los óbices y defectos insubsanables con los que contaban tales nombramientos.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 404 y 405.

Constitución Española, arts. 23 y 103.3.

RDLeg. 8/2015 (LGSS), art. 208.

RDLeg. 2/2004 (TRLRHL), arts. 215, 216, 217 y 218.

PONENTE:

Don Julián Artemio Sánchez Melgar.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del acusado Emiliano contra Sentencia



www.civil-mercantil.com

698/15, de 2 de diciembre de 2015 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, dictada en el Rollo de Sala núm. 123/14 dimanante del P.A. núm. 16/2014 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de dicha Capital, seguido por delito de prevaricación contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente representado por el Procurador de los Tribunales Don Fernando García de la Cruz Romeral y defendido por el Letrado Don César Fernández Bustos.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Granada incoó P.A. núm. 16/14 por delito de prevaricación contra Emiliano y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 2 de diciembre de 2015 dictó Sentencia núm. 698/15 , que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Son hechos probados que el día 18 de diciembre de 2012, el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Atarfe, Emiliano , dictó la Resolución nº 989/2012 en la que se acordaba:

- Declarar el pase a la situación de jubilación a tiempo parcial del trabajador D. Lucio , Director de contratación y compras, a partir de dicho día.
- Contratar para ocupar el puesto de director de Contratación y Compras, a tiempo completo y mediante contrato de relevo a Segismundo en el que consta que su nivel formativo es Primara etapa de educación secundaria". Dicha persona era trabajador de "Proyecto Atarfe S.A.". Dicho contrato, se firmó sin tramitar previamente ningún expediente administrativo y, consecuentemente, obviando lo establecido en el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la Corrección del Déficit Público que establece la necesidad de declarar la excepcionalidad de cada una de las contrataciones efectuadas y la necesidad urgente e inaplazable de efectuarlas así como también prescindiendo de los principios de igualdad, mérito y capacidad que debe presidir toda cotratación pública.

Ese mismo día 18 de diciembre, el secretario del Ayuntamiento de Atarfe elevó informe al Alcalde, en el que, tras analizar la resolución de la alcaldía 989/12 de 18 de diciembre, el contrato a tiempo parcial de Lucio (sin firmar), el contrato de relevo de Segismundo (también sin firmar) y estudiar la legislación aplicable, concluía:

"PRIMERA.- Corresponde al órgano competente de la Seguridad Social la comprobación del cumplimiento por parte de D. Lucio de los requisitos (edad, antigüedad, cotizaciones ...) para acceder a la situación de jubilación parcial y el reconocimiento y cuantificación de la correspondiente pensión.-

SEGUNDA.- Corresponde al Ayuntamiento de Atarfe proceder a la sustitución del trabajador jubilado mediante la celebración de un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o con contrato de duración determinada con el mismo Ayuntamiento, sin cuya concurrencia el trabajador jubilado no adquirirá los derechos que se derivan de la



www.civil-mercantil.com

declaración de jubilación parcial.- TERCERA- La celebración del Contrato de relevo debería haberse llevado a cabo teniendo en cuenta:

1.- De conformidad con el Decreto-Ley 20/2011 el Sr. Alcalde deberá declararla concurrencia de excepcionalidad, existencia de necesidades urgentes e inaplazables y que afecta a sectores, funciones o categorías prioritarias o al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

2.- Que el trabajador relevista va a ocupar un puesto de trabajo definido en la plantilla orgánica y en la RPT del Ayuntamiento y por lo tanto debe reunir los requisitos exigidos en la misma, que son, licenciatura o equivalente o experiencia acreditada. Dado que no hay dos puestos de trabajo sino el mismo ocupado por dos trabajadores, es por lo que no es necesaria la modificación de las citadas plantilla y RPT.

3.- El respeto de los principios establecidos en el Estatuto Básico del Empleado Público y por tanto la aprobación de una convocatoria y bases de selección y publicad de las mismas. Bases en las que se establecieran entre otros extremos:

- puesto desempeñar
- duración del contrato, jornada laboral y retribución
- sistema de selección y pruebas que debieran superar los aspirantes
- requisitos de los aspirantes. Entre los requisitos debía incluirse, además de los exigibles con carácter general, los específicos de este puesto de trabajo y necesariamente el de encontrarse el aspirante en situación legal de desempleo (art6. 208 LGSS).

CUARTA.- En la documentación que se me ha facilitado no costa desarrollo del proceso selectivo del trabajador relevista ni la acreditación del cumplimiento por el mismo de los requisitos referidos anteriormente.

QUINTA.- De los contratos aportados, los cuales no se encuentran formados por ninguna de las partes, se observa que la jornada laboral y el salario del trabajador jubilado se reducen en un 75 % y sin embargo la jornada del relevista es a tiempo completo (se fija en 35 horas semanales cuando para el resto de trabajadores del Ayuntamiento es de 37 horas y media) y el salario es inferior incluso al que le corresponde al 75% de la jornada que viene a completar.

SEXTA.- Una vez presentada la documentación ante el órgano competente de la Seguridad Social declarada correcta la misma, se producirá el perfeccionamiento tanto del contrato a tiempo parcial como del contrato de relevo con el reconocimiento de la pensión de jubilación por la Seguridad Social. A partir de ese momento, las circunstancias sobrevenidas a que se refiere la disposición tercera de la Resolución de la Alcaldía producirán los efectos que en derecho correspondan y, en cualquier caso, y referente a D. Lucio , respecto al que se fija la cláusula, en caso de que por causas imputables al Ayuntamiento se vea impedido de su jubilación parcial, podrá formular las correspondientes acciones por los perjuicios que pueda haber sufrido. (S.T.S. Sala Cuarta, de lo Social de 6 de octubre de 2011).

Que es todo lo que tiene que informar, con el escaso tiempo del que ha dispuesto y a la vista de la documentación que acompaña a la Resolución de la Alcaldía nº 989/12 y que ha sido relacionada anteriormente, sin perjuicio de la existencia de cualesquiera otra documentación que no se me haya facilitado y de cualquier otro criterio mejor fundado en derecho al cual me someto, en Atarfe a 18 de diciembre de 2012.

Siguiendo con su plan preconcebido, de contratar a personas sin tramitación de expediente alguno y sin ajustarse a los principios que deben regir toda contratación pública, el



www.civil-mercantil.com

día 29 de diciembre de 2012, contando con el conocimiento del informe del Secretario Municipal, de nuevo al Alcalde de Atarfe, Emiliano dictó nueva Resolución, la número 1010/12, en la que, nuevamente, sin tramitar expediente administrativo alguno, acordaba la contratación de un segundo trabajador en los mismos términos que el anterior, disponiendo:

- Declarar el pase a la situación de jubilación a tiempo parcial, con reducción de jornada al 25%, de D. Arcadio como técnico informático, a partir del 1 de enero de 2013.
- Contratar para ocupar el puerto de Técnico Informático, a tiempo completo mediante contrato de relevo, con efectos a partir del día 1 de enero de 2013, a D. Epifanio . Consta que su nivel formativo de es "Enseñanzas universitarias de primer ciclo y equivalentes". Dicha persona, igual que en el caso anterior, era trabajador de Proyecto Atarfe S.A". Respecto de esta contratación el día 3 de enero de 2013, el Secretario emitió nuevo Informe, en el que reiteraba su informe del 18 de diciembre y terminaba con las mismas conclusiones que al anterior.

El día 10 de enero de 2013, el Interventor Municipal, teniendo conocimiento de las dos contrataciones efectuadas, emitió dos Informes, uno por cada contratación, en los que suscribía íntegramente los informes del Secretario señalando las siguientes deficiencias:

1. En relación al proceso de contratación:

- No se ha declarado concurrencia de excepcionalidad o necesidades urgentes e inaplazables que justifiquen la contratación.
- No se ha tramitado convocatoria ni se ha seguido procedimiento selectivo alguno, ni siquiera consta que se hayan solicitado candidatos al Servicio Andaluz de Empleo.

2. En relación con el trabajador contratado:

- No reúne los requisitos exigidos por el Convenio Colectivo y la Relación de Puestos de trabajo del Ayuntamiento de Atarfe para ocupar la plaza.
- El contrato se realiza "a jornada completa" y se fija un horario de 35 horas semanales, cuando legalmente la jornada a tiempo completo ha de ser de 37,5 horas a la semana.
- El salario fijado no se corresponde con el fijado para el puesto de trabajo, y no consta que el mismo se haya modificado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley de Haciendas Locales .

"Si en el ejercicio de la función interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución."A tenor de lo establecido en el artículo 216,2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquel sea solventado en los siguientes casos:

- a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el presupuesto no sea adecuado.



www.civil-mercantil.com

b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.

c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.

d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios. Que de conformidad con el artículo 216,2 de! Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , antes citado, en el presente caso procede suspender la tramitación del expediente hasta que este reparo esté solventado.

Dice el artículo 217 de la tan repetido Ley de Haciendas Locales que:

1. Cuando el órgano a que afecte el reparo no esté de acuerdo con éste, corresponderá al presidente de la entidad local resolver la discrepancia, siendo sus resolución ejecutiva. Esta facultad no sera delegable en ningún caso.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, corresponderá al Pleno la resolución de las discrepancias cuando los reparos:

a. Se basen en insuficiencia o inadecuación de crédito.

b. Se refieran a obligaciones o gastos cuya aprobación sea de su competencia.

Por último, y según lo ordenado en e! artículo 218 de la Ley de Haciendas Locales :

"El órgano interventor elevará informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el presidente de la entidad local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos. Es cuanto tengo que informar, salvo superior criterio, en Atarfe, 10 de enero de 2013.

Pues bien, a pesar de los informes del Secretario Municipal y de las notas de reparo puestas por el Interventor, el mismo día 10 de enero Emiliano no solo no suspendió la tramitación de los expedientes (que no existían), sino que siguió adelante en su pretensión dictando dos providencias en las que ordenaba el pago de los haberes salariales a los trabajadores afectados."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a Emiliano , como autor responsable del delito de prevaricación ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años, seis meses y un día y al pago de las costas procesales.

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

Contra ella cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador en el plazo de cinco días."

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del acusado Emiliano que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal



www.civil-mercantil.com

Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Emiliano se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º y único.- Por infracción de ley del número uno del artículo 849 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . indebida aplicación del artículo 404 del Código penal , vulneración del derecho a la presunción de inocencia. vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, inexistencia del delito de prevaricación contenido en el artículo 404 del Código penal por el que mi mandante ha sido condenado.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto interesó la resolución del mismo sin celebración de vista y solicitó su desestimación, por las razones expuestas en su informe de fecha 12 de abril de 2016; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señaló el presente recurso para su resolución con vista el día 29 de junio de 2016 a las 10.30 horas, no compareciendo al acto el Letrado recurrente, por lo que el Presidente da por concluido el acto a las 11. 00 horas de dicho día.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada condenó a Emiliano como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación continuada a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Segundo.

- Mediante un único motivo de casación, la parte recurrente combate la sentencia dictada en la instancia. El enunciado de tal reproche casacional es anómalo, en tanto que mezcla dos motivos, los previstos en el número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y el art. 852 de la propia Ley, que desarrollan ámbitos de censura diversos: el primero por estricta infracción de ley, y el segundo, por vulneración constitucional. En este segundo aspecto, el recurrente se queja de la infracción de los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, pero como quiera que los hechos probados están reconocidos por la defensa, como bien exponen los jueces «a quo», y así se deduce del desarrollo expositivo del motivo, y no se achaca déficit alguno relativo a falta de motivación a la sentencia recurrida, se está en el caso de centrar esta queja casacional por el



www.civil-mercantil.com

cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en tanto en su enunciado se invoca repetidamente que se ha producido la indebida aplicación del art. 404 del Código Penal , y más adelante: «inexistencia del delito de prevaricación contenido en el art. 404 del Código Penal por el que mi mandante ha sido condenado». Tal resorte impugnativo parte del acatamiento de la realidad histórica declarada en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, como exige el art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Como es de ver en la sentencia recurrida, la razón de la condena del Sr. Emiliano lo ha sido porque el recurrente, como autoridad municipal, a la sazón alcalde de Atarfe (Granada), se ha determinado con arbitrariedad en el nombramiento de dos funcionarios municipales con carácter de relevistas, frente a los informes contundentes del secretario del Ayuntamiento e interventor del mismo, que le advertían de su ilegalidad, incurriendo en consecuencia en arbitrariedad en su comportamiento público, incumpliendo requisitos esenciales en la contratación pública (arts. 23 y 103.3 de nuestra Carta Magna), cual son los de mérito y capacidad, junto al no menos esencial principio de transparencia pública, al producirse tales nombramientos sin adoptar ningún tipo de expediente público, por lo que la oscuridad y opacidad de su gestión estaba asegurada.

La razón de la discrepancia del recurrente se reconduce a invocar que contaba con asesoramiento externo en materia laboral de una asesoría privada, y de dos abogados, que habrían puesto de manifiesto que las irregularidades denunciadas por la secretaría municipal no serían más que meros «defectos subsanables desde el punto de vista administrativo». Aun así, no se ha acreditado ningún tipo de subsanación, pues obsérvese, y así consta en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, que tras los informes contrarios, incluidas las notas de reparo del interventor, el mismo 10 de enero de 2013 , el alcalde acusado no solamente no suspendió la tramitación de los expedientes (que no existían), sino que siguió adelante en su pretensión dictando dos providencias en las que ordenaba el pago de los haberes salariales a los trabajadores afectados.

Tercero.

Llegados a este punto, conviene señalar que en lo que se refiere al primer trabajador «relevista», la sentencia recurrida señala que con objeto de cubrir el puesto de director de Contratación y Compras, se acudió al nombramiento de un trabajador de "Proyecto Atarfe, S.A.", que es una suerte de empresa municipalizada, para incorporarle como contratado municipal sin tramitar ningún expediente administrativo, y primeramente obviando lo dispuesto en el RDL 20/2011, de 30 de diciembre, que establecía que en tiempos de crisis se proclamara mediante resolución administrativa y previo expediente, que el puesto de trabajo que se cubría era necesario a pesar de la predicada austeridad en la contratación pública. Nada de ello se hizo, y no con uno, sino con dos trabajadores, como hemos de ver.

Ante ello, el día 18 de diciembre de 2012, el acusado Emiliano dicta resolución administrativa decretando la jubilación a tiempo parcial del trabajador D. Lucio , y la contratación a tiempo completo y mediante contrato de relevo a D. Segismundo .

Ello determinó que ese mismo día 18 de diciembre, el secretario del Ayuntamiento de Atarfe elevó informe al Alcalde, en el que, tras analizar la resolución de la alcaldía 989/12 de 18 de diciembre, el contrato a tiempo parcial de Lucio (sin firmar), el contrato de relevo de Segismundo (también sin firmar) y estudiar la legislación aplicable, concluía: "PRIMERA.- Corresponde al órgano competente de la Seguridad Social la comprobación del cumplimiento por parte de D. Lucio de los requisitos (edad, antigüedad, cotizaciones ...) para acceder a la situación de jubilación parcial y el reconocimiento y cuantificación de la correspondiente pensión. SEGUNDA.- Corresponde al Ayuntamiento de Atarfe proceder a la sustitución del



www.civil-mercantil.com

trabajador jubilado mediante la celebración de un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o con contrato de duración determinada con el mismo Ayuntamiento, sin cuya concurrencia el trabajador jubilado no adquirirá los derechos que se derivan de la declaración de jubilación parcial.- TERCERA.- La celebración del Contrato de relevo debería haberse llevado a cabo teniendo en cuenta:

1.- De conformidad con el Decreto-Ley 20/2011 el Sr. Alcalde deberá declarar la concurrencia de excepcionalidad, existencia de necesidades urgentes e inaplazables y que afecta a sectores, funciones o categorías prioritarias o al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. 2.- Que el trabajador relevista va a ocupar un puesto de trabajo definido en la plantilla orgánica y en la RPT del Ayuntamiento y por lo tanto debe reunir los requisitos exigidos en la misma, que son, licenciatura o equivalente o experiencia acreditada. Dado que no hay dos puestos de trabajo sino el mismo ocupado por dos trabajadores, es por lo que no es necesaria la modificación de las citadas plantilla y RPT. 3.- El respeto de los principios establecidos en el Estatuto Básico del Empleado Público y por tanto la aprobación de una convocatoria y bases de selección y publicad de las mismas. Bases en las que se establecieran entre otros extremos: puesto desempeñar, duración del contrato, jornada laboral y retribución, sistema de selección y pruebas que debieran superar los aspirantes, y requisitos de los aspirantes. Entre los requisitos debía incluirse, además de los exigibles con carácter general, los específicos de este puesto de trabajo y necesariamente el de encontrarse el aspirante en situación legal de desempleo (art6. 208 LGSS). CUARTA.- En la documentación que se me ha facilitado no costa desarrollo del proceso selectivo del trabajador relevista ni la acreditación del cumplimiento por el mismo de los requisitos referidos anteriormente. QUINTA.- De los contratos aportados, los cuales no se encuentran formados por ninguna de las partes, se observa que la jornada laboral y el salario del trabajador jubilado se reducen en un 75 % y sin embargo la jornada del relevista es a tiempo completo (se fija en 35 horas semanales cuando para el resto de trabajadores del Ayuntamiento es de 37 horas y media) y el salario es inferior incluso al que le corresponde al 75% de la jornada que viene a completar. SEXTA.- Una vez presentada la documentación ante el órgano competente de la Seguridad Social declarada correcta la misma, se producirá el perfeccionamiento tanto del contrato a tiempo parcial como del contrato de relevo con el reconocimiento de la pensión de jubilación por la Seguridad Social. A partir de ese momento, las circunstancias sobrevenidas a que se refiere la disposición tercera de la Resolución de la Alcaldía producirán los efectos que en derecho correspondan y, en cualquier caso, y referente a D. Lucio , respecto al que se fija la cláusula, en caso de que por causas imputables al Ayuntamiento se vea impedido de su jubilación parcial, podrá formular las correspondientes acciones por los perjuicios que pueda haber sufrido. (S.T.S. Sala Cuarta, de lo Social de 6 de octubre de 2011).

Cuarto.

No se reducen los hechos probados a tal nombramiento, sino que el día 29 de diciembre de 2012, y ya contando con el conocimiento del informe citado del Secretario Municipal, el acusado dicta otra resolución, la número 1010/12, en la que, nuevamente, sin tramitar expediente administrativo alguno, acordaba la contratación de un segundo trabajador en los mismos términos que el anterior, disponiendo: Declarar el pase a la situación de jubilación a tiempo parcial, con reducción de jornada al 25%, de D. Arcadio como técnico informático, a partir del 1 de enero de 2013. Y contratar para ocupar el puerto de Técnico Informático, a tiempo completo mediante contrato de relevo, con efectos a partir del día 1 de enero de 2013, a D. Epifanio . Consta que su nivel formativo de es "Enseñanzas universitarias de primer ciclo y equivalentes". Dicha persona,



www.civil-mercantil.com

igual que en el caso anterior, era trabajador de "Proyecto Atarfe S.A". Respecto de esta contratación el día 3 de enero de 2013, el Secretario emitió nuevo Informe, en el que reiteraba su informe del 18 de diciembre y terminaba con las mismas conclusiones que al anterior. Y el día 10 de enero de 2013, el Interventor Municipal, teniendo conocimiento de las dos contrataciones efectuadas, emitió dos Informes, uno por cada contratación, en los que suscribía íntegramente los informes del Secretario señalando las deficiencias que constan en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, y que consta en nuestros antecedentes, poniendo el énfasis en la falta de declaración de la concurrencia de excepcionalidad o necesidades urgentes e inaplazables que justifiquen la contratación, y en la inexistencia de trámite alguno de convocatoria ni seguimiento de procedimiento selectivo alguno, ni siquiera consta que se hayan solicitado candidatos al Servicio Andaluz de Empleo, ello aparte de las irregularidades concretas en función de los requisitos que ostentaban los nombrados.

Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 215 , 217 y 218 de la Ley de Haciendas Locales, y de lo establecido en el artículo 216,2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Y como dice la sentencia recurrida: «Pues bien, a pesar de los informes del Secretario Municipal y de las notas de reparo puestas por el Interventor, el mismo día 10 de enero Emiliano no solo no suspendió la tramitación de los expedientes (que no existían), sino que siguió adelante en su pretensión dictando dos providencias en las que ordenaba el pago de los haberes salariales a los trabajadores afectados».

Quinto.

La Audiencia justifica su decisión condenatoria, aplicando el art. 404 del Código Penal , en tanto que haciéndose eco de las irregularidades ya puestas de manifiesto por el secretario y el interventor municipal, concluyen los jueces «a quibus» que tal actuación es manifiestamente arbitraria.

Esta Sala Casacional ya ha declarado en STS 357/2012, de 16 de mayo , que no se trata tanto de un nombramiento ilegal por no concurrir en una persona los requisitos para servir ese puesto de trabajo, sino que es ilegal el procedimiento en su conjunto utilizado para el acceso a la función pública de los distintos funcionarios que fueron nombrados, lo que se refiere tampoco a un nombramiento puntual (que no hubiera suprimido gravedad a tal comportamiento, pero no hubiera determinado la continuidad delictiva, como supone en el caso), sino a una conducta global que tiene mayor entidad por vulnerarse preceptos constitucionales, y no únicamente una normativa de legalidad ordinaria que parece que es más bien lo que protege el artículo 405 del Código (que en este caso nunca fue invocado), y en relación con un sujeto puntualmente determinado.

En este sentido, la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo tiene establecido que aunque el nombramiento ilegal parezca, a primera vista, una especialidad de la resolución injusta, lo que podría llevar a considerar el art. 405 C.P . como precepto especial, es lo cierto que la actuación del acusado encaja en la tipicidad del art. 404, en tanto dicha actuación no es meramente ilegal, sino injusta y arbitraria porque mediante ella se facilitó el acceso a puestos de trabajo en la Administración pública municipal, haciendo caso omiso de las normas que lo regulan y de los principios constitucionales que inspiraron esa normativa legal (véase STS de 10 de diciembre de 2001 , entre otras).



www.civil-mercantil.com

Sexto.

Los argumentos de la parte recurrente no pueden ser acogidos, pues se reducen a poner el énfasis en un menor gasto público, de lo que no existe prueba alguna, pero que, en cualquier caso, no permitirían prescindir de los más elementales principios de transparencia pública, igualdad de oportunidades, mérito y capacidad tanto de los aspirantes como de los nombrados; en suma, de que el Ayuntamiento sea un ente público al servicio de la ciudadanía. Da la sensación que el autor del recurso trata de justificar la decisión adoptada señalando que tal y como ocurrió en gran parte de los municipios españoles, la constitución de una empresa municipal que obedecía a la situación de expansión económica y urbanística existente en aquel entonces en nuestro país, se truncó con la llegada de la crisis, agravándose notoriamente la situación económica del Ayuntamiento al contar no sólo con su plantilla de empleados municipales sino con la plantilla propia de la entidad municipal cuyos costes económicos resultaban difíciles, sino imposibles, de asumir. Razón por la cual -se deduce- era necesario traspasar los trabajadores de la empresa a la condición de funcionarios o contratados municipales.

Parte también el recurrente de que su nombramiento como relevistas «no les genera derecho alguno», afirmación que no puede compartirse, pues se encuentran en la plantilla municipal al menos con esa condición y la percepción de sus salarios, a lo que cualquier ciudadano que cumpliera los requisitos tendría derecho, no pudiéndose prescindir de convocatoria pública al efecto, ni aun -como reconoce el recurrente- que el momento de cesar y «de resultar necesaria la cobertura de los citados puestos con carácter fijo sí que habría de procederse a la cobertura del puesto por los medios legalmente establecidos respetando los principios de publicidad, mérito y capacidad».

Igualmente, refuta la necesidad de declarar la excepcionalidad y urgente necesidad que se dispone en el RDL 20/2011, cuando en este no se hacen las excepciones que quiere ver el recurrente.

Cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 17 de julio de 2014, que no es aplicable al caso, pues exige siempre un procedimiento de nombramiento, ciertamente el que sea más ágil, pero un procedimiento que cubra los principios constitucionales citados, que son imprescindibles en la contratación pública.

Y cuestiona el elemento subjetivo del delito, esto es, la conciencia de la ilegalidad de la contratación y su actuación arbitraria, cuando es manifiesto que supo por los informes de los asesores municipales -el secretario municipal y el interventor- los óbices y defectos insubsanables con los que contaban tales nombramientos sin la incoación de expedientes ni publicidad, ni igualdad de oportunidades, razón por la cual no se puede escudar ni en su desconocimiento, ni en el asesoramiento externo, que supone incuestionablemente un gasto más del que pretendía al parecer, prescindir, no utilizando los resortes puestos por la administración municipal para el asesoramiento del alcalde y del funcionamiento en general de la corporación local, cuales son precisamente tales funcionarios altamente cualificados e independientes en su función, como lo son los citados secretario e interventor, garantía de la legalidad en la actuación de los entes locales más próximos al ciudadano, en suma garantía del Estado de Derecho proclamado en nuestra Constitución (art. 1.1).

Como ha dicho el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, lo determinante en el delito de prevaricación es la arbitrariedad. La arbitrariedad exigida por el tipo no se aprecia por la mera contrariedad con el Derecho, sino cuando no sea posible sostener lo actuado con ninguna interpretación de la ley que se haga con un método racional.

Cuando, como es el caso, se trata de infracciones del procedimiento, la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se cumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad se soslaya su finalidad, han de ser esenciales.

La ausencia de trámites, de procedimiento, supone la elusión de los controles que el procedimiento establece sobre el fondo del asunto. Se eliminan así los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopte su resolución.

Séptimo.

Una jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre , entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- 3º) que la 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;
- 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 5º) 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.

De dichos elementos, hemos de destacar en nuestro caso que la contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta (STS 259/2015, 30 de abril).

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero , entre otras).

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en



www.civil-mercantil.com

la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero , entre otras).

La arbitrariedad de la actuación es patente y contraria a las normas reguladoras de la contratación administrativa y contrarias a los principios proclamados en la Constitución sobre el funcionamiento de la administración.

La conducta realizada contraría los principios generales de la contratación que no pueden ser ignorados por quienes operan en la acción pública como gestores de intereses públicos (STS 672/2006, de 8 de junio).

En suma, la ausencia de trámites, es lo que origina, pues, que en nuestro caso, el motivo tenga que ser desestimado y ratificada la sentencia recurrida.

Octavo.

Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Emiliano contra Sentencia 698/15, de 2 de diciembre de 2015 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada . Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas por su recurso en la presente instancia casacional.

Comuníquese la presente resolución, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.