



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

## XDO. DE INSTRUCCIÓN N. 4 VIGO

CALLE LALIN, 4 - 2º 36210 VIGO (EDIFICIO NUEVOS JUZGADOS)  
**Teléfono:** 986-817319/20/21/22 **Fax:** 986-817323  
Equipo/usuario: JC  
Modelo: 904100

### DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0001615 /2016

**N.I.G:** 36057 43 2 2016 0009537  
Delito/Delito Leve: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA  
Denunciante/Querellante: XUNTOS POR GALICIA  
Procurador/a: MARIA JESUS TOUCEDO GUISANDE  
Abogado: FRANCISCO JOSE MENDEZ SENLLE  
Contra: FRANCISCO JAVIER GUTIERREZ ORUE, MARIA DAPENA GOMEZ  
Procurador/a: , MARIA JOSE LORENZO ZARANDONA  
Abogado: CARLOS ENRIQUE BORRAS DIAZ DE RABAGO, SANTIAGO COSTA DE CASO

### A U T O

En VIGO, a diecinueve de abril de dos mil diecisiete.

### ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** En este procedimiento se ha tomado declaración a **MARIA DAPENA GÓMEZ** y a **FRANCISCO JAVIER GUTIÉRREZ ORUE** como investigados.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

**Primero.-** De la declaración presentada por los sres. **DAPENA GÓMEZ** y **GUTIÉRREZ ORUE**, así como del estudio de la documentación obrante en autos, debe mantenerse la consideración de investigados de ambos por los presuntos delitos de PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (arts. 404 a 406 CP), NOMBRAMIENTOS ILEGALES (art. 405 CP) y MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS (art. 432 CP).

El art. 404 CP dice:

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

El art. 405 CP expone:

A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Y, por último, el art. 432 CP dispone:

1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Consta en las actuaciones que el sr. **GUTIÉRREZ ORUE** se propuso, a sí mismo, en su condición de jefe de servicio de Desenvolvimento Local e Emprego, en propuesta de fecha 21 de diciembre de 2015 (folios 19 y 20), para que se aprobase la acumulación de funciones, a su favor, para la Jefatura de Participación Ciudadana, con el visto bueno del concejal **ÁNGEL RIVAS GONZÁLEZ**, quien firma dicha propuesta; se da la circunstancia de que dicho funcionario venía desempeñando, de facto, dicha jefatura, desde al menos 4 años antes, reconociendo que dicha jefatura estaba vacante desde la resolución de fecha 21 de diciembre de 2011 por la que se declara en situación de expectativa de destino al funcionario **RAFAEL OJEA PÉREZ** por no haber puesto vacante susceptible de asociación a la plaza del cuerpo y escala de pertenencia del funcionario.

Según la RPT vigente en dicha fecha, cuando menos el funcionario **RAFAEL OJEA** cumplía los requisitos exigidos para la cobertura de dicho puesto, sin perjuicio que existieran otros funcionarios municipales igualmente idóneos para poder optar al puesto de Jefatura de Participación Ciudadana, sin que conste que se hubiese publicitado la acumulación de funciones cuestionada.

No consta que se haya tramitado en esta acumulación de funciones a favor de este funcionario algún procedimiento de selección o valoración mínimo para determinar la idoneidad del mismo, más allá del criterio *ad hominen* del concejal firmante de la propuesta que inicia el expediente, como así reconoció en su propia declaración el sr. **GUTIERREZ ORUE**.

En la autopropuesta inicial del Sr. **GUTIÉRREZ ORUE** se solicita la "tramitación urgente" del expediente por el servicio de personal, como sinónimo de celeridad (folio 20), pero no se refiere a una situación de urgencia en la prestación del servicio que justifique la acumulación, sino que para ello sólo se refiere a la existencia de plazas vacantes.





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

La instrucción 3ª del Concello de Vigo (folio 314) señala que para la acumulación de funciones se requiere una urgente necesidad.

En la declaración del Sr. **GUTIÉRREZ ORUE**, así como en la de la sra. **DAPENA GÓMEZ** se evidencia un problema estructural desde hace varios años, afirmándose que de forma reiterada han tratado de solventar (sin que a esta fecha ello conste acreditado) dicha situación de interinidad, sin que se haya resuelto dicha cuestión.

Es más, esa acumulación de funciones en dicho funcionario se ha venido repitiendo en el tiempo desde hace años (al menos desde hace cuatro años), como así ha reconocido en su declaración en sede judicial.

No se ha acreditado la extraordinaria y urgente necesidad para proveer la acumulación de funciones pues, como antes se indicó, la propuesta del funcionario sr. **GUTIÉRREZ ORUE**, avalada por el concejal sr. **RIVAS GONZÁLEZ** para cubrir tal puesto en acumulación de funciones hace una simple referencia genérica a "esta situación de precariedad engádese una situación de escasez de persoal ..." (folio 19) lo cual es distinto a necesidades de urgente e inaplazable necesidad, presupuesto exigido para tal provisión, conforme al artículo 64.1 del Real Decreto 364/1995 y la citada Instrucción 3ª.

Dicha referencia a la urgencia aparece por primera vez en el expediente en el informe que firma la sra. **DAPENA GÓMEZ** en fecha 12 de enero de 2016 (folio 22) y se incorpora incluso a la propia resolución que concede la acumulación de funciones (folio 32 párrafo 1º) y que firma el concejal delegado sr. **PARDO ESPÍÑEIRA**.

En informe del interventor con fecha 20 de enero de 2016 se advierte del carácter temporal del complemento de sueldo del funcionario ahora denunciado y que su retribución debe ponerse en conocimiento del resto de los empleados del Ayuntamiento (folio 27).

En idénticos términos se pronunció la secretaria municipal, que en su informe condiciona la legalidad de las dos jefaturas a su "carácter estrictamente provisional" (folio 32).

Dado que en la querrela se alega que el sobresueldo del funcionario es "una compensación ilegal por los favores que el funcionario ha venido prestando al equipo del alcalde y al partido socialista", es necesario investigar dicha circunstancia en esta fase de instrucción, dado que se da la curiosidad de que, una vez fue notificada la admisión a trámite de la querrela, se suprimió el complemento salarial al sr. **GUTIERREZ ORUE**.

La asignación temporal de funciones se recoge en el art. 73 de la Ley 7/2007 de 12 de abril del estatuto Básico del Empleado Público y el art. 66 del RD 364/1995 de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, en donde expresamente no se fija un plazo exacto que delimite en el tempo a asignación de funciones temporal. No obstante, la jurisprudencia, de forma generalizada, viene concluyendo que no se deben asignar funcionarios por tiempo indefinido como una forma de conseguir el destino permanente sin seguir los sistemas ordinarios de provisión de puestos.





**SEGUNDO.**— El relato anterior pone en evidencia, siquiera en esta fase embrionaria de la instrucción, que los investigados han podido incurrir en los delitos de prevaricación, nombramiento ilegal y malversación de caudales públicos, sin perjuicio de ulterior calificación, ya que, se entiende que toda la articulación administrativa tenía un fin claro y preciso: dar cobertura legal a una acumulación de funciones sin concurrir la urgente y extraordinaria necesidad, esto es, sin justificación legal alguna, a sabiendas de ello.

La condición de autoridad o funcionario público de los investigados no ha sido cuestionada, y dado que el delito de prevaricación es un delito especial propio, solo es de posible comisión por quien debe la condición de autoridad o funcionario público. No obstante, en relación al sr. **GUTIERREZ ORUE**, y aunque no haya firmado resolución administrativa alguna y sólo una mera propuesta de nombramiento, es claro que puede ser sujeto activo del delito de acuerdo con el art. 28 del CP, pues como "extraneus" puede ser no autor material del delito de prevaricación, pero sí autor por cooperación necesaria, siendo unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo en tal sentido (p.ej. SSTs 1493/1999; 501/2000 o 627/2006).

La existencia de resolución administrativa resulta patente lo que tampoco es discutido, pues en fecha 19/2/2016 se acordó la acumulación de funciones en favor del sr. **GUTIERREZ ORUE** (folio 36).

Resulta igualmente claro que la decisión pagar un sobresueldo derivado de esa acumulación de funciones puede suponer un claro perjuicio para los intereses públicos de la colectividad en materia tan sensible como son los caudales públicos, y ello con independencia de que se haya prestado el servicio, pues el mismo puede derivar de una resolución administrativa nula.

No hay duda que la condición arbitraria de la resolución es una cualidad muy diferente de la mera ilegalidad que puede ser revisada vía recurso contencioso administrativo.

La contradicción patente y clamorosa con el derecho puede manifestarse según reiterada jurisprudencia:

- a) bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida,
- b) bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento,
- c) bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente
- y d) suponga una grave desviación de poder.

En definitiva, se está ante una decisión prevaricadora cuando se está ante un ejercicio arbitrario del poder, esto es, cuando lo decidido no es sostenible ni admisible desde ningún método aceptable de interpretación de la Ley.

Finalmente, la resolución cuestionada ha de ser dolosa, es decir, ha de ser dictada a sabiendas de la injusticia; es claro que este





elemento debe ser exigido en clave objetiva, es decir, no que la persona concernida reconozca tal ilegalidad, lo que supondría entronizar a la conciencia de la autoridad como conciencia de la Ley, sino que, dada la clamorosa arbitrariedad de la resolución y su apartamiento de toda justificación aceptable de la interpretación de la Ley, tal conocimiento de la ilegalidad debe ser declarado, con independencia de que la persona concernida alegue estar actuando correctamente.

En el presente caso, como se ha dicho, la decisión adoptada no sólo se sustenta en la exclusiva voluntad de sus autores, sin que, indiciariamente, y en lo que se lleva de instrucción, se encuentre un sólido apoyo normativo que la justifique, a lo que ha de añadirse, otra parte, que las personas que tramitan y resuelven el expediente son funcionarios acreditadamente concedores de la normativa que regula las cuestiones de personal en la administración local y, en concreto del problema estructural de plantilla, tal y como han reconocido, así como del criterio restrictivo que, tanto la normativa como la jurisprudencia, establece respecto del concepto de urgente e inaplazable necesidad.

Los hechos pueden igualmente tipificarse como un delito de nombramiento ilegal, sin que dicha norma sea norma especial con preferencia al art. 404 CP, entendiéndose la jurisprudencia que el art. 405 CP tipifica el nombramiento, por quien es competente, de persona para un cargo sin que concurren los requisitos establecidos para el mismo, como puede ser el caso enjuiciado, ya que no concurría la urgente y extraordinaria necesidad que exige la norma aplicable al caso.

En el presente caso, indiciariamente, nos encontramos ante una total simulación de un nombramiento que solo tiene por finalidad dar la apariencia que pudiera justificar el pago del complemento salarial al sr. **GUTIERREZ ORUE**. Es decir se está ante un comportamiento que, en su globalidad, parece fraudulento porque la decisión adoptada, al menos en apariencia, es absolutamente arbitraria, y el expediente viene a dar pretendida cobertura legal a una previa designación *ad hominem* del concejal sr. **RIVAS**, como reconoció el sr. **GUTIERREZ ORUE** en su declaración.

Por lo que se refiere al presunto delito de malversación de fondos públicos del art. 432 CP, y si bien se ha afirmado por el sr. **GUTIERREZ ORUE** que se ha desarrollado su trabajo con plena efectividad, incluso con cuadrante de horas extras, es preciso investigar tal hecho al no existir constancia documental en autos de tales circunstancias, y ello con independencia de que se haya prestado el servicio, pues el mismo puede derivar de una resolución administrativa nula, y por tanto sin que pueda servir de legal cobertura a la disposición de fondos públicos.

Los hechos antes descritos obligan igualmente a declarar como investigados, como presuntos autores de los mismos delitos ya dichos, y sin perjuicio de ulterior calificación, a **ÁNGEL RIVAS GONZÁLEZ** y a **FRANCISCO JAVIER PARDO ESPÍNEIRA**, concejales del Concello de Vigo e intervinientes en el procedimiento cuestionado, debiendo indicarse que se opta por su citación en tal condición procesal a fin de garantizar sus derechos procesales, a fin de aclarar las dudas técnico jurídicas surgidas tras la declaración de





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

los iniciales investigados, y sin que esta resolución tenga otra finalidad más que delimitar los hechos objeto de imputación a los efectos de conocimiento de los investigados.

#### PARTE DISPOSITIVA

1.- Se acuerda mantener la condición de investigados de **MARIA DAPENA GÓMEZ** y **FRANCISCO JAVIER GUTIÉRREZ ORUE** como presuntos autores de los delitos de **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA** (arts. 404 a 406 CP), **NOMBRAMIENTOS ILEGALES** (art. 405 CP) y **MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS** (art. 432 CP), sin perjuicio de ulterior calificación.

2.- Se acuerda atribuir la condición de investigados a **ÁNGEL RIVAS GONZÁLEZ** y a **FRANCISCO JAVIER PARDO ESPÍNEIRA** como presuntos autores de los delitos de **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA** (arts. 404 a 406 CP), **NOMBRAMIENTOS ILEGALES** (art. 405 CP) y **MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS** (art. 432 CP), sin perjuicio de ulterior calificación.

A efectos de su declaración en tal condición se señala el día **16 de mayo de 2017 a las 10.30 horas** para el sr. **RIVAS GONZÁLEZ** y a las **11.00 horas del mismo día** para el sr. **PARDO ESPÍNEIRA**, dándole conocimiento de las actuaciones una vez se personen en autos si a su derecho les conviniese. Líbrense las cédulas correspondientes.

Adviértase a las partes, y a los nuevos investigados, que el día 16 de mayo de 2017, a las 10.00 horas, está señalada la ratificación del perito judicial sr. **OTERO FERREIRO**, por si a su derecho les conviniese asistir para alegaciones al referido informe.

**PONGASE ESTA RESOLUCION EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL Y DEMAS PARTES PERSONADAS**, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, **RECURSO DE REFORMA Y/O APELACION** en el plazo de **TRES DIAS**.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante interposición ante este Órgano judicial de **RECURSO DE REFORMA Y SUBSIDIARIO DE APELACIÓN** en el plazo de **TRES DÍAS** siguientes a su notificación o **RECURSO DE APELACIÓN DIRECTO** dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes a su notificación.

Así lo manda y firma D./D.<sup>a</sup> **JUAN CARLOS CARBALLAL PARADELA**, MAGISTRADO-JUEZ del XDO. DE INSTRUCCIÓN N. 4 de VIGO. Doy fe.

**EL/LA MAGISTRADO-JUEZ EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

