

**Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2021  
(rec.4059/2019)**

Encabezamiento

RECURSO CASACION núm.: 4059/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 705/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 4059/2019 interpuesto por Doroteo, representado por la procuradora doña Antolina Hernández Martínez, bajo la dirección letrada de don Jorge Félix Ordiz Montañés, contra la *sentencia dictada el 23 de julio de 2019 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el Rollo de Apelación 39/2019*, en el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por Doroteo y se confirmó la *sentencia dictada el 19 de diciembre de 2018 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, en el Procedimiento Abreviado 30/2018*, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de prevaricación administrativa del *artículo 404 del Código Penal*. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El *Juzgado de Instrucción n.º 8 de Ponferrada incoó Diligencias Previas 9/2016* por delito de prevaricación, contra Doroteo, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de León, Sección Tercera. Incoado el Procedimiento Abreviado 30/2018, con fecha 19 de diciembre de 2018 dictó sentencia n.º 547/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«De la apreciación en conciencia de la prueba practicada resulta probado y así se declara que:

PRIMERO .- Faustino, es funcionario de la Escala de funcionarios de Administración Local, con habilitación de carácter nacional, Subescala Intervención-Tesorería, categoría de entrada, ocupando en fecha 18 de agosto de 2015, el puesto de trabajo de Intervención en el Ayuntamiento de Cacabelos.

El 18 de agosto de 2015, hallándose Faustino con el acusado, Doroteo, por entonces Alcalde del Ayuntamiento de Cacabelos, en un despacho municipal, como Doroteo le pidiera a Faustino alguna explicación en relación con un Informe que este último había emitido, surgió un desencuentro entre ellos en cuyo transcurso Faustino dio tres empujones a Doroteo, al tiempo que le llamaba "gilipollas" (Folio 590).

Sobre las 10:30 de la mañana de la referida fecha el Alcalde presento denuncia por tales hechos en el Puesto de la Guardia Civil de Cacabelos, que registro el atestado nº NUM000 (Folio 281) que, remitido a la autoridad judicial, dio lugar a que por el *Juzgado de Instrucción nº 7 de Ponferrada se incoaran las Diligencias Previas nº 491/15* (Folios 296 y 297) en cuyo desarrollo se oyó como investigado, en calidad de detenido, a Faustino, y se recabo Informe del Médico Forense sobre su imputabilidad emitiéndolo la Médico Forense en la misma fecha en el sentido de estimar que Faustino presentaba un diagnóstico compatible con trastorno del estado de ánimo y trastorno afectivo bipolar, no siendo capaz de comprender la ilicitud de los hechos, ni de controlar sus impulsos de forma adecuada, prescribiendo su ingreso urgente en la Unidad de Psiquiatría para valoración e instauración del tratamiento oportuno (Folios 303 y 304) lo que se acordó por el Juzgado de Instrucción en auto del referido día, 18 de agosto de 2015 (Folios 305 y 306) como internamiento involuntario de Faustino que permaneció en la Unidad de Psiquiatría, desde el día 18 de agosto hasta el 4 de septiembre de 2015 en que se emitió por la Dra. Joaquina, del Servicio de Psiquiatría del Hospital del Bierzo, el Informe de Alta, con instauración de tratamiento con antipsicóticos, por haber sido favorable la evolución del paciente (Folios 230 y 231).

Dicho procedimiento penal termino por *sentencia de fecha 30 de mayo de 2018 , dictada por el Juzgado de lo Penal de Ponferrada* (Folios 588 a 594) en la que, estimando la concurrencia de la eximente de defecto psíquico, se absolvía a Faustino del delito de atentado de que había sido acusado, tanto por el Ministerio Fiscal, como por la Acusación Particular y se le imponía la medida de libertad vigilada durante un año, siendo declarada firme dicha sentencia por auto de 8 de agosto de 2018 (Folios 595 y 596).

En el citado procedimiento penal, en escrito de 13 de enero de 2016 de su representación, el Alcalde solicitó una orden de alejamiento respecto del Interventor (Folio 668) medida que le fue denegada por auto de 29 de enero de 2016 (Folios 683 a 685) que fue recurrido en reforma por dicha representación (Folios 688 y 689), siendo desestimado dicho recurso por otro auto de 7 de abril de 2016 (Folios 746 y 747).

Faustino fue baja laboral por enfermedad común (depresión) el día 19 de agosto de 2015 (Folio 10).

El 24 de agosto de 2015 tuvo entrada en el registro de la Consejería de Presidencia escrito del Alcalde de fecha 21 de agosto de 2015, en el que informaba de los hechos ocurridos entre él y el Interventor el día 18 de Agosto de 2015, a la vez que acompañaba diversa documentación sobre esos hechos (Folio 148 y siguientes).

El 28 de octubre de 2015 el Director de Ordenación del Territorio y

Administración Local dictó Resolución acordando la incoación de Expediente disciplinario con el n° NUM002 al Interventor (Folios 118 y 119)

Faustino causo alta laboral por mejoría, que le permitía realizar su trabajo de Interventor, el día 11 de Enero de 2016 (Folio 11).

En la mañana de la referida fecha Faustino paso por la sede del Ayuntamiento de Cacabelos donde presento el Parte Médico de Alta que fue registrado con el n° NUM010 de entrada (Folio 11).

El acusado vio ese Parte Médico de Alta en la tarde del mismo día 11 de enero de 2016.

En la tarde del propio día 11 de enero de 2016, con registro de salida n° NUM001, el Alcalde envió a la Junta de Castilla y León un fax con el siguiente texto : " Habiendo presentado el señor Don Faustino el alta de enfermedad y pretendiéndose incorporar mañana (12 de enero de 2016) a su puesto de trabajo, ante las agresiones que he sufrido por su parte 'se me hace imposible trabajar con este señor.

Solicito que con esta misma fecha se tomen medidas cautelares para que no pueda incorporarse en tanto se resuelve el expediente disciplinario que tiene abierto ( NUM002 ), existiendo incluso un procedimiento penal abierto al respecto.

Solicito me envíen el fax a la mayor brevedad posible para impedir hoy mismo su incorporación, ya que se alteraría gravemente el funcionamiento del Ayuntamiento y el peligro sobre mi persona (no me veo con capacidad de solicitarle a este señor ningún informe ni de dirigirme a su persona debido al miedo que me provoca)" (Folio 246).

En la misma tarde del día 11 de enero de 2016, el Alcalde, sin previa audiencia del Interventor, sin observar procedimiento alguno y siendo consciente de que carecía de competencia para adoptar un acuerdo de esa trascendencia para el Interventor, adoptó uno cuyo destinatario era este último que, literalmente transcrito, dice: : "Le comunico que habiendo solicitado medidas cautelares a la Junta de Castilla y León para su no incorporación en este Ayuntamiento, en tanto no se resuelva el Expediente disciplinario abierto ( NUM002 ), no procede su incorporación hasta la contestación de las mismas"(Folio 21).

El día 12 de enero de 2016, sobre las 9:00 horas, el Interventor, con intención de reincorporarse, acudió a las dependencias del Ayuntamiento de Cacabelos donde fue atendido por el acusado que le notifico su acuerdo del día anterior, que queda transcrito, firmando el Interventor el recibí y retirándose para volver al Ayuntamiento sobre las 12:30 horas de la mañana de ese día, esta vez, acompañado de un Notario pues, continuando en su afán por reincorporarse, deseaba dejar constancia fehaciente de si le era o no permitida dicha reincorporación.

En tal ocasión, el Notario interviniente se entrevisto con el Secretario Interino del Ayuntamiento y, en cuanto a la acreditación del hecho de si se permitía o no incorporarse al Interventor a su puesto de trabajo, el Secretario le indico al Notario que la solución a la cuestión planteada venia indicada en la comunicación dictada por el Sr. Alcalde, de fecha 11 de enero de 2016 que ya le había sido entregada.

En dicha oportunidad el Secretario le exhibió al Notario el documento original

que contenía el acuerdo del Alcalde de 11 de enero de 2016, así como una copia del mismo en la que figuraba, en el sello de salida, estampado el n° 24 y el recibí del Interventor en fecha 12 de enero de 2016.

Seguidamente se reunieron el Notario y Secretario con el Interventor y ante la pregunta de este sobre si se le permitía o no incorporarse a su puesto de trabajo le fue exhibida la copia de la comunicación indicada, que en ese momento estaba en poder del Notario y de la que este dejó, a su vez, una copia testimoniada en el acta levantada al efecto (Folios 12 a 20).

En oficio del 12 de enero de 2016, con entrada en el Ayuntamiento n° NUM003 del día 15 de enero de 2016, el Director de Ordenación del Territorio y Administración Local participaba al Alcalde, en relación con su solicitud de medidas cautelares, que daría traslado de dicha solicitud al Instructor del expediente disciplinario para que informara a dicho Centro Directivo sobre la necesidad de adoptar la medida solicitada, haciéndole ver los requisitos de gravedad del hecho para que pudiera llegar a adoptarse la suspensión provisional como medida excepcional y le recordaba la obligación legal que tenía, en tanto la Instructora valoraba la procedencia de solicitar o no la medida cautelar, de permitir que el Interventor se reincorporara a su puesto de trabajo (Folios 383 y 384).

En escrito de 13 de enero de 2016, la Instructora del Expediente disciplinario participaba el Alcalde, en relación con su solicitud de adopción de medidas cautelares que impidieran la incorporación del Interventor que, de acuerdo con lo establecido en el *artículo 33 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado*, aprobado por Real Decreto 33/1986 de 10 de enero, la adopción de medidas provisionales, iniciado el procedimiento, correspondía a la autoridad que acordó la incoación del procedimiento, en este caso, la Dirección de Ordenación del Territorio y Administración Local de la Consejería de Presidencia. A la vez, le participaba que no se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables o que impliquen violación de los derechos amparados por las leyes (Folios 257 y 258).

Ese escrito fue recibido en el Ayuntamiento el día 15 de enero de 2016 (Folio 259).

En oficio de 13 de enero de 2016 con número de salida NUM004, el Alcalde reiteró a la Dirección de Ordenación del Territorio y Administración Local la adopción de la medida cautelar propuesta de no incorporación del Interventor a su puesto de trabajo en tanto no se resolviera el expediente disciplinario (Folios 252 y 253).

En oficio de 14 de enero de 2016, con entrada en el Ayuntamiento n° NUM005 del siguiente día 18 de enero, respondiendo al anterior escrito sobre reiteración de medidas del Alcalde, el Director de Ordenación del Territorio y Administración Local le contestó que la solicitud de medidas cautelares debería formularla, también, ante el Juzgado que estaba conociendo de los mismos hechos denunciados, y le reiteró la obligación legal de permitir que el Interventor pudiera desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo (Folio 385).

En escrito de 19 de enero de 2016, con salida en la misma fecha y n° NUM006, la Instructora, contestando a la petición de informe que le había solicitado en otro de 13 de enero de 2016 (aunque, creemos que por error, se dice de 2015), participó al Director General de Ordenación del Territorio y Administración Local que no

apreciaba elementos de juicio que motivaran suficientemente la necesidad de adoptar la suspensión provisional como medida cautelar para suspender y dejaba al criterio de dicho Director , por ser la autoridad que acordó incoar el Expediente, la necesidad de adoptar o no las medidas provisionales correspondientes (Folios 270 a 272).

El 19 de enero de 2016, el Alcalde declaró en el Expediente disciplinario y, entre otras cosas, manifestó que no iba a permitir que el Interventor trabajara, pero porque no quería verse en el cementerio (Folio 264).

Nuevamente, en oficio de 21 de enero de 2016 con registro de salida nº NUM007, el Director de Ordenación del Territorio y Administración Local, le reiteraba al Alcalde la obligación legal de permitir que el Interventor pudiera desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo (Folio 700).

Ese oficio fue recibido en el Ayuntamiento el día 25 de enero de 2016 (Folio 701).

Mediante Orden de la Consejería de Presidencia de fecha 26 de enero de 2016, recibida en el Ayuntamiento el día 1 de febrero de 2016, se requirió al Alcalde para que reingresara al Interventor con fecha 12 de enero de 2016, concediéndole al Alcalde el plazo de un mes para atender dicho requerimiento (Folios 83 a 87).

Todavía, en escrito sin fecha, pero con registro de salida nº NUM008, de 5 de Febrero de 2016, dirigido a la Instructora del Expediente, el Alcalde insistía en que se tomaran medidas cautelares, refiriéndose a las vejaciones e insultos y a la agresión de que se consideraba objeto por parte del Interventor (Folio 278).

El 9 de febrero de 2016 la Sra. Secretaria del Expediente disciplinario recibió un escrito de la misma fecha del Interventor en el que este le participaba que no estaba de vacaciones sino que se le impedía incorporarse al puesto de trabajo (Folio319).

El 19 de febrero de 2016 la Instructora del Expediente disciplinario formuló propuesta de sanción al Interventor, de suspensión de dos meses por una falta grave del *artículo 82 apartado g) de la Ley 7/2005 de 24 de mayo de la Función Pública de Castilla y León* (Folios 330 a 345).

En escrito de 29 de febrero de 2016 el Interventor pidió la suspensión del Expediente disciplinario por prejudicialidad penal (Folios 326y 327),

En Resolución de 10 de marzo de 2016 el Director de Ordenación del Territorio y Administración Local suspendió la tramitación del Expediente disciplinario hasta que finalizara el procedimiento penal (Folios 358 y 359).

En escrito de 16 de febrero de 2016, con registro de entrada nº NUM009 del día 16 de marzo de 2016, en el Ayuntamiento de Cacabelos, el Interventor solicitó su cese en dicho Ayuntamiento, por haber obtenido la plaza de Interventor en el Ayuntamiento de Fabero por Resolución de la Dirección General de la Función Pública de fecha 29 de Febrero de 2016 (Folio 64).

El mismo día 16 de marzo de 2016 el Interventor cesó en el Ayuntamiento de Cacabelos sin que hasta entonces hubiera sido repuesto por el Alcalde en el desempeño efectivo de su cargo (F 65).

El día 18 de de marzo de 2016 el Interventor tomo posesión de ese cargo en el Ayuntamiento de Fabero sin que, al menos, hasta el día 23 de octubre de 2018 estuviera en ningún momento en situación de incapacidad temporal por enfermedad ni por accidente, (Folio 852 Vto).

La Junta de Castilla y León (Consejería de Presidencia) promovió recurso contencioso administrativo impugnando la inactividad del Ayuntamiento de Cacabelos al no haber dado cumplimiento a la Orden de 26 de enero de 2016 de la Consejería de Presidencia permitiendo la reincorporación del 'Interventor, declarando el *Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de León, en sentencia de 31 de Julio de 2017 , confirmada por otra de 21 de febrero de 2018 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, contraria a Derecho dicha actuación administrativa (Folios 598 a 610).*»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

« FALLAMOS

Condenamos a Doroteo como autor responsable de un delito de prevaricación administrativa a la pena de nueve años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público de Alcalde y al pago de las costas, incluidas las de la Acusación Particular.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en esta primera instancia lo pronunciamos mandamos y firmamos.

Notifíquese esta sentencia a las partes a quienes se hace saber que no es firme pudiendo interponer contra la misma recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla y León en el plazo de diez días desde la fecha de su notificación.»

TERCERO.- Recurrida la anterior sentencia en apelación por Doroteo, se remitieron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que, en fecha 23 de julio de 2019 , emitió el siguiente pronunciamiento:*

« -FALLAMOS-

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el condenado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León, sección 3ª, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con costas al apelante.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con arreglo a la ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.».

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Doroteo, anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por Doroteo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley al amparo del *artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por indebida aplicación del *artículo 404 del Código Penal* .

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito presentado telemáticamente el 2 de diciembre de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo el motivo del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 15 de septiembre de 2021 prolongándose hasta el día de la fecha.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La *Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de León, en su Procedimiento Abreviado n.º 30/2018, dictó sentencia el 19 de diciembre de 2018* , en la que condenó a Doroteo como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación administrativa, imponiéndole la pena de 9 años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público de Alcalde y al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular.

Contra dicha sentencia se interpuso por el acusado recurso de apelación, que fue desestimado por la Sala de lo Civil y Penal del *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en sentencia de 23 de julio de 2019* , la cual es ahora objeto de impugnación por infracción de ley, al amparo del *artículo 849.1 de la LECRIM* , al entender el recurrente que se ha producido una indebida aplicación del *artículo 404 del Código Penal* .

1.1. Admitiendo el recurrente que la decisión controvertida la adoptó en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Cacabelos y que su acuerdo administrativo fue declarado nulo por la jurisdicción contencioso-administrativa, considera que el tipo penal en el que descansa su condena está indebidamente aplicado en atención a que no concurre el elemento subjetivo para exigirle responsabilidad penal, pues la decisión de no permitir que el Interventor municipal se reincorporara a su puesto de trabajo, tras su baja por afectación psiquiátrica, tiene su apoyo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley de Bases de Régimen Local y, en base a dicha normativa, procedió como jefe de personal a velar por la seguridad del Interventor y de los demás empleados del Ayuntamiento, ordenando un reconocimiento imprescindible para evaluar si el estado de salud del Interventor podía constituir un peligro tanto para este como para los otros empleados, remitiéndose seguidamente en su argumentación a determinadas pruebas practicadas en el juicio.

Hace también hincapié en que, hasta la Orden de la Consejería de Presidencia de 26 de enero de 2016 que requirió al Alcalde para que reingresara a su puesto al Interventor en el plazo máximo de un mes, no existió con anterioridad ninguna otra

orden en ese sentido, sólo recomendaciones sin ningún valor jurídico. Y añade que el requerimiento de la Consejería de Presidencia no pudo cumplirse debido a que con fecha 16 de febrero de 2016 se produjo el cese del Interventor por cambio de destino.

1.2. Como expresamos en la *STS 121/2008, de 26 de febrero*, «el recurso de casación, cuando se articula por la vía del *art. 849.1 LECRIM*, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objetivo exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados ya inalterables, se pretende aplicar en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado». Se trata pues de analizar la selección, interpretación y aplicación del derecho sustantivo realizada por el Tribunal de instancia, a partir del pleno respeto de los hechos declarados probados en su sentencia.

A partir de este marco funcional, debe destacarse que el delito de prevaricación administrativa del *artículo 404 del Código Penal* surge cuando, con ocasión del dictado de una resolución administrativa, se dota a esta de un contenido arbitrario, a sabiendas de su " *injusticia* ".

Como se indica en la sentencia impugnada, así como en la propia sentencia de instancia, pacífica jurisprudencia de esta Sala tiene descrito que el bien jurídico que el tipo penal protege es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, de modo que opere con plena observancia del sistema de valores constitucionales, esto es, que la Administración sirva con objetividad a los intereses generales, rigiendo su actividad con pleno sometimiento a la ley y al derecho ( *arts. 103 y 106 CE* ).

Con ello, la Sala ha descrito que el tipo penal precisa, no sólo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que: 1) Adopte una decisión en cualquier asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo; 2) Que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el derecho, lo que puede manifestarse no sólo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino también por la falta de competencia para resolver o decidir entre las opciones que se ofrecen respecto sobre una cuestión concreta, o también por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que en todo caso la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y 3) Que se dicte a sabiendas de esa injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión ( *SSTS 443/2008, de 1 de julio*, o *1021/2013, de 26 de noviembre*, entre muchas otras).

La prevaricación administrativa precisa así de una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los administrados, si bien el delito exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de que además de contrariar la razón, la

justicia y las leyes, lo haga desviándose de la norma praxis administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad pues, como señala la doctrina jurisprudencial ( *Sentencias núm. 674/1998, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002 , entre otras*) «el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona... ». En todo caso, es preciso, además, que esta decisión desviada de la exigencia legal, sea adoptada con conciencia clara de su injusticia y por voluntarismo de que la cuestión se conduzca en los caprichosos designios personales de quien resuelve o, lo que es lo mismo, que se haya dictado para alcanzarse unos propósitos de la autoridad o del funcionario que nunca hubieran podido atenderse de haberse seguido la previsión normativa y la justicia.

1.3. Proyectada la anterior doctrina al caso que ahora se analiza, ya se adelanta que el recurso carece de razones que justifiquen su estimación.

El desarrollo del alegato parece negar la ilegalidad de la decisión administrativa por la que se enjuició y condenó al acusado, pues aduce que con su acuerdo el Alcalde cumplió con la obligación que le correspondía como jefe de personal y pretendió velar por la seguridad en el trabajo del propio Interventor municipal, así como por la del resto de trabajadores del Consistorio. Aduce que el Interventor venía de un proceso de baja laboral por grave enfermedad psiquiátrica y que no había obtenido el alta por su mejoría, sino porque no asistió a los reconocimientos médicos y había solicitado su alta voluntaria. Consecuentemente -expresa el recurso-, la decisión de no autorizar la reincorporación laboral del Interventor municipal respondió a la previsión del *artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* , que si bien en su artículo 22 establece que la voluntariedad del trabajador es una premisa para que pueda establecerse un sistema de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, recoge una serie de excepciones en las que la vigilancia será obligatoria para el empleado, siendo estos supuestos: a) Cuando los reconocimientos sean imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o b) Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o c) Cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Desarrolla así el alegato que el acusado condicionó la reincorporación del Interventor a que se realizara una revisión médica que garantizara que su inserción en el centro de trabajo no introducía ningún riesgo para el resto de empleados públicos, dado que el propio Alcalde había sido agredido por el Interventor en fechas pasadas, lo que había dado lugar a la incoación de unas Diligencias Previas en las que se acordó el internamiento psiquiátrico no voluntario del denunciado.

Pese al desarrollo del motivo, no puede sustentarse que la decisión del Alcalde

se ajustara al ordenamiento protector de los riesgos inherentes a la actividad laboral.

De un lado, el relato de hechos probados expresa que « Faustino causó alta laboral por mejoría, que le permitía realizar su trabajo de Interventor, el día 11 de Enero de 2016», presentando « *el Parte Médico del Alta que fue registrado con el nº NUM010 de entrada*». Unas conclusiones de capacidad psiquiátrica que el Tribunal extrae de la prueba documental obrante al folio 11 de las actuaciones y que la parte no cuestiona ni trata de modificar mediante ningún motivo.

Además, el propio relato fáctico patentiza que la decisión no se insertó en ningún expediente orientado a prevenir riesgos laborales. No se describe que se pidiera el previo informe a los representantes de los trabajadores que el *artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* establece para poder acordar un régimen de vigilancia obligatorio. Tampoco se plasma que se adoptara alguna actividad de vigilancia laboral. Lo que el relato histórico describe es que, además de interponer una denuncia penal, el día 21 de agosto de 2015 el Alcalde comunicó a la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León que había sido agredido el día 18 de agosto por el Interventor municipal. En virtud de esta denuncia administrativa, el 28 de octubre de 2015, el Director de Ordenación del Territorio y Administración Local había incoado un expediente disciplinario contra el Interventor municipal. Y en ese contexto, cuando el 11 de enero de 2016 el Interventor presentó el alta laboral, el acusado realizó una doble actuación. En primer lugar, solicitó que se adoptaran medidas cautelares en el expediente disciplinario para que el Interventor no pudiera incorporarse al Consistorio mientras no se finalizara el expediente. En segundo término, y en la misma tarde, dictó el acuerdo municipal que aquí se enjuicia, declarándose probado que « *el Alcalde, sin previa audiencia del Interventor, sin observar procedimiento alguno, y siendo consciente de que carecía de competencia para adoptar un acuerdo de esa trascendencia para el Interventor, adoptó uno cuyo destinatario era este último que, literalmente transcrito, dice: : "Le comunico que habiendo solicitado medidas cautelares a la Junta de Castilla y León para su no incorporación en este Ayuntamiento, en tanto no se resuelva el Expediente disciplinario abierto ( NUM002 ), no procede su incorporación hasta la contestación de las mismas"* ».

Esto es, el acusado prohibió al Interventor que se reincorporara a su función hasta que no se resolviera un expediente disciplinario, sin sujetarse a ningún expediente de seguridad laboral, a ningún expediente de capacidad, o a lo que el expediente disciplinario dijera sobre la medida cautelar.

En ningún modo puede sustentarse que la decisión respondió a una previsión legal, lo que el relato probatorio también refleja al indicar que la Junta de Castilla y León promovió recurso contencioso administrativo impugnando la inactividad del Ayuntamiento de Cacabelos al no haber dado cumplimiento a la Orden de 26 de enero de 2016 de la Consejería de Presidencia permitiendo la reincorporación del Interventor, declarando el *Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de León, en sentencia de 31 de julio de 2017, confirmada por otra de 21 de febrero de 2018 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de su Sala con sede en Valladolid, que dicha actuación administrativa es contraria a Derecho.*

1.4. Con ello, la alegación de que no concurre el elemento subjetivo del delito de prevaricación y que el acusado actuó impulsado por la Ley de Protección de Riesgos Laborales, no parece sustentar que la resolución del Alcalde fuera legal y

normativamente correcta, sino sugiere que el Regidor actuó en la creencia errónea de que su acuerdo se ajustaba a la obligación de proteger a otros trabajadores de los riesgos que pudieran derivarse de que el Interventor municipal se incorporara a su actividad laboral sin constatar antes que había superado su estado de descompensación psiquiátrica; esto es, que no se dictó la resolución para hacer efectiva una voluntad particular de la autoridad que se sabía legalmente improcedente, sino en la confianza de que se actuaba en los términos en los que la Administración debe hacerlo.

En todo caso, la pretensión no tiene apoyo por el cauce procesal empleado. Contrariamente a lo que el recurso suscita, el relato fáctico plasma la realidad del elemento intelectual que niega el motivo. Destaca la sentencia de instancia que el Alcalde sabía que carecía de competencia para dictar la resolución e impedir que el Interventor ingresara en su puesto de trabajo, razón por la que precisamente pidió a la Autoridad gubernativa que tramitaba el expediente disciplinario que adoptara esa decisión como medida cautelar, además de reclamarlo también al Juzgado de instrucción que tramitaba la denuncia por agresión y lesiones que el Alcalde había interpuesto contra el Interventor municipal. Describe que además de adoptar el acuerdo ilegal, persistió en su actitud arbitraria, negándose a dar cumplimiento a las advertencias y requerimientos que le hicieron en cuatro ocasiones para que permitiera al Interventor incorporarse a su cargo, siempre antes de la Orden de 26 de enero de 2016. Finalmente, su intención de que el Interventor no se incorporara al trabajo en el Consistorio se refleja también en su rechazo a dar cumplimiento a la Orden de 26 de enero de 2016 emitida por la Consejería de Presidencia, y recibida en el Ayuntamiento el día 1 de febrero, en la que se exigía al Regidor que incorporara al Interventor en el plazo de un mes, declarándose probado que el Interventor cesó en el Ayuntamiento de Cacabelos el día 16 de marzo, sin que hasta entonces hubiera sido repuesto por el Alcalde en el desempeño efectivo de su cargo, y que tomó posesión como Interventor del Ayuntamiento de Fabero dos días después, sin que ni en ese periodo ni en el que medió después hasta el día 23 de octubre de 2018, estuviera en ningún momento en situación de incapacidad temporal por enfermedad o accidente.

De ese modo, se constata la existencia de la desviada intención que impulsó al recurrente a dictar su acuerdo, lo que la sentencia impugnada expresa claramente en su segundo fundamento jurídico, al indicar que la normativa de protección de riesgos laborales en la que pretende ampararse no es de aplicación y que « *como queda patente en los hechos reflejados en la Sentencia que no se discuten por el recurrente, se abrieron simultáneamente un procedimiento penal y otro disciplinario contra el interventor, por iniciativa suya, lo que pone de manifiesto que era plenamente consciente de que la prohibición de que este se incorporase a su puesto de trabajo, quedaba fuera del ámbito de sus competencias, ya que solo podía provenir bien del Juez competente (orden de alejamiento), bien de la Autoridad administrativa que ordenó la instrucción del expediente disciplinario (suspensión de funciones) y buena prueba de ello es que así lo solicitó de ambas no siendo atendidos sus requerimientos, a pesar de lo cual mantuvo su resolución de 11 de enero de 2016 de impedirle ocupar su puesto de trabajo* ». Lo que se refuerza con la sentencia de esta Sala del 161/2013 de 23 de octubre, en la que se recordaba que es un ejemplo paradigmático de prevaricación cuando la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando a los intereses generales de la Administración Pública, en un injustificado ejercicio de abuso de poder, todo por ser la decisión un caso claro de arbitrariedad, en el sentido de acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho de quien adopta la decisión.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del *artículo 901 de la LECRIM* .

#### F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doroteo, contra la *sentencia dictada el 23 de julio de 2019, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el Rollo de Apelación 39/2019* , que desestimó el recurso de apelación formulado por el Sr. Doroteo contra la *sentencia dictada el 19 de diciembre de 2018 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, en el Procedimiento Abreviado 30/2018* , con imposición al recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián