



-
ROSALIA DE CASTRO NÚM. 5
Teléfono: 986.80.51.19

Equipo/usuario: JE
Modelo: 213100

N.I.G.: 36039 41 2 2013 0005563

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000904 /2016

Delito/falta: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA
Recurrente: RAUL FRANCES RODRIGUEZ
Procurador/a: D/D^a SENEN SOTO SANTIAGO
Abogado/a: D/D^a RODRIGO MARIO RODRIGUEZ LATORRE
Recurrido: MINISTERIO FISCAL
Procurador/a: D/D^a
Abogado/a: D/D^a

SENTENCIA N°

=====

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente

DON JOSE JUAN BARREIRO PRADO

Magistradas

DÑA ROSARIO CIMADEVILA CEA

DÑA CELSO JOAQUIN MONTENEGRO VIÉITEZ

=====

En PONTEVEDRA, a veinte de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTO, por esta Sección 002 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador SENEN SOTO SANTIAGO, en representación de RAUL FRANCES RODRIGUEZ, contra Sentencia dictada en el procedimiento PA : 0000476 /2015 del JDO. DE LO PENAL n°: 002; habiendo sido parte en él, como apelante el mencionado recurrente, como apelado MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia, actuando como Ponente el/la Magistrado Ilmo. Sr. **CELSO JOAQUÍN MONTENEGRO VIEITEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha trece de septiembre de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" Que condeno a Raúl Frances Rodriguez, como autor dun delito continuado de prevaricación administrativa, dos artigos 74 e 404 do Codigo penal, coa seguinte pena:

1. Inhabilitación especial para emprego ou cargo público de concelleiro municipal ou de alcalde durante o periodo de 8 anos 6 meses e 1 día.

Impónselle as custas a Raúl Frances Rodriguez.

Logo de que sexa firme esta sentenza, devólvase ao Concello do Porriño a documentación administrativa que consta na causa (un arquivador cos expedientes orixinais relativos ao procedemento).

Notifiquese esta sentenza as panes indicandolles que é susceptible de recurso de apelación para ante a Audiencia Provincial de Pontevedra, no prazo de 10 días desde a súa notificación. ".

Y como Hechos Probados expresamente se recogen los de la sentencia apelada:

"Primeiro. Raúl Francés Rodríguez, nado o día 12 de maio de 1958, foi alcalde-presidente do Concello do Porriño desde o 25 de maio de 2003 ata o día 1 de febreiro de 2010.

Segundo. Mediante un decreto da Alcaldía datado o día 25 de agosto de 2004, Raúl Francés Rodríguez contratou, polo sistema de libre designación, a dona María del Rocío Carrera Pereiro como técnica xurídica para a prestación de servizos de asesoramento xurídico na Oficina de Información e Asesoramento Home Muller do dito concello, durante os meses de setembro e outubro de 2004, durante o período de vacacións do persoal do propio concello. Por un decreto do mesmo día 25 de agosto de 2004, o señor Francés Rodríguez acordou contratar esta mesma persoa durante os meses de setembro e outubro para cubrir unha baixa laboral; e, novamente, por un decreto do día 4 de novembro de 2004, acordou a contratación desta mesma persoa os meses de novembro e decembro de 2004, polo mesmo motivo.

Posteriormente, os días 20 de xaneiro de 2005, 24 de xaneiro de 2005, 28 de marzo de 2005, 23 de xuño de 2005, 28 de setembro de 2005 e 2 de decembro de 2005 ditou os conespondentes decretos polos que acordou contratar a señora Rocío Carrera para realizar unha asistencia técnica no Centro de Información á Muller do concello entre os meses de xaneiro de 2005 e xaneiro de 2006.

Ademais, a partir do mes de xaneiro de 2006 esta persoa continuou prestando servizos ao concello sen ningún tipo de contrato ata o mes de febreiro de 2010.

Durante estes períodos, a señora Carrera presentou ao cobro as facturas mensuais relativas aos servizos prestados ao concello que lle foron aboadas. Ademais, a partir das facturas correspondentes ao mes de decembro de 2005, o interventor municipal presentou reparos nas 49 ocasións en que se presentaron ao pagamento polo motivo de que procedía iniciar un procedemento de contratación. Porén, a pesar do reparo realizado, o señor Francés alzouno e ordenou o pagamento das facturas alegando que se produciría un enriquecemento inxusto do concello de non facelo.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

No mes de agosto de 2005 iniciouse un procedemento de contratación para este servizo pero nel, salvo acordar invitar a presentar ofertas a distintas persoas, non se acordou resolución ningunha.

Terceiro. Raul Frances Rodriguez, como alcalde-presidente do Concello do Porrino contratou, sen ningtin tipo de procedemento administrativo, a Marcial Gonzalez Pillado para a realización de tarefas de asesoramento de actividades industriais durante os meses de agosto de 2007 a xaneiro de 2010. En consecuencia, o señor Gonzalez, despois de prestar os seus servizos ao concello, presentou as correspondentes facturas ao cobro. Contra as facturas dos meses de agosto e outubro de 2007 o interventor municipal presentou reparos, que foron levantados polo señor Frances, quen acordou o seu pagamento. As restantes facturas mensuais (meses de xaneiro de 2008 a xaneiro de 2010) tiveron todas reparos do interventor municipal porque se infrinxia a lexislación administrativa de contratación, xa que non era un contrato menor: porén, en todas estas ocasións, o señor Frances alzou o reparo e acordou o pagamento das facturas.

Cuarto. Por un decreto do día 28 de agosto de 2007, Raúl Frances Rodriguez contratou a Jerónimo Escariz Covelo como técnico xurídico para a asesoramento do Departamento de Urbanismo do concello. A contratación realizouse polo procedemento de libre designación e por un periodo de 7 meses. Posteriormente, por un decreto do día 1 de abril de 2008, o señor Frances prorrogou o devandito contrato por un periodo doutros 7 meses e novamente o día 1 de novembro de 2008 volveu a acordar unha nova prórroga por 7 meses máis. Unha vez esgotada esta prórroga, o señor Escariz continuou prestando servizos ao concello ata xaneiro de 2010.

O señor Escariz presentou mensualmente as facturas dos servizos prestados.

o interventor municipal informou o día 12 de xurio de 2008 de que a prórroga do mes de abril era contraria a Lei de contratos do sector) e informou desfavorablemente do pagamento das facturas dos meses de abril e maio de 2008. Porén, o señor Frances alzou o reparo destas facturas.

O interventor municipal tamén informou desfavorablemente das restantes facturas, dos meses de xulio de 2008 a xaneiro de 2010, xa que así se convertía en indefinida unha relación contractual que non podía superar o ano de duración. Porén, en todas as ocasións o señor Frances alzou o reparo e acordou o pagamento das facturas.

Quinto. O señor Frances Rodriguez coñecía que as actos anteriormente descritos contraviñan a lexislación administrativa e, a pesar diso, acordou a prórroga dos contratos ou consentiu a continuación das relacións laborais."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron se señaló día para deliberación.

HECHOS PROBADOS

Como tales se aceptan los que contiene la sentencia apelada, que damos por íntegramente reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra se dictó, con fecha 13 de Septiembre de 2016, sentencia cuya parte dispositiva contiene el siguiente pronunciamiento condenatorio:

"Que condeno a Raúl Francés Rodríguez, como autor dun delito continuado de prevaricación administrativa, dos artigos 74 e 404 do Código Penal, coa seguinte pena:

1. Inhabilitación especial para emprego ou cargo público de concelleiro municipal ou de alcalde durante o período de 8 anos 6 meses e 1 día.

Impónselle as custas a Raúl Francés Rodríguez".

Frente a dicha resolución se alza el encausado, quien centra su recurso en dos motivos rubricados del siguiente modo: a) Error en la valoración de las pruebas por el Juzgador de instancia; b) infracción por la sentencia del principio de legalidad y de la jurisprudencia sobre el delito de prevaricación.

El recurso es impugnado por el Ministerio Fiscal.

Segundo.- Se aceptan los fundamentos de la sentencia de instancia, que damos por íntegramente reproducidos a fin de evitar innecesarias repeticiones, sin perjuicio de lo que se pasa a exponer a continuación.

Tercero.- En relación con el error en la valoración de la prueba, nuevamente es preciso recordar cómo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene establecido que, por regla general, debe reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez en cuya presencia se practicaron, pues es este juzgador quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de la prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente la expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas, vacilaciones, seguridad, coherencia, y en definitiva, todo lo que afecta al modo en que narran los hechos sobre los que son interrogados quienes deponen en su presencia, haciendo posible a la vista del resultado objetivo de los distintos



medios de prueba, formar en conciencia su convicción sobre la verdad de lo ocurrido. Así, en esta nueva instancia, sin haber presenciado personalmente tal prueba, sólo cabrá apartarse de la valoración que de la misma hizo el Juez ante quien se practicó en muy contadas circunstancias: por ejemplo, si se declara como probado en base a ella algo distinto de lo que dijo el declarante y que no resulta de ningún otro medio probatorio, o si la valoración de la declaración conduce a un resultado ilógico o absurdo y, de modo excepcional, si concurren otras circunstancias de las cuales se desprenda de modo inequívoco la falsedad de un testimonio acogido como cierto, o la certeza de uno no tenido en cuenta. Dicho de forma más resumida, el Tribunal que conoce del recurso de apelación deberá limitarse, en cuanto a la valoración de la prueba efectuada en la primera instancia, a verificar si las conclusiones que el Juez ha obtenido resultan congruentes con los resultados probatorios y se ajustan a los criterios generales de razonamiento lógico según reglas de experiencia comúnmente admitidas, no pudiendo sustituir aquella valoración de la prueba por la propia del Tribunal y mucho menos por la que haga la parte interesada.

Dejando sentado que la prueba de cargo en que se ha basado la condena del acusado ha sido constitucionalmente obtenida y legalmente practicada, pues ninguna tacha se ha formulado a ese respecto, hemos de pronunciarnos sobre si dicha prueba de cargo es suficiente y referida a todos los elementos esenciales del delito y si ha sido racionalmente valorada por el Juez a quo de modo que su inferencia no pueda reputarse de ilógica, irrazonable o insuficiente.

Pues bien, en el presente caso, el Juez de la instancia ha dictado su sentencia en uso de las facultades que le confiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, con la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete, llegando a la conclusión de que los hechos ocurrieron tal y como se declaran probados en la sentencia recurrida. Y de la prueba practicada desde luego no puede concluirse que tal apreciación sea errónea o ilógica -mucho menos arbitraria-, habiendo valorado el Juez con libertad de criterio las declaraciones y el crédito que le han merecido los distintos testimonios prestados a lo largo del juicio oral, así como la amplia prueba documental incorporada al expediente.

El artículo 404 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (artículo 24 del Código Penal) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho

(artículos 9.1 y 103 de la Constitución de 1978), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la sentencia n.º 548/2017, de 12 de Julio, con cita de la sentencia 358/2016, de 26 de Abril, para la comisión del delito es necesario, 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 ocasiones 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 (sentencias del Tribunal Supremo 49/2010, de 4 de Febrero; 1160/2011, de 8 de Noviembre; 502/2012, de 8 de Junio y 743/2013, de 11 de Octubre, entre otras). En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala 627/2006, de 8 de Junio, 755/2007, de 25 de Mayo, y 743/2013, de 11 de Octubre, argumentan que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo 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 (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1998; 4 de Diciembre de 1998; 766/99, de 18 de Mayo; y 2340/2001, de 10 de Diciembre).

Ahora bien, no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al declarar que "el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendi debe constituir la última ratio sancionadora". De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que ya el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (que se corresponde con el actualmente en vigor artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (sentencia del Tribunal Supremo

766/1999, de 18 de Mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la sentencia 755/2007, de 25 de Septiembre, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación, 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 (sentencia del Tribunal Supremo 76/2002, de 25 de Enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, como la 627/2006, de 8 de Junio, en la que se dice que: "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 , con mayores indicaciones jurisprudenciales). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal que, contingentemente, la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho". Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada sentencia 766/1999, de 18 Mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal 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, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (sentencia 443/2008 de 1 de Julio). Por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 2000 y de 21 de Octubre de 2004).

En definitiva, reiteramos, será necesario: En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, 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 particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo 600/2014, de 3 de Septiembre, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello, el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios. La arbitrariedad, como señala la sentencia 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 su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de 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. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Cuarto.- En este caso, no cabe duda de la condición de autoridad del apelante Sr. Francés Rodríguez en el sentido que prevé el artículo 24 del Código Penal, puesto que según resulta de la documentación obrante en el expediente (ver copias de las actas emitidas por el Sr. Secretario General del Concello de O Porriño, folios 250 y siguientes), aquél ocupó el cargo de Alcalde entre los días 14 de Junio de 2003 y el 1 de Febrero de 2010.

Las decisiones de contratar a María del Rocío Carrera Pereiro, Marcial González Pillado y a Jerónimo Escariz Covelo, cada uno para la prestación de sus respectivos servicios, así como las de sus sucesivas prórrogas, no cabe duda que integran el concepto de resoluciones a las que se refiere el artículo 404 del Código Penal. Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo 225/2015, de 22 de Abril, "También hemos recordado que por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS. 38/98 de 29.1, 813/98 de 12.6, 943/98 de 10.7, 1463/98 de 24.11, 190/99 de 12.2, 1147/99 de 9.7, 460/2002 de 16.3, 647/2002 de 16.4, 504/2003 de 2.4, 857/2003 de 13.6, 927/2003 de 23.6, 406/2004 de 31.3, 627/2006 de 8.6, 443/2008 de 1.7, 866/2008 de 1.12). Por tanto, en principio son posibles las resoluciones orales pues si bien el principio general en el procedimiento administrativo es la manifestación de los actos en forma escrita, la verbal no está excluida y así se infiere del art. 55 de la Ley del Reglamento Jurídico de las Administraciones Públicas. Asimismo es factible la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar una resolución, su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación (STS. 190/99 de 12.2, 65/2002 de 11.3, 647/2002 de 16.4, 1093/2006 de 18.10)".

En este caso, las resoluciones que se tachan de arbitrarias e injustas, además de contrarias a la legalidad, derivan de los contratos administrativos de asistencia técnica perfeccionados con las personas de María del Rocío Carrera Pereiro, Jerónimo Escariz Covelo y Marcial González Pillado.



Respecto de la Sra. Carrera Pereiro, consta en las actuaciones (folios 82 a 84) -y pormenorizadamente analiza la sentencia apelada- que fue contratada por el sistema de libre designación en virtud de Decreto del Alcalde, Sr. Francés Rodríguez, datado el día 25 de Agosto de 2004 en el marco del Expediente 85/2004, para prestar servicios de asesoramiento como técnico jurídico en la Oficina de Información e Asesoramiento Home Muller; y por Decreto del mismo día 25 de Agosto de 2004 (Expediente 117/2004) como Abogada en la Oficina del Centro de Información ás Mulleres, prorrogándose su nombramiento por Decreto de 4 de Noviembre de 2004 por necesidades de personal mientras no se cubriese una baja. En el Expediente 14/2005 constan los Decretos del Alcalde de 20 y 24 de Enero, 28 de Marzo, 23 de Junio, 28 de Septiembre y 2 de Diciembre de 2005, por los que se resuelve contratar la asistencia técnica como Abogada en el CIM de la Sra. Carrera. Y como señala el Juzgador a quo, no constan más contrataciones de esta técnica no obstante continuar prestando sus servicios al Concello, cuando menos, hasta el mes de Febrero de 2010.

En relación con el Sr. Escariz Covelo, fue contratado, también por el sistema de libre designación, como técnico jurídico en apoyo del departamento de urbanismo del Concello de O Porriño, por un período de siete meses, en virtud de un Decreto del Alcalde de 28 de Agosto de 2007; dicho nombramiento fue prorrogado por sendos períodos de siete meses por Decretos de 1 de Abril y 1 de Noviembre de 2008. Posteriormente, siguió prestando sus servicios, cuando menos, hasta Enero de 2010.

Finalmente, el Sr. González Pillado fue contratado por el ahora apelante en su condición de Alcalde del Concello de O Porriño, sin seguir ningún tipo de procedimiento administrativo, con la finalidad de prestar un servicio externo de asesoramiento sobre proyectos de actividades industriales, comenzando su prestación en el mes de Agosto de 2007 y continuándola, cuando menos, hasta Enero de 2010.

Por consiguiente, las prestaciones de tales servicios técnicos fueron tramitadas como contratos menores sujetos a requisitos menos estrictos de conformidad con la normativa por aquel entonces vigente, que no era otra que el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el cual (artículo 56) se regulaban estos contratos estableciendo que la tramitación del expediente sólo exigiría la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reuniese los requisitos reglamentariamente establecidos. Ahora bien, este mismo precepto disponía que "Estos contratos no podrán tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios". Y más en concreto, en relación con los contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios, el artículo 201 los consideraba menores cuando su cuantía no excediese de 2.000.000 de pesetas (12.020,24 euros).

De esta manera, como se verá, se prescindió de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa. 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. Se insiste en 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 (sentencias del Tribunal Supremo 18/2014, de 13 de Enero, y 152/2015, de 24 de Febrero, entre otras). 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 la que adopta su resolución (sentencias del Tribunal Supremo 743/2013, de 11 de Octubre, 152/2015, de 24 de Febrero, y 259/2015, de 30 de Abril , entre otras).

En el presente caso hubo una omisión reiterada del procedimiento. Si ya en la contratación de Marcial González Pillado se prescindió totalmente del procedimiento, no constando decretos ni contratos suscritos con esta persona (folio 84), los tres supuestos tienen el punto en común de que los técnicos presentaban sus correspondientes facturas para el cobro: mensuales en el caso de María del Rocío Carrera y Jerónimo Escariz; y a medida que iba emitiendo varios informes por parte de Marcial González. Y en todo ellos, llegado el momento, el interventor municipal formuló reparos al abono de las facturas presentadas, informando desfavorablemente con advertencia de ilegalidad ante el incumplimiento de un requisito fundamental de la ley de contratación pública, puesto que era obligado sacar a licitación pública la contratación de la prestación del servicio. Tales reparos fueron siempre alzados por el Alcalde con el argumento de que, de no ser abonadas las facturas, se produciría un enriquecimiento injusto por parte del Concello al tratarse de servicios efectivamente prestados.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZIA

Así, en el caso de la Sra. Carrera Pereiro, el interventor presentó reparos al pago de las facturas presentadas al cobro desde la correspondiente al mes de Diciembre de 2005 y prácticamente siempre por la misma razón, esto es, porque la prestación del servicio superaba la duración del año establecida como límite en el Real Decreto Legislativo 2/2000, lo que convertía dicha prestación de servicios por esta profesional en una vía de hecho, por lo que se le advertía de la necesidad de acudir a la licitación pública. Y como refirió en la vista del juicio el propio interventor, D. Miguel González López-Mosquera, en los reparos expresamente se le comunicaba al Alcalde la advertencia de que había un fraccionamiento del contrato, puesto que no se podía tener en cuenta el importe de la factura individual, sino el importe total de las facturas acumuladas, por lo que, en el momento de la superación del límite de 12.020,24 euros, había que sacar la prestación del servicio a licitación pública. Pues bien, el ahora apelante, en su condición de Alcalde del Concello de O Porriño y con abusivo ejercicio de las facultades que le confería la Ley de Haciendas Locales, no obstante las reiteradas advertencias de ilegalidad, llegó a alzar esos reparos en las cuarenta y nueve ocasiones en que fueron formuladas por el interventor municipal, prolongándose esa situación durante varios años, siempre con el mismo argumento, esto es, que de no ser abonadas las facturas presentadas por la Sra. Carrera Pereiro se produciría un enriquecimiento injusto a favor del Concello.

Consiguientemente, no sólo se superó el límite temporal que legalmente constreñía en la legislación vigente a los contratos calificados como menores, sino que, además, al llevar a cabo distintas y sucesivas adjudicaciones de los servicios técnicos como Abogada del CIM, se mantenía una apariencia de legalidad al fraccionar el importe en las facturas que iba emitiendo la Sra. Carrera Pereiro, ajustadas de inicio al límite cuantitativo del contrato menor. Lo verdaderamente relevante de todo ello, como resulta de la documentación incorporada a la causa, es que el ahora apelante era plenamente conocedor de la situación creada, de la vía de hecho y de la flagrante ilicitud de su actuación, puesto que la ilegalidad le fue manifestada no sólo por el cauce administrativo correspondiente por el interventor municipal, vía los insistentes reparos inmediatamente alzados, sino también verbalmente, dado que, como manifestó en el juicio el Secretario Xeral do Concello de O Porriño, D. Eduardo Portela Fernández, "cientos de veces" él y el interventor le manifestaron a aquél la necesidad de acudir a la licitación pública para la contratación del servicio (refiriéndose a las tres contrataciones analizadas). Por consiguiente, queda totalmente excluida la ignorancia del encausado sobre tan trascendentales extremos, aunque en el juicio afirmase desconocer "las cuestiones técnicas referentes de hasta donde un contrato puede ser considerado como un contrato menor"; y no sólo por lo ya referido, sino también, a mayor

abundamiento, porque por propio interés en ningún momento recabó informe jurídico del Secretario municipal que le ilustrase sobre estas cuestiones jurídicas y sobre el modo de proceder. Y siendo plenamente sabedor de que resolvía al margen del ordenamiento jurídico y en contra del recto funcionamiento de las Administraciones Públicas, antepuso siempre su voluntad al no llevar a efecto actuación alguna para corregir la ilegalidad de la situación de hecho creada y consolidada, con la intención deliberada, pese a ser conocedor de la ilegalidad de sus actos, de mantener a la Sra. Carrera Pereiro en el puesto que desempeñaba en el CIM como asesora técnica, manifestando expresa y reiteradamente al Secretario municipal y al interventor la inconveniencia de cambiar a esta profesional con el argumento de su eficacia en la prestación del servicio. Como dijo en el juicio el Sr. Portela Fernández, el Alcalde fue siempre contrario a que esos servicios -refiriéndose al caso de la Sra. Carrera Pereiro- fuesen contratados laboralmente, puesto que debería entonces abrirse un proceso de selección pública, con unas bases, y esa persona podía no salir seleccionada, y el Sr. Francés Rodríguez, sobre todo a partir de la primavera de 2005, manifestó expresamente muchas veces que ella tenía que ser la que prestase esos servicios.

Es evidente, pues, la concurrencia del dolo penal; y por eso no resulta de recibo la línea de defensa del apelante, pretendiendo defender la licitud de su actuación en el cumplimiento de los convenios de colaboración suscritos anualmente entre el Servizo Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller -dependiente de la Xunta de Galicia- y el Concello de O Porriño, de cara a la prestación del servicio de información a las mujeres. Se dice en el recurso que "Dicho funcionamiento está especificado expresamente en los Convenios anuales firmados entre el Ayuntamiento y la Xunta, que excluyen los convenios de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, establecen la forma de nombrar el personal, y la de la fiscalización del dinero entregado, (...). Podemos decir, sin la menor duda y vacilación, que el Alcalde se encuentra vinculado y limitado en esta actuación por la ley del convenio (contrato) firmado entre las partes, ya que por su naturaleza es totalmente legal y vinculante".

La Sala no puede compartir semejante razonamiento. Porque si bien es cierto que en los convenios (valga a título de ejemplo el suscrito por el Sr. Francés el 24 de Mayo de 2007, folios 191 y siguientes) se incluía una cláusula de relación contractual de exclusión del ámbito del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ello venía referido a la exclusión del propio convenio en sí mismo considerado, como así permite el artículo 3 de la citada normativa legal, pero no al procedimiento de contratación del personal técnico encargado de la prestación del servicio objeto del convenio. Lo contrario supondría que, por virtud de un convenio privado de colaboración entre



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZIA

entidades públicas, cabría la posibilidad de derogar, puntual y coyunturalmente, la aplicación de la legislación administrativa de contratación pública, algo evidentemente improcedente. Y refuerza esta conclusión el segundo párrafo de la misma cláusula décimo quinta, al excluir que el convenio se pueda convertir en fuente de relación laboral o de cualquier naturaleza entre el Servicio Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller y las personas "dependentes das entidades que desenvolvan as accións que constitúen o obxecto do mesmo, (...)". Luego la relación se establece entre la entidad local que por el convenio se va a encargar de la prestación del servicio y las personas técnicas encargadas de su realización, sin que ese convenio amparase o facultase al Sr. Francés para, vulnerando la legislación vigente en aquel momento, beneficiar a una profesional elegida por propia voluntad, con perjuicio de los principios de publicidad y libre concurrencia.

Del mismo modo -así se deja caer también en el recurso- la existencia del Convenio con la Xunta de Galicia no excluye la labor de fiscalización financiera por parte del servicio de intervención municipal, por muy mucho que para la prestación del servicio el Ayuntamiento fuera proveído de fondos vía subvención de la administración autonómica. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 213 y concordantes de la Ley de Haciendas Locales, y así también lo manifestó expresamente el propio interventor en el juicio, cuando dijo que en el caso del CIM él fiscalizó la contratación del servicio por el Ayuntamiento, puesto que todo contrato que sea subvencionado lo fiscalizamos, al margen de que la Xunta también lo fiscalice.

Quinto.- Y situaciones muy similares se produjeron en los casos de las contrataciones de Jerónimo Escariz Covelo y Marcial González Pillado. Muy particularmente en la del primero de los mencionados, quien, como anteriormente se refirió, fue contratado, también por el sistema de libre designación, como técnico jurídico en apoyo del departamento de urbanismo del Concello de O Porriño, por un período de siete meses, en virtud de un Decreto del Alcalde de 28 de Agosto de 2007, siendo prorrogado dicho nombramiento, por sendos períodos de siete meses, por Decretos de 1 de Abril y 1 de Noviembre de 2008. Ya el 12 de Junio de 2008 el interventor municipal informó que la primera prórroga contravenía la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, formulando reparos al pago de las facturas, en atención a la duración de la relación contractual al superar el límite de un año establecido para los contratos menores, advirtiendo expresamente al Alcalde la necesidad de licitar públicamente el contrato. E igualmente el ahora apelante alzó todos los reparos que sucesivamente fue formulando el servicio de intervención y ordenando el pago de las facturas mensuales emitidas por el Sr. Escariz, manteniendo a éste en su puesto, incluso tras la finalización de la segunda prórroga, hasta Enero de 2010, sin realizar actuación administrativa alguna

dirigida a corregir la situación de hecho consolidada por su única y exclusiva voluntad, haciendo caso omiso a las advertencias formales del interventor y verbales de éste y del Secretario municipal. Precisamente, la declaración de éste en el juicio no pudo ser más ilustrativa en torno a las concretas circunstancias para la contratación del Sr. Escariz, puesto que afirmó que se trató de asemejar la relación contractual a la propia de un contrato administrativo menor de asistencia técnica, pero sin intervención de él, como Secretario y fedatario público, en su redacción y firma; e igualmente tampoco fueron sometidas a su informe ni a la fiscalización del gasto por el interventor las posteriores prórrogas. Y cuando el interventor empezó a emitir sus reparos y advertencias de ilegalidad, fue el Sr. Francés, unilateralmente y por su exclusiva voluntad, el que decidió que el Sr. Escariz continuase prestando sus servicios, expresando en numerosas ocasiones que quería que éste siguiese con su labor técnico-jurídica, alzando los reparos y eludiendo de forma consciente, en definitiva, la legalmente obligatoria licitación pública de la contratación de los servicios profesionales, que sí, finalmente, como afirmó el Sr. Secretario municipal, fueron públicamente licitados por otro Alcalde, pero no por Raúl Francés.

Y poco más hay que decir respecto de la contratación de los servicios de asesoramiento sobre actividades industriales de Marcial González Pillado, respecto del cual la vía de hecho es más que evidente cuando se eludió cualquier procedimiento a tal fin, no existiendo documento alguno, más allá de las facturas emitidas por este profesional, que constaten su contratación. Habiendo comenzado a desempeñar su trabajo para el Concello desde Agosto de 2007 y continuándolo, cuando menos, hasta Enero de 2010, ya el interventor municipal presentó también los correspondientes reparos contra las primeras facturas presentadas en los meses de Agosto y Octubre de 2007, siendo alzado el reparo por el Sr. Francés y ordenando su pago. Y entre los meses de Enero de 2008 y 2010, todas las facturas emitidas por el Sr. González Pillado fueron objeto de reparos del órgano de intervención al infringir la legislación administrativa de contratación, siendo así que el Alcalde, pese a ser consciente y plenamente conocedor de la ilicitud de su actuación, continuadamente alzaba los reparos con el argumento de que su impago implicaría un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Pública, excusa en la que repetidamente se amparó para, de facto, mantener contra legem en la prestación del servicio a la persona que él deseaba, por su única y exclusiva voluntad, para su desempeño.

Sexto.- En suma, en el presente caso se optó por el sistema de contratos menores para la contratación de los servicios técnicos de estos profesionales, al ser menos riguroso en cuanto a la tramitación del expediente. Y siendo consciente el Alcalde de la irregularidad de su actuación por la vulneración



de los límites que para este tipo de contratos establecía el Real Decreto Legislativo 2/2000, desde el momento en que fue advertido tanto por el servicio de intervención como por el Secretario municipal, sin embargo en reiteradas ocasiones y durante varios años llevó a cabo de manera continuada la actuación ilegal que se le reprocha, manteniendo la vía de hecho que respondía a su particular interés de que la Sra. Carrera Pereiro, el Sr. Escariz Covelo y el Sr. González Pillado continuasen prestando servicios al Concello, en perjuicio del correcto funcionamiento de la Administración Pública y respeto a la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución).

Por consiguiente, se ha evidenciado la comisión por parte del Sr. Francés Rodríguez del delito continuado de prevaricación administrativa por el que fue condenado, lo que conlleva la desestimación de su recurso.

Séptimo.- No apreciándose temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, procede declarar de oficio las costas procesales de esta alzada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra ha decidido:

Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Raúl Francés Rodríguez contra la sentencia de fecha 13 de Septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra.

Segundo.- Confirmar en su integridad la reseñada resolución apelada.

Tercero.- Declarar de oficio las costas procesales de la presente alzada.

La presente resolución es firme y contra la misma NO CABE INTERPONER RECURSO ALGUNO.

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