



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2
OURENSE**

SENTENCIA: 00083/2015

PZA. CONCEPCION ARENAL, 1
Teléfono: 988687072/988687068

213100

N.I.G.: 32054 43 2 2013 0000018

APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000048 /2015

Delito/falta: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA
Recurrentes: JOSE LUIS BALTAR PUMAR, PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL
Procurador/a: D/Dª RICARDO GARRIDO RODRIGUEZ, MONICA VAZQUEZ BLANCO
Abogado/a: D/Dª LUIS ROMERO BUENO, JOSE ARCOS ALVAREZ
Recurridos: COLECTIVO DE FUNCIONARIOS MANOS LIMPIAS, MINISTERIO FISCAL
Procurador/a: D/Dª LOURDES LORENZO RIBAGORDA
Abogado/a: D/Dª MANUEL MUÑOZ RODRIGUEZ

Juzgado procedencia: XDO. DO PENAL N.1 de OURENSE
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000478 /2013

SENTENCIA N° 83/15

=====

ILMOS/AS. SRES./SRAS.:

Presidente/a:

D./DÑA. ANTONIO PIÑA ALONSO.

Magistrados/as.:

D./DÑA. ANA MARÍA DEL CARMEN BLANCO ARCE.

D. MANUEL CID MANZANO.

=====

En OURENSE, a once de Marzo de dos mil quince.

VISTO, por esta Sección 002 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, Rollo Apelación Procedimiento Abreviado nº 48/2015 el recurso de apelación interpuesto por los/as Procuradores/as D. RICARDO GARRIDO RODRIGUEZ y Dª. MONICA VAZQUEZ BLANCO, en representación respectivamente de **JOSE LUIS BALTAR PUMAR** asistido del Letrado D. LUIS ROMERO BUENO y **PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL** asistido del Letrado D. JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ, contra la Sentencia dictada en el procedimiento PA: 0000478/2013 sobre **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA** del JDO. DE LO PENAL N°: 001; habiendo sido partes en él, como apelantes los mencionados y como apelados **COLECTIVO DE FUNCIONARIOS MANOS LIMPIAS** representado por el/a Procurador/a Dª. LOURDES LORENZO RIBAGORDA y asistido del Letrado D. MANUEL MUÑOZ RODRÍGUEZ y **MINISTERIO FISCAL**, en la representación que le es propia, actuando como **Ponente** el/la Magistrado/a Ilmo/a. Sr./a. D. MANUEL CID MANZANO.

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha dieciséis de Julio de dos mil catorce, cuya **Parte Dispositiva** es del tenor literal siguiente: "Fallo 1. Que debo condenar y condeno al acusado, JOSE LUIS BALTAR PUMAR, como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, así como al pago de las costas procesales.

. Conforme el art. 42 del C.P. la inhabilitación se referirá todo empleo de función pública en cualquiera de las Administraciones públicas, así como respecto de cualquier cargo electo derivado de elecciones europeas, estatales, autonómicas o locales, o de entes de Derecho Público, extendiéndose a todo empleo o cargo en empresas o instituciones participadas directamente por alguna Administración o ente público, así como a empleo o cargos discrecionales de naturaleza pública que se sustentan en la mera decisión de un cargo político electo o funcionario público de cualquiera de las Administraciones citadas."

Y como **Hechos Probados** expresamente se recogen los de la sentencia apelada: "Se declaran probados los siguientes hechos: "Se declaran probados los siguientes hechos:

UNICO.- Ha quedado probado y así se declara que el acusado, Don José Luis Baltar Pumar, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue presidente de la Diputación de Ourense durante 22 años, concluyó su cargo en fecha de 27 de enero de 2012. En el primer trimestre del año 2010 decidió proceder a contratar a 104 personas, dichos contratos eran de carácter temporal, y se tramitaron por el procedimiento de urgencia sin sujetarse a la Ordenanza Provincial reguladora de los procedimiento de contratación temporal al servicio de la diputación de Ourense. Dicha norma fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Ouense, en fecha de 8 de enero de 2004, dictada al amparo del artículo 70.2 de la Ley 7/1985 reguladora de las bases del régimen local, modificada por la Ley 57/2003.

Los requisitos necesarios que establece la ordenanza, cuando ha de realizarse una contratación temporal por el procedimiento de urgencia son los siguientes:

1. Informe del Jefe de servicio del puesto de trabajo que se quiera contratar (ha de justificarse las necesidades y perfil académico).

2. Fiscalización previa por el servicio de intervención para comprobar la existencia de crédito suficiente para contratar.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

3. Convocatoria pública mediante el anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia o en el tablón de edictos de la corporación, durante 3 años.

4. Selección de las personas contratadas que posean la debida cualificación y méritos.

En el procedimiento de selección de las 104 personas el acusado omitió la realización de dichos requisitos necesarios, los informes de servicios, no se realizó la fiscalización previa y no se publicó la oferta pública ni en el Boletín Oficial de la Provincia, ni en el tablón de edictos de la corporación. El acusado procedió a dictar y firmar 8 Decretos de Presidencia entre el mes de enero de 2010 y 17 de marzo de 2010, en los que decretaba y ordenaba la contratación de las personas elegidas por él y que se formalizaron en 104 contratos. Dichos Decretos firmados por el acusado son los siguientes:

1. Decreto del 15 de enero de 2010, en el que se acuerda la formalización de contratos temporales de 40 personas, desde 16 de enero y finalizando en fecha de 15 de abril de 2010.

2. Decreto de 15 de enero de 2010, en el que se acuerda la formalización de contratos temporales de 7 personas, desde 16 de enero y hasta la finalización de la obra o servicio para el que fueron contratados.

3. Decreto del 15 de enero de 2010, en el que se acuerda la formalización de contratos temporales de 1 persona, desde 16 de enero y finalizando en fecha de 30 de junio de 2010.

4. Decreto del 29 de enero de 2010, en el que se acuerda la formalización de contratos temporales de 43 personas, desde 1 de febrero y finalizando en fecha de 30 de abril de 2010.

5. Decreto del 29 de enero de 2010, en el que se acuerda la formalización de contratos temporales de 2 personas, desde 1 de febrero y hasta la finalización de la obra o servicio para el que fueron contratos.

6. Decreto del 12 de febrero de 2010, en el que se acuerda la formalización de contratos temporales de 10 personas, desde 16 de febrero y finalizando en fecha de 15 de mayo de 2010.

7. Decreto del 12 de febrero de 2010, en el que se acuerda la formalización de contratos temporales de 1 persona, desde 16 de febrero y hasta la finalización de la obra o servicio para el que fueron contratados.

8. Decreto del 17 de marzo de 2010, en el que se acuerda la formalización de contratos temporales de 2 personas, desde 16 de marzo y finalizando en fecha de 15 de junio de 2010.



El acusado procedió a la contratación de 104 personas con conciencia de que faltaban los principios básicos de cualquier contratación pública, como es la publicidad de dichos contratos para que cualquier persona pudiera acceder, privando el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.”.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por las representaciones procesales de los hoy recurrentes, se interpusieron recursos de apelación que formalizaron exponiendo las alegaciones que constan en sus escritos, los cuales se hallan unidos a las actuaciones.

TERCERO.- Dado traslado de los escritos de formalización de los recursos a las partes, se presentaron escritos de impugnación por el MINISTERIO FISCAL y la representación procesal de “COLECTIVO DE FUNCIONARIOS MANOS LIMPIAS” en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, sin la celebración de vista, se señaló día para deliberación, que tuvo lugar el **11** de **Marzo** del corriente.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida.

RECURSO PROC. SR. GARRIDO RODRIGUEZ.

PRIMERO.- No es dado acoger la solicitud de nulidad de la investigación preprocesal del M. Fiscal y según se añade, por tal circunstancia, toda la actividad instructoria que trae causa de la misma.

No se alega en el precitado motivo del recurso qué clase de indefensión material ha sido irrogada al recurrente en la tramitación del proceso por mor del contenido de la investigación preliminar practicada por el M. Fiscal.

SEGUNDO.- La nulidad de actuaciones, invocada en el capítulo de Alegaciones Previas de este Proceso, tiene por finalidad fundamental, al amparo del art. 238 de la L.O.P.J, que no se conculque total y absolutamente las normas



esenciales y garantías procesales que pueden producir indefensión a las partes, que es el trasfondo fundamental de la nulidad: la indefensión. Siendo, además el incidente de nulidad de actuaciones de carácter excepcional, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que no toda infracción procesal deviene en nulidad de actuaciones, debiendo primar siempre la conservación de los actos procesales, incluso en las nulidades, en aquellas partes que se deban conservar por ser útiles, de justicia, bien resueltas y no ser nulas aunque sean el fondo del acto procesal o resolución.

Según tiene declarado el Tribunal Supremo (SS de 2 de octubre de 1988 y 18 de marzo de 1999) son dos los requisitos que establece el artículo 238, párrafo 3 de la LOPJ para la nulidad de los actos judiciales: uno que se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se actuara con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa; y el segundo, que efectivamente se haya producido indefensión, requisitos que deben concurrir conjuntamente. Además, la doctrina jurisprudencial tiene repetidamente declarado que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos y, que, conforme a lo que establece el artículo 242 de la LOPJ se ha de aplicar el principio de actuaciones que este artículo establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos que se recoge en el siguiente artículo 243 de la misma Ley (Sentencias de 12 de julio de 1989, 5 de noviembre de 1990, 8 de octubre de 1992 y 28 de enero de 1993).

Por otra parte el Tribunal Constitucional, tiene declarado (STC 137/1999 de 22 de junio) que la indefensión que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución española ha de ser algo real y efectivo, nunca potencial o abstracto, es decir, una indefensión material no formal, para lo cual resulta necesaria pero no suficiente, la concurrencia de un defecto o transgresión procesal, siendo además inexcusable que, de hecho y como consecuencia del mismo, se haya producido un menoscabo efectivo o denegación del derecho de defensa en relación con un concreto interés de quien invoca indefensión.

La indefensión constitucionalmente prohibida es aquella productora de prohibiciones o limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa y con causa en actuaciones jurisdiccionales que menguan o privan del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y en situación de igualdad (STC 52/1997, de 17 de marzo). De lo anterior resulta que la indefensión ha de ser material, no meramente formal, generadora de una imposibilidad de alegar y probar lo alegado; debe constituir una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba; ha de ser



total y absoluta, con reducción a la nada de las posibilidades de defensa; definitiva, lo que no se producirá cuando la situación de indefensión pueda ser reparada; y producida por el órgano jurisdiccional, sin que pueda ser causada por la propia actuación del recurrente.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En recapitulación de lo expuesto el órgano judicial se haya obligado a la tramitación de cualquier procedimiento conforme al ordenamiento procesal interpretado de conformidad con la CE, debiendo corregir las infracciones procesales a través de los recursos ordinarios, e incluso, de oficio. Por un lado, las infracciones que constituyan un quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, denunciadas en fase de apelación darán lugar, a la anulación de la sentencia y a la reposición del procedimiento a la fase anterior a aquélla en la que se cometió la infracción procesal y, en el supuesto de que se trate de la vulneración material de las garantías constitucionales, denunciada en fase de apelación, corresponderá en primera instancia a los tribunales ordinarios su reposición y, en último caso, al Tribunal constitucional.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional ha manifestado reiteradamente, que la nulidad relevante es aquélla que ha producido una efectiva indefensión, es decir, no se trata de un concepto meramente formal, sino material, consistente en la privación a la parte del derecho a alegar y demostrar sus propios derechos, por lo tanto, no es suficiente la existencia de una mera irregularidad procesal, sino que es necesario que la misma incida en aquéllas facultades que corresponden a la parte de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 CE, al tiempo que la lesión no se tiene que deber a la inactividad o negligencia de la parte que se postula como lesionada por falta de diligencia procesal, pues, en estos supuestos, la indefensión carece de relevancia constitucional.

TERCERO.- Presentada una denuncia, abstracción hecha de su procedencia y naturaleza, el juez tiene la obligación legal de hacer un primer análisis de los hechos denunciados por si los mismos son encuadrables en alguno de los delitos que deben ser investigados de oficio, tal como le exigen los artículos 269 y 777.1 LECRM, momento en el que debe de llevarse a cabo el inicio de la comprobación del hecho denunciado salvo que desde un principio resultase evidente que los hechos no revisten caracteres de delito o la denuncia es falsa. No le corresponde examinar al juez si la denuncia formulada por el Fiscal, como actuación preprocesal en que consiste, se corresponde con una investigación que ha superado el plazo de seis meses marcado en el artículo 5 de su Estatuto Orgánico, sino si los hechos denunciados reúnen indicios suficientes para ser constitutivos de un delito, de acuerdo con los datos de la denuncia, y en caso de llegar a la conclusión positiva, iniciar la investigación criminal en averiguación de los mismos.



Se hace preciso tener en cuenta que ninguna actuación llevada a cabo ante el órgano judicial puede ser tildada de nula, dado que la escrupulosa actuación del juez de instrucción no ha incurrido en ninguna vulneración de normas procesales que haya generado indefensión. Así en primer lugar, la admisión de la denuncia deriva de la aplicación el artículo 777.1 LECRM, al existir indicios de un posible delito público. El hecho de que haya podido transcurrir el plazo de seis meses para la investigación de la Fiscalía que le autoriza el artículo 5 EOMF no genera nulidad alguna, pues por un lado no se trata de una actuación procesal en los términos señalados en el artículo 238.3 LOPJ (ya se ha destacado el carácter preprocesal de la misma) y que ha sido realizada por una de las partes del proceso y no por el órgano judicial y por otro lado el juez de instrucción debe de ampararse y aplicar las normas procesales que le vinculan, no el Estatuto del Ministerio Fiscal, y como ya se anticipó el artículo 773.2 LECRM no fija plazo alguno para el desarrollo de la investigación que lleve a cabo el Ministerio Fiscal.

En segundo lugar el hecho de que se hayan aportado documentos o testimonios tomados después de transcurridos seis meses y que los mismos hayan sido unidos a las presentes diligencias previas tampoco supone la vulneración de ninguna norma procesal ni han generado indefensión. El juez de instrucción recibe la denuncia con la documentación que la acompaña y en ese primer momento no puede hacer ninguna distinción ni rechazar la aportación de determinados documentos, por lo que su incorporación a las actuaciones es correcta y no deja lugar a dudas. Tampoco genera ninguna indefensión pues, por un lado los documentos unidos son documentos públicos en cuanto están incorporados a los archivos del Ente Provincial y de hecho muchos de ellos fueron aportados en sede instructoria. Es más, aunque se declarase que son nulos, a efectos puramente dialécticos por vulneración del artículo 11.1 LOPJ como pretende el apelante, ninguna trascendencia tendrían a los efectos de la validez del presente proceso penal, pues los mismos fueron incorporados a las diligencias judiciales — como una diligencia de investigación de los hechos. Tampoco se genera indefensión, que no se explica dónde radica, pues se trata de documentos públicos en los que el apelante ha tenido participación y conoce como consecuencia del desarrollo de sus funciones públicas; de manera que si la misma ha sido correcta, es precisamente la aportación de estos documentos los que van a servir de soporte a su actuación y de rechazo a la imputación formulada en la denuncia llevada a cabo por el Fiscal. No es suficiente la alegación indiscriminada de indefensión, cuando ni siquiera se explica en qué consiste la misma.

CUARTO.- Sabido es que el delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la



autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, (y por ello su actuación al margen y contra la ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal). Se ha dicho que la prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico, previsto en el art. 9.1 de la Constitución Española que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública, (y por tanto también a la local), en el art. 103 del citado texto constitucional, que contiene los principios de actuación de la Administración que, como piedra angular se cierra con el sometimiento a la ley y al derecho. Así, la STS de 5 de Abril de 2000, con cita de otra de 2 de Noviembre de 1999, señala que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o de un interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, al vulnerarse el bien jurídico protegido, cual es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, esto es: a) el servicio prioritario a los intereses generales; b) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y c) la absoluta objetividad en el cumplimiento de tales fines, (ver entre otras las SSTs 2340/2001 de 10 de Diciembre, y 1015/2002 de 31 de Mayo).

En este sentido, procede dejar constancia de cuál es la doctrina que viene sentando el Tribunal Supremo sobre el delito de prevaricación y los requisitos para su concurrencia, requisitos que aparecen sintetizados en la STS 23-X-2000 en estos términos:

La más reciente jurisprudencia de esta Sala -SS. de 20-4-95, 1-4-96, 23-4-97, 27-1-98, 23- 5-98, 18-5-99 y 2-11-99- ha sistematizado los requisitos que son necesarios para que se entienda cometido el delito de prevaricación administrativa hoy previsto en el art. 404 CP -dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en asunto administrativo- resumiéndolos en cuatro fundamentales:

A) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público, debiendo acudir al art. 119 CP 1973 o al 24 CP 1995, según los casos, para encontrar la definición de autoridad o funcionario público que a tal efecto ha de ser tenida en cuenta.

B) El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución que se repute contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

C) No es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que su emisión constituya un delito de prevaricación. El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde básicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y no tendría sentido, desde la conceptualización del derecho penal como última "ratio" una sistemática criminalización de los actos administrativos que no fuesen adecuados a derecho o implicasen desviación de poder. Para que la resolución se constituya en elemento objetivo de la prevaricación es preciso que sea "injusta" y la injusticia supone un "plus" de contradicción con el derecho que es lo que justifica la intervención del derecho penal. En los últimos tiempos, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que tan sólo cabe considerar injusta una resolución administrativa, a efectos de declararla penalmente típica, cuando la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa". El CP 1995 se ha situado en la misma línea restrictiva al asociar, en el art. 404, la injusticia con la arbitrariedad, nota de la que, por cierto, se ha prescindido en la definición de la prevaricación judicial. Pero no sería del todo exacto decir que, con tal asociación de injusticia y arbitrariedad, se ha limitado la nueva ley a ratificar la última doctrina elaborada por esta Sala en tomo al art. 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución administrativa con la evidencia de su ilegalidad pone el acento en el dato, sin duda importante, de la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. Sin perjuicio de ello, el art. 404 CP vigente ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro, de la arbitrariedad en el ejercicio del poder, proscrita por el art. 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida caprichosamente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis.

D) Por último, para que se cometa el delito de que tratamos, se requiere además que la autoridad o funcionario actúe "a sabiendas" de la injusticia de la resolución que dicta, lo que no sólo elimina del tipo la posible comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual. La exigencia de este elemento subjetivo cualificado no puede llevar, naturalmente, a la llamada "subjetivización"



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de este delito, que ha sido desechada en la S. de 15-10-99 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede menos de ser ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa cuyo presunto autor puede no ser un jurista. Se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico, en lo sustancial y/o en lo adjetivo, y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere producir dicho resultado y antepone esta voluntad al deber de atenerse a los mandatos de la ley.

QUINTO.- Debemos recordar aquí lo que se decía en las SSTs de 4 de diciembre de 2003 y 31 de mayo de 2002 sobre que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho.

De esta suerte el bien jurídico protegido en este delito, es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE, lo que obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho Texto Fundamental (STS 16 de mayo 2003), que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican (STS 17/09/90. En este sentido, las SSTs 22 de mayo 2001 y 17 de julio de 2.002 afirman "no se exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle porque como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota".

SEXTO.- Revisado lo actuado en instancia no resulta permitido compartir la concurrencia del error valorativo invocado.

Antes bien, cabe coincidir por entero con las certeras apreciaciones contenidas, como expresión interpretativa de los



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

elementos de juicio inferibles del plenario, en el fundamento jurídico tercero y cuarto de la sentencia combatida.

Así, las objeciones expuestas en el recurso con relación a los extremos valorativos en que disiente del juzgador de instancia no logran conmover los acertados razonamientos de éste que desgrana con atinado detalle el plural y diversificado conjunto de evidencias reveladoras de la comisión por el acusado del delito imputado.

La sentencia de instancia aprecia con acierto la prueba practicada y lo razona con adecuado criterio. Así, pondera con buen tino el resultado de las pruebas personales actuadas en juicio y delimita con precisión la verdadera esencia y alcance del hecho imputado y la participación penal inculpada por el M. Fiscal y Acusaciones Populares personadas.

La categórica y diáfana prueba testifical practicada en el plenario, exhaustivamente analizada en la sentencia recurrida, persuade no sólo de la presencia de meras irregularidades procedimentales sino de la omisión del cumplimiento y obligado acatamiento de requisitos esenciales de los procesos de contratación de personal cuestionados; de conocido conocimiento por parte del acusado.

La Sala estima acertada y hace suya la conclusión valorativa de la testifical actuada en juicio. Cumple no obstante recapitular los elementos de convicción más notables, que no únicos, sobre la materia enjuiciada que se deducen de lo declarado por diversos deponentes por razón de la relevancia de sus cargos, intervención en los procedimientos administrativos en debate, razón de ciencia y cercanía a las fuentes de prueba.

Ha de coincidir con la Juez a quo en torno a la especial relevancia de las manifestaciones sobre los extremos polemizados, sustancialmente relativos a la ausencia de fiscalización previa, informes de necesidad de contratación y convocatoria pública en lo afectante a la conducta arbitraria imputada; manifestaciones prestadas por el Interventor, Secretario y Jefe del Servicio de Recursos Humanos.

Si bien tales funcionarios se pronuncian conjuntamente sobre tales aspectos de la contratación cumple realzar, resumidamente, lo nuclear de sus declaraciones en juicio sobre tales extremos por más que otros testigos incidan directa o indirectamente en la línea de convicción obtenida judicialmente.

Así, de la declaración del Interventor corporativo a la sazón se infiere ciertamente la inexistencia de fiscalización previa. Luego de resaltar que ésta era preceptiva añade: "no



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

conoce los decretos. Si se dio cuenta a través de la nóminas, osea a posteriori. Si tenía que conocerlos antes pero no se le dio cuenta de ello. No sabe porqué. Intervenia en los contratos temporales, en algunos casos previamente. Alguna vez se le preguntó sobre si había presupuesto para ello. En este caso no se le informó, ni se le pidió informe. Venía del departamento de personal, y ellos le pedían en su caso el informe. Sería el servicio de personal quien debió darle cuenta. Era personal laboral. Él entendió que estaban bien hechos. Pero sí es cierto que él no intervino en ellos, y eso no estaba bien hecho. Y se preocupó por ello. La secretaria intentó justificarlo."

Abunda en esta conclusión el responsable de Recursos Humanos cuando afirma resueltamente que el acusado ordenó que se contratara directamente a los designados.

Con relación a los informes de necesidad ha de ponerse de manifiesto que si en multitud de casos los contratos fueron precedidos de solicitudes verbales de Jefes de Servicios y otros responsables de oficinas provinciales no se alcanza a comprender donde se asienta el idóneo informe de necesidad y la motivación de la necesidad misma en la adecuada forma exigible. En puridad los informes de necesidad emitidos no contienen justificación de urgencia de la contratación.

No existe, por otra parte, evidencia objetiva de que la contratación discutida se cifra en el atendimento de "necesidades inaplazables cuando... pudiese causar graves perjuicios a la gestión de los servicios públicos provinciales" (Art. 7.1 "b" de la Ordenanza Provincial).

Especial predicamento persuasorio se deduce de lo declarado por el referido responsable de Personal de la Corporación cuando reitera "al no haber publicidad no pudo conocer nadie que existían esos puestos"; añadiendo: "El Presidente ordenó directamente esas contrataciones. Sí le advirtió verbalmente de la irregularidad, no era necesario por escrito.". "El Presidente daba el nombre y el puesto".

Asimismo, tanto en materia de inexistencia publicidad de la convocatoria, como con relación al pleno conocimiento por parte del acusado del contenido de la Ordenanza reguladora es igualmente expresiva la manifestación del Secretario del Ente Provincial que afirma que "no menciona (en su declaración instructoria) los 104 contratos porque no se ajustaban al Procedimiento de Urgencia y que el Presidente manifestó que eran urgentes y que posteriormente se regularizarían. Sí le mandó contratar a esas personas. La finalidad de esa Ordenanza era crear más garantías en las contrataciones."

SEPTIMO.- Sobra decir que la actuación del acusado debía ceñirse a los procedimientos establecidos legalmente para la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

contratación de personal . Como señala la STS de 13 de junio de 2003, "el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales; 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, y 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE)". Frente al actuar debido el acusado actuó contraviniendo, expresa y conscientemente, los principios vigentes en el ámbito de la Administración pública, en particular los principios de objetividad y sometimiento a la Ley consagrados en los artículos 103 CE y 91,3 y 103 LRBRL.

Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho (Sentencias de 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001, 878/2002 de 17 de mayo y 1015/2002 de 31 de mayo)". En el presente caso el recurso, además injustificado, al procedimiento excepcional de urgencia (en rigor, de pura contratación directa) que se describe en el factum queda muy alejado y es frontalmente contradictorio con lo que estipulan las normas que rigen la contratación para las administraciones públicas. Según el art. 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el personal laboral debe seleccionarse de acuerdo con lo que dispone el art. 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos. Dicho art. 91 estipula: "1. Las Corporaciones locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal. 2. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

De haberse observado las normas de contratación, incluso en el marco procedimental urgente auspiciado por la ordenanza corporativa de 8-1-2004 se hubiera impedido que de antemano se conociera la identidad del trabajador o funcionario con el que se hubiera suscrito el contrato. Como nos recuerda la reciente STS de 15 de marzo de 2012, "la prevaricación no solo es apreciable cuando el contenido sustancial de la resolución sea inadmisibles en Derecho, sino también cuando se haya prescindido absolutamente del procedimiento establecido. Se recordaba en la STS nº 331/2003 que tal omisión "...ha sido considerada también como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho (STS



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). 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". No obstante, el delito de prevaricación no se caracteriza por castigar las actuaciones administrativas ilegales, ni siquiera aquellas que merezcan la calificación o fueran declaradas nulas de pleno derecho, sino los comportamientos que siendo ilegales o consistan en actos nulos resulten además y también arbitrarios. Y tal arbitrariedad puede, como en el presente caso, referirse a la omisión del procedimiento en cuanto la misma tenga por finalidad eludir los controles de legalidad inherente a la actividad administrativa.

OCTAVO.- La legislación es clara en sus principios y en su desarrollo, a partir del art. 103 CE que expresamente dispone que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", y "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad".

Estos principios constitucionales se recogen por el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, que regula la selección del personal y comienza disponiendo que "las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad". Estos requisitos se amplían en ese mismo precepto y en el art. 20 de la misma Ley.

La misma disposición se repite casi literalmente en el art. 91.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, también con referencia expresa a los principios constitucionales, después de establecer en su apartado 1 que "las Corporaciones Locales formularán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal". El Título VII de este L.B.R.L. se dedica al Personal al Servicio de las Entidades Locales, incluyendo el art. 103 que dispone que "el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el art. 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos".

La vulneración de todas estas disposiciones es patente en los hechos que se declaran probados, pues en ninguna de esas contrataciones se produjo fiscalización previa, real oferta de empleo ni la más mínima selección objetiva; sin acreditación



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de motivación de la excepcionalidad de acudir (máxime en cobertura total nada menos que de 104 plazas) al procedimiento singular de urgencia.

En absoluto puede considerarse confusa esta regulación sino más bien todo lo contrario, de claridad evidente, por dos razones; una primera porque su literalidad deja muy poco margen de duda tanto en cuanto a la existencia y obligada observancia de los principios citados como en cuanto a su aplicación práctica, sin que su comprensión sea difícil para alguien que ejerza un cargo público y en segundo lugar porque esos mismos principios tuvieron que ser aplicados en otros muchos procesos selectivos de contratación de personal, anteriores en el tiempo, por esa misma Entidad pública. Le asiste plena razón al M. Fiscal cuando destaca que en autos consta que en otros supuestos de procedimientos de urgencia sí tuvo lugar convocatoria pública de plazas a cubrir.

La propia declaración en juicio del acusado, responsable de órgano público con importante volumen de contratación pública en materia de personal, amén de la terminante declaración (ponderada tanto en su conjunto resultado armónicamente coincidente como valorada individualmente) de los testigos señalados en la sentencia apelada, principalmente Secretario, Interventor y Responsable de Recursos Humanos de la Corporación, evidencia la consciente y deliberada omisión de la publicidad exigible en los procesos de contratación enjuiciados.

Postular como se hace en el recurso la innecesariedad o futilidad del respeto del principio de publicidad en procedimientos como los seguidos en el caso enjuiciado, sobre no autorizarlo siquiera la ordenanza corporativa en la materia, no puede ser estimado de recibo porque impide preservar, entre otros, los cruciales principios de igualdad, mérito y capacidad; sin que la invocada regulación de la contratación de obra pública pueda ser asimilable a la relativa a selección de personal, siquiera sea a título eventual o temporal.

Frente a lo sostenido en el recurso no sólo fueron incumplidos los presupuestos previstos en la ordenanza provincial ad hoc sino los requisitos establecidos en la materia en la CE y en la abundante normativa general que disciplina la contratación de personal, de cualquier clase, en el ámbito de la función pública; siendo así que, en concreto, prescindir del requisito de la observancia de la convocatoria pública (aún en el limitado marco temporal de la ordenanza cuestionada), que el acusado conocía, provoca comprensible quebranto de los principios de igualdad, mérito y capacidad.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Es por ello que no es factible dudar de la concurrencia en el caso, del elemento subjetivo del injusto de la infracción imputada.

La censura penal asignable a la conducta enjuiciada no aparece diluida por la denominada "exageración" de las facultades y deberes del Presidente de la Diputación a que se alude en el recurso.

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 1 de Julio de 2008, establece que "el delito de prevaricación requiere, según reiterada jurisprudencia (sentencia del tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003), puede cometerse tanto mediante una actuación positiva como omisiva.

Ello aboca a la desestimación del recurso analizado.

NOVENO.- RECURSO PROC. SRA VÁZQUEZ BLANCO.

Por lo que se refiere al ejercicio de la acción civil derivada del hecho delictivo, a diferencia de lo que sucede con la acusación particular, la acusación popular no puede ejercitarla en el proceso, pues carece de legitimación para ello. En este sentido, los vigentes arts. 108 y 109 LECr., permiten plantear esa acción únicamente al Ministerio Fiscal y al ofendido por el delito, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC 193/1991, de 14 de octubre) y el Tribunal Supremo (sentencias nº 338/1992, de 12 de marzo, y nº 603/1994, de 21 de marzo). Cuando no se está ejercitando propiamente la acción penal en defensa de un interés genérico, sino que se actúa una "acción colectiva en defensa de intereses difusos que equipara a los colectivos al ofendido que sí está legitimado para instar la responsabilidad civil (art. 7.3 LOPJ)", los tribunales han admitido excepcionalmente la existencia de responsabilidad civil a petición de la acusación popular (sentencias del Tribunal Supremo nº 751/1993, de 1 de abril, y nº 895/1997, de 26 de septiembre).

La concreta función procesal del ahora recurrente y la representación en que actúa desborda por entero el núcleo de acción legitimadora (y a la que se refieren estas dos últimas sentencias, que aluden a la representación efectuada por Asociaciones de consumidores) que está en la base de esa "acción colectiva en defensa de intereses difusos" que excepcionalmente permite el ejercicio de facultades resarcitorias por parte del Acusador popular.

Amén de ello no se demuestra por la parte recurrente causación de perjuicio económico susceptible de indemnización. En tal sentido, los salarios y cuotas de la S.S. han sido abonados y devengados en contrapartida del trabajo o función efectivamente desempeñado; no generándose por tanto



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

enriquecimiento injusto alguno por motivo del desarrollo de la actividad laboral o funcional del personal contratado.

Lo precedentemente razonado obliga a rechazar el recurso examinado.

DECIMO.- Se declaran de oficio las costas causadas en la alzada.

VISTOS los artículos de pertinente y general aplicación.

En atención a lo expuesto:

FALLAMOS que **DESESTIMAMOS** los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de **JOSE LUIS BALTAR PUMAR** y **PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL**, contra la Sentencia dictada con fecha dieciséis de Julio de dos mil catorce en el Procedimiento PA: 0000478/2013 del JDO. DE LO PENAL N°: 001 de la referencia, y en consecuencia debemos **CONFIRMAR** dicha sentencia, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella **NO CABE INTERPONER RECURSO ALGUNO**.

Expídanse sendos testimonios de la presente para su unión al rollo de Sala de su razón y a los autos originales que se remitirá con los mismos al Juzgado de procedencia para su cumplimiento y ejecución; y, verificado, archívese el rollo de apelación dejando nota.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.