



Roj: **STS 1614/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1614**

Id Cendoj: **28079120012018100208**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **1386/2017**

Nº de Resolución: **196/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1386/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 196/2018

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1386/2017, interpuesto por **D. Jesús Manuel**, representado por el procurador D. Pablo Trujillo Castellano, bajo la dirección letrada de D^a Mónica Llamas Arévalo, contra la sentencia dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de La Palmas, con fecha 18 de abril de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **D. Anton**, representado por el procurador D. Francisco Javier Neyra Cruz, bajo la dirección letrada de D. Marcelino López Peraza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Las Palmas instruyó Procedimiento Abreviado nº 168/2011, contra **D. Jesús Manuel**, **D. Edmundo** y **D. Geronimo**, por delitos de malversación de causales públicos, prevaricación y falsedad en documento público y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas, que en la causa nº 86/2014 dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**Probado y así se declara lo siguiente:**

PRIMERO: Que el acusado Edmundo, sin antecedentes penales conocidos, en el año 1996, empezó a prestar servicios profesionales de asesoramiento legal y defensa jurídica como abogado en el Ayuntamiento de Santa Brígida, sin que mediara procedimiento alguno de contratación administrativa, suscribiendo al efecto en fecha 21/3/1996 un contrato por escrito de arrendamiento de servicios firmado por el Alcalde Raúl y por el Secretario Jose Manuel, en el que se estipulaba el abono en concepto de contraprestación económica la cantidad



máxima de 75.000 pesetas por cada uno de los recursos contencioso administrativos encomendados por la Secretaría General de la Corporación, con una vigencia de 1 año prorrogado por igual periodo mientras el mismo no fuera denunciado por las partes con 15 días de antelación a la fecha del vencimiento.

El acusado mencionado estuvo prestando el referido servicio de defensa jurídica hasta que en el año 2001, aproximadamente, se hizo cargo del mismo el Secretario del Ayuntamiento D. Anton , volviendo el acusado Edmundo a asumir aquella en el año 2002, sin que mediara procedimiento alguno de contratación administrativa, pactando de manera verbal con el Alcalde D. Leandro que los honorarios serían de 1000 euros por procedimiento y 500 por recurso, prestando dicho servicio hasta el año 2007.

Igualmente y sin que tampoco mediare procedimiento alguno de contratación administrativa, en el año 2002, el acusado Edmundo llegó a un acuerdo verbal con el Alcalde D. Leandro para hacerse cargo de la gestión de nóminas del Ayuntamiento de Santa Brígida, anteriormente encomendada también sin contrato alguno a la entidad ASLA, a cambio de una contraprestación económica de 1.800 euros mensuales, desempeñando dicho servicio desde el año 2002 hasta el año 2007 -en concreto, el 13/3/2007-.

El acusado Jesús Manuel fue quién como Concejal de Personal y Hacienda remitió a ASLA un escrito dando por finalizada la relación laboral.

No consta acreditado que el acusado Edmundo percibiera pagos del Ayuntamiento de Santa Brígida por servicios que no fueran efectivamente prestados por el mismo por defensa jurídica o por gestión de nóminas, ni que los pagos efectuados se hicieran en cuantía superior a la respectivamente convenida por los conceptos referidos.

El acusado Jesús Manuel sin antecedentes penales conocidos, fue Concejal de Hacienda y Personal del Ayuntamiento de Santa Brígida del año 1999 al año 2003; concejal de Urbanismo del año 2003 al año 2005; y, Alcalde desde el año 2005 al año 2007.

SEGUNDO: Durante el periodo comprendido entre el año 2001 y el año 2003 el Ayuntamiento Santa Brígida realizó varias contrataciones de personal laboral sin procedimiento alguno de selección, contratando en fecha 17/5/2001 a Socorro ; en fecha 1/11/2002 Adolfina , nuera del acusado Jesús Manuel ; y, en fecha 11/2/2003 a Genaro .

Tales contrataciones fueron efectuadas por el entonces Alcalde Leandro .

En la contratación de Adolfina , la entrevista previa a la selección de la misma la efectúo el acusado Jesús Manuel , concejal de Hacienda y Personal, siendo consciente de la ilegalidad del nombramiento prescindiendo del procedimiento de selección.

No queda acreditado que el acusado Jesús Manuel influyera de forma decisiva en estas contrataciones realizadas por el Alcalde.

TERCERO: En fecha 29/9/2000 el acusado Jesús Manuel como Concejal de Hacienda y Personal formó parte de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Santa Brígida para la adjudicación de un contrato de suministro de material informático por valor de 25 millones de pesetas.

Dicho concurso fue ganado por el empresario Paulino amigo del acusado Jesús Manuel y suministrador de informática de la AUTOESCUELA CAMPONUEVO, de la que el acusado era administrador único, siendo la adjudicación realizada por el Alcalde-Presidente - Leandro - con fecha 17 de octubre de 2000.

El concurso referido fue objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa por la entidad ENTER INFORMÁTICA DE CANARIAS que, finalmente, fue desestimado. Además del pago de los 25 millones de ptas (150,253,03 euros) convenidos por el material suministrado, desde la fecha de la adjudicación y entre el año 2000 y el año 2003, el Ayuntamiento de Santa Brígida abonó diversas cantidades a Paulino por un importe total de 136.531,18 euros, .

Los pagos fueron todos autorizados por el Alcalde Presidente Leandro .

No queda acreditado que el acusado Jesús Manuel influyera de algún modo en la adjudicación del contrato de suministro, ni en los pagos efectuados por el Alcalde.

Y, tampoco consta acreditado que por el Ayuntamiento de Santa Brígida se pagase en el año 2002 a Paulino una factura de material informático adquirido por la entidad AUTOESCUELA CAMPONUEVO SL, de la que era administrador único el acusado Jesús Manuel .

CUARTO: En el año 2000, el acusado Jesús Manuel , como Concejal de Hacienda del Ayuntamiento de Santa Brígida, siendo consciente de su ilegalidad, dió instrucciones verbales a la entidad MUGUEST, encargada de la recaudación de los tributos municipales para retener los expedientes en vía ejecutiva relacionados con ciertos



personas de dicho ayuntamiento, entre los que estaban él mismo, la AUTOESCUELA CAMPONUEVO SL, de la que aquél era administrador y el Alcalde-Presidente Leandro .

Dicha orden se mantuvo hasta que fue revocada en fecha 22/6/2004 por la Tesorera Municipal - Rocío -, que expresamente dio instrucciones al administrativo de MUGUEST - Cayetano - de no excluir a nadie de la vía recaudatoria ejecutiva.

El acusado Geronimo fue concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Brígida, desde el año 1999 a 2003.

No consta acreditado que la orden dada por el acusado Jesús Manuel al personal de MUGUEST afectase también al acusado Geronimo .

Tampoco consta acreditado que el acusado Geronimo tuviese conocimiento de la existencia de la orden dada por el acusado Jesús Manuel , ni que se hubiera puesto de acuerdo con Jesús Manuel para que la orden dada por éste también afectase a los impuestos municipales relacionados con su persona.

QUINTO: El acusado Jesús Manuel , con pleno conocimiento de ello omitió a sabiendas la titularidad de sus bienes y actividades económicas en las declaraciones de intereses sobre causas de posibles incompatibilidad y actividades presentadas por el mismo en fechas 6/6/2003 y 8/6/2007 para ser incorporadas e inscritas al Libro Registro Público de Intereses y Declaraciones de Bienes del Ayuntamiento de Santa Brígida, al haber salido elegido como concejal de dicho municipio en los años 2003 y 2007.

En concreto, el acusado ocultó su condición de dueño y administrador de la empresa AUTO ESCUELA CAMPONUEVO SL en las declaraciones de los años 2003 y 2007 y no declaró bien ni interés alguno.

No consta acreditado que la vivienda sita en el CAMINO000 fuera titularidad del acusado cuando el mismo presentó las declaraciones correspondientes a los años 2003 y 2007.

SEXTO: El acusado Jesús Manuel desempeñó el cargo de Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Santa Brígida entre el año 2005 al 2007.

En fecha 10/10/2005, acordó como Alcalde remitir al Ministerio de Administraciones Públicas el expediente disciplinario incoado contra el Secretario del Ayuntamiento D. Anton por haber incumplido la compatibilidad que le afectaba.

No queda acreditado que la remisión del expediente acordada por el acusado fuese ilegal, ni tampoco queda acreditado que el acusado incurriera, a sabiendas, en irregularidades en la tramitación del expediente mencionado, cometidas con la intención de perjudicar al funcionario expedientado.

A resultados del expediente disciplinario referido, el Secretario expedientado - Anton - fue sancionado por Resolución de fecha 11/5/2006 de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, confirmada por la jurisdicción contencioso administrativa por sentencia firme de fecha 28/9/2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Central n.º 3.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al acusado D. Jesús Manuel como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial ya definido, con la concurrencia de la circunstancias atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de tres (3) años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; multa de 10 meses, con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 51 del CP ; e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 4 años.

Debemos condenar y condenamos al acusado D. Jesús Manuel como autor responsable de un delito de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito de fraudes y exacciones ilegales ya definidos, con la concurrencia de la circunstancias atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de dos (2) años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena; e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 12 años.

Debemos condenar y condenamos al acusado D. Jesús Manuel como cómplice de un delito de prevaricación administrativa ya definido por la contratación de Adolfina , con la concurrencia de la circunstancias atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 5 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Debemos absolver y absolvemos al acusado D. Jesús Manuel de los dos delitos de malversación imputados por las Acusaciones, con todos los pronunciamientos favorables.



Debemos absolver y absolvemos al acusado D. Jesús Manuel de los dos delitos de prevaricación imputados por las Acusaciones por las contrataciones de Socorro y Genaro , con todos los pronunciamientos favorables..

Debemos absolver y absolvemos al acusado D. Jesús Manuel del delito de tráfico de influencias del artículo 428 del CP imputado por la Acusación Particular y la acusación Popular, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos absolver y absolvemos al acusado D. Jesús Manuel del delito a los derechos cívicos imputado por la Acusación Particular de D. Anton , con todos los pronunciamientos favorables.

Con expresa condena a dicho acusado D. Jesús Manuel en las costas usadas, incluidas las de la Acusación Particular y las de la Acusación Popular,

Debemos absolver y absolvemos al acusado D. Edmundo del delito de malversación de caudales públicos imputado por las Acusaciones, con todos los pronunciamientos favorables.

Debemos absolver y absolvemos al acusado D. Edmundo del delito de tráfico de influencias del artículo 428 del CP imputado por la Acusación Particular y la Acusación Popular, con todos los pronunciamientos favorables.

Declarando de oficio el pago de las costas procesales respecto del acusado D. Edmundo

Debemos absolver y absolvemos al acusado D. Geronimo del delito de fraude y exacciones ilegales imputado por las Acusaciones, con todos los pronunciamientos favorables; declarando de oficio el pago de las costas procesales respecto de dicho acusado.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial en el término de cinco días a partir de la última notificación.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Por quebrantamiento de forma de los arts. 851.1 , 851.3 y 851.4 de la LECr . El recurrente entiende que existe contradicción en los hechos probados y que se consignan como hechos probados conceptos que implican predeterminación del fallo por su carácter jurídico.

2º.- Por quebrantamiento de la forma del art. 851.3 de la LECr . por no haberse resuelto en la Sentencia todos los puntos objeto de la acusación y de la defensa.

3º.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.4 de la LECr . Entiende el recurrente que se pena por un delito más grave del que es objeto de acusación.

4º.- Por infracción de ley del art. 849.2 de la LECr . por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos que revelan la equivocación del Juzgador.

5º.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr . por indebida aplicación de los arts. 404 , 436 y 390.1.4 del CP .

6º.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr . por infracción del art. 21.6 del CP (dilaciones indebidas). El recurrente pretende que la circunstancia atenuante citada debe aplicarse como muy cualificada y no como simple.

7º.- Por vulneración del derecho la presunción de inocencia al amparo de lo establecido en el art. 24.2 de la CE en relación con los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ .

8º.- Por vulneración del derecho a la defensa al amparo de lo establecido en el art. 24.2 de la CE .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 12 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las quejas del recurrente expuestas en los cuatro primeros motivos del recurso pretenden poner de manifiesto quebrantamientos de forma por contradicción entre los hechos probados, o la predeterminación por éstos del fallo al incluir conceptos jurídicos, omitiendo también pronunciarse sobre determinados puntos,



así como que resulta penado por delito más grave que el que fuera objeto de acusación, además de cuestionar el resultado mismo de la actividad probatoria.

Obviaremos sin embargo su examen porque, como expone el recurso en su motivo quinto, basta la lectura misma del relato de los hechos que se declaran probados como fundamento de la condena para poner de manifiesto los errores en que incurre la sentencia de instancia.

Esos errores no afectan ni a la forma del procedimiento, ni son resultado de un eventual error de prueba para llegar a tales conclusiones. Los errores derivan de una inadecuada aplicación de los preceptos penales. Y, como consecuencia, es errónea la consideración como delictivos de unos hechos cuya descripción no permite declarar que los mismos, en esa manera expuestos, puedan considerarse delictivos.

Examinamos a continuación ese motivo quinto del recurso.

SEGUNDO.- 1.- En primer lugar, la denuncia que en el mismo se hace de la calificación de los hechos del apartado SEGUNDO de los hechos probados.

Se dice allí que el Ayuntamiento de Santa Brígida realizó varias contrataciones de personal laboral «sin procedimiento alguno de selección», señalando tres casos, uno en el año 2001, otro en el año 2003 y una tercera a la que nos referiremos. Pero se dice que quien protagonizó las mismas fue el Alcalde, que ni es aquí acusado ni parece haberlo sido nunca.

La relación con el acusado es que el mismo, siendo Concejal de Hacienda y Personal, «efectuó la entrevista previa a la selección de una persona» contratada en 1 de noviembre de 2002. Tal persona resulta ser la nuera del acusado.

Y la sentencia proclama que: **No queda acreditado que el acusado D. Jesús Manuel influyera de forma decisiva en estas contrataciones realizadas por el Alcalde.**

2.- Es la sentencia la que nos da cuenta de cómo se justificaba la acusación, fundada en ese hecho. Se dice allí (Fundamento Jurídico Tercero) que el acusado aprovechándose de la condición de concejal «consiguió» que el Ayuntamiento contratara a su nuera. Y que esa contratación, como la del otras dos personas, se llevó a cabo «prescindiendo de todo sistema de selección».

Atribuye al acusado «gestiones eficaces», movido por amistad con las contratadas o por ser una de ella su nuera, «influyendo de forma decisiva en estas contrataciones arbitrarias» que, culmina el discurso la sentencia, fueron «realizadas por el Alcalde».

Pero, si eso es lo que las tres acusaciones imputaban, la respuesta de la sentencia, como acabamos de exponer, es que no resultó probada esa influencia decisiva. Es decir que el hecho imputado por aquéllas se declara no probado.

La sentencia aborda entonces un profuso, aunque no poco difuso, discurso sobre el delito de prevaricación. Y concluye que aquellas contrataciones podrían calificarse como tales. Y reconoce que la defensa ni siquiera combate la prescendencia de procedimiento selectivo. Lo que no debería extrañar ya que ésta lo que niega es participar en el mismo de manera delictiva.

Tanto más cuanto la misma sentencia proclama en ese Fundamento Jurídico añade que las contrataciones «fueron efectuadas **directamente**» por el Alcalde y «no por el Concejal acusado».

Va más allá la sentencia cuando sigue afirmando que respecto de la contratación de la nuera del acusado «no hay méritos para imputar al acusado como inductor o cooperador necesario».

3.- Sin embargo, la sentencia se decide a atribuir al recurrente una «participación en un acto administrativo». Tal acto consiste en realizar una «entrevista» a la nuera que es «previa» a la selección. Y esa entrevista, a la que ya no se le adjudica eficacia decisiva en la posterior selección, se le califica de «auxiliar» respecto de la misma. Confiriéndole relevancia jurídica de «elemento objetivo» de participación en el tipo penal de prevaricación con el añadido subjetivo de la consciencia en el auxiliador respecto de que así contribuye a un comportamiento prevaricador de otro (el Alcalde).

Una primera incoherencia llama la atención poderosamente en tal construcción retórica: si se ha prescindido de todo procedimiento porque el Alcalde contrataba directamente, mal puede tildarse a la entrevista referida de acto inserto en ese procedimiento inexistente.

También es de resaltar que la sentencia no nos da cuenta de que las acusaciones hicieran de tal entrevista el fundamento fáctico de aquello de lo que acusaban. Esto era el haber *influido* determinadamente en la voluntad del Alcalde. Mal se puede articular la defensa contra una imputación de cuyo fundamento no se da cuenta al imputado. Porque no cabe identificar influir con auxiliar. Aquello supone que la voluntad del que influye



determina el contenido de la voluntad del influido. Esto implica que el acto de uno coopera a conseguir la finalidad que busca el acto de otro. Y tal diversidad de hipótesis implica diversidad esencial de hecho. Y eso es objeto del recurso.

En todo caso, prescindiendo de esas nada banales objeciones, lo relevante es que la sentencia no describe en absoluto ni la finalidad ni el contenido de tal entrevista. Es más, nos dice que es *previa* a la selección. En consecuencia no cabe predicar si con ella se auxilia en alguna forma a quien tiene la previa y decidida voluntad, tildada de prevaricadora, de seleccionar en todo caso a la persona entrevistada. Incluso sin tal entrevista.

La complicidad como modo de participar en un hecho del que otro es autor, requiere un acto que, si bien no imprescindible, debe ser por lo menos eficaz. O, como dice el artículo 29 del Código Penal deben suponer una cooperación al hecho delictivo. Y cooperar es hacer algo para que junto a la acción o el esfuerzo de otras personas se consiga un determinado resultado.

Pero, si la contratación se hace por la *exclusiva* voluntad de otro (Alcalde) sin que éste otro acuda a procedimiento alguno, ya que actúa *directamente* su voluntad, no se entiende que valor añadido reporta la *no definida* entrevista de a la que parece referirse la sentencia de instancia.

Por ello el hecho probado no puede considerarse constitutivo de participación delictiva en el delito de prevaricación que pudiera haber sido cometido.

El motivo en este particular se estima.

TERCERO.- 1.- El recurrente viene condenado también como autor de un delito de prevaricación fundando la imputación en el hecho, que se le atribuye en el apartado CUARTO de la declaración de los que se tiene por probados, consistente en haber dado *«instrucciones verbales a la entidad MUGUEST, encargada de la recaudación de los tributos municipales para **retener los expedientes** en vía ejecutiva relacionados con ciertos personas de dicho ayuntamiento, entre los que estaban él mismo, la AUTOESCUELA CAMPONUEVO SL, de la que aquél era administrador y el Alcalde-Presidente Leandro »*.

Como con relación a la imputación del delito del anterior apartado, también aquí debemos acudir a la clarificación de los términos en que se le suscitó el debate a la Sala de instancia. Ella misma nos da cuenta del objeto de la acusación al respecto : *El acusado Jesús Manuel actuando de consumo con el otro acusado Geronimo , aprovechándose de que ostentaba la Concejalía de Hacienda, **dio órdenes** verbales, a partir del 2002, a la empresa que se encargaba de la recaudación de los tributos municipales, MUNGEST, para que no se reclamaran los impuestos ni al acusado Jesús Manuel , ni a su empresa, Autoescuela Camponuevo, ni al otro Concejal, el también acusado, Geronimo . De esta forma **MUNGEST retenía los expedientes** referidos a estas personas en vía ejecutiva. **Por ello no se ha podido cobrar nunca el IBI correspondiente al solar, ya edificado, situado en el CAMINO000 , titularidad del acusado Jesús Manuel , quien vivía allí sin pagar el correspondiente IBI. Sólo figura como pagado el correspondiente a 2001 y 2002, antes de la orden dada por el acusado, Jesús Manuel . Igual ha ocurrido con la Autoescuela que no ha pagado IAE, salvo los ejercicios del 2000 al 2002 y con el acusado Geronimo quien, no habiendo pagado los tributos municipales en el periodo 2002 a 2004, finalmente ha abonado los impuestos que adeudaba por IVTM, 181 y licencia urbanística, entre los años 2005 y 2007.***

2.- Las transcripciones que acabamos de hacer evidencia la diversidad de hipótesis fácticas. La de la sentencia habla de retener los expedientes, sin más precisión. La de la acusación añadía que ello determinaba que «no se reclamaran los impuestos» e incluso de que, precisamente por ello, éstos no se cobraban.

El acotamiento de la acción, en la medida que se declara probada la retención de expedientes, es ya relevante porque la retención sin más añadidura que predique la funcionalidad de la misma, supone una nada escasa neutralidad desde la perspectiva de su calificación jurídica, y más aún jurídico penal.

Desde luego el hecho tal como se declara probado no permite asumir que se imputa al acusado dirigir su acción a esa finalidad de obstaculizar el pago. Y ello se realiza cuando la sentencia justifica la conclusión de lo que declara probado. Porque para llegar a esa afirmación parte de la asunción del texto de un documento que se dice suscrito por un testigo. El que obra al folio 1.082. Precisamente en ese folio básico para la tesis de la sentencia se aclara el alcance de la expresión «retener»: *«Que durante el año 2000 se recibió órdenes por parte de la concejalía de Hacienda para retener expedientes de ejecutiva a nombre de concejales de este Ayuntamiento (Leandro , Jesús Manuel y Geronimo y otros), **la retención consistía en impedir informáticamente aparecieran dichos expedientes en la información que se solicitaba a los bancos, dichas ordenes fueron revocadas por la Tesorera Municipal cuando fue advertida de dicha anomalía (enterándose en el día de hoy), dando la orden en su día se siguiera el procedimiento con todos los expedientes.»***



Entiende la Sala de instancia que con ello se pretendía «impedir la vía ejecutiva». Es posible, pero no de manera inequívoca. Debiera haber expuesto la sentencia por qué el no aparecer los expedientes en una información que se solicitaba a los bancos tenía tal transcendencia obstativa de prosecución de la ejecución.

En todo caso lo que debería haberse justificado es la naturaleza de las órdenes verbales que se dicen emitidas con la resolución que constituye el presupuesto del delito de prevaricación. Y, en concreto con el carácter de decisión definitiva. Retener, en la acepción más atinente de la RAE supone **Impedir** que alguien o **algo** pase o **salga de** cierto lugar, **situación o estado** .

No cabe prescindir de un muy relevante dato: la sentencia no proclama impago alguno por razón de aquellas órdenes verbales. Ni siquiera que se demorasen los tales pagos.

El confusionismo que genera la literatura de la resolución recurrida es mayor cuando, examinando la prueba que avale lo que declara en sede de hechos probados, recoge el testimonio de la tesorera municipal. Ésta según la sentencia habla de que percibió que había nombre que no aparecían «en la lista de deudores que remitía en vía ejecutiva a la Seguridad Social». Pero el hecho probado se refiere a omisiones en otras listas, las enviadas a bancos. Otro testigo, el Sr. Doroteo , que además rectifica en juicio oral, habría dicho que lo que se ordenaba era a quien cobrar y a quien no. Pero esto no se declara como hecho probado.

No radica la cuestión en la oralidad del acto que parece preocupar a la Sala de instancia. Radica en algo más relevante: cual sea el sentido y alcance de la única orden verbal que se declara probada, es decir, la consistente en omisiones de relacionar algunos expedientes en la información que se solicitaba a bancos. Porque, tan críptica referencia no permite ni conocer el régimen jurídico al que aquellas órdenes se debían sujetar ni si con ellas se ponía fin o no a un procedimiento, o se trataba de una decisión que incidía exclusivamente en la tramitación de un expediente, ni, desde luego, permite afirmar cual sea el efecto de la orden en el procedimiento en que pudiera recaer.

Con ello tampoco podemos determinar si el acto administrativo imputado puede ser calificado de resolución, que es el elemento objetivo del tipo penal de prevaricación. La jurisprudencia viene estableciendo que por «resolución» se entiende todo acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Ciertamente también se dice por aquélla, que 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.

Conviene recordar lo dicho en la STS de 1 de julio de 2008 : «...La acción propia del tipo se enuncia con los términos de dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Nos encontramos con un elemento normativo del tipo en el sentido de que su significado está suministrado por una norma jurídica y no por su uso en el lenguaje común, que se refleja en un diccionario. Para un sector doctrinal, el sentido propio del término resolución es el que se manifiesta en el artículo 89 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , según el cual es el acto «que **pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo**». Así, la resolución es una especie dentro del concepto más amplio de acto administrativo que, conforme a los artículos 54 y 55 del mismo texto, serán generalmente escritos y motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho cuando limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

En cambio para otro sector, es resolución cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral».

La diferencia entre los actos resolutorios y los de trámite es contemplada, para la determinación del alcance del concepto de resolución, en la STS de 9 de abril de 2007 .

Dentro de los actos administrativos concretos los resolutorios han de diferenciarse de los de trámite, en que aquéllos dan definitivamente forma a la voluntad administrativa. El Tribunal Supremo precisa que la resolución es un acto de contenido decisorio que resuelve sobre el fondo del asunto con eficacia ejecutiva y que para determinar tal carácter ha de atenderse a la normativa que regula el sector de la actividad pública de que se trate; sentencias de 27.6.2003 y 12.2.1999 , la STS de 27 de junio de 2003 había dicho ya que: «Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es 'tomar determinación fija y decisiva'. Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión».

Los 'actos de trámite', no carecen necesariamente de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo



realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, ya en sentencias de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995, de las que resulta que a los efectos del actual artículo 404 Código Penal, 'resolución' es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva.

La vaguedad del contenido de la orden verbal no nos permite ni siquiera incluir el acto imputado en este caso al acusado como aquellos que sin ser el que ponga fin al procedimiento puedan constituir elemento objetivo suficiente del delito del artículo 404 del Código Penal.

El motivo como el anterior también se estima.

CUARTO.- 1.- Finalmente, la sentencia condena al recurrente por delito de falsedad atribuyéndole como hecho probado QUINTO *que, con pleno conocimiento de ello omitió a sabiendas la titularidad de sus bienes y actividades económicas en las declaraciones de intereses sobre causas de posibles incompatibilidad y actividades presentadas por el mismo en fechas 6/6/2003 y 8/6/2007 para ser incorporadas e inscritas al Libro Registro Público de Intereses y Declaraciones de Bienes del Ayuntamiento de Santa Brígida, al haber salido elegido como concejal de dicho municipio en los años 2003 y 2007.*

En concreto, el acusado ocultó su condición de dueño y administrador de la empresa AUTO ESCUELA CAMPONUEVO SL en las declaraciones de los años 2003 y 2007 y no declaró bien ni interés alguno.

No consta acreditado que la vivienda sita en el CAMINO000 fuera titularidad del acusado cuando el mismo presentó las declaraciones correspondientes a los años 2003 y 2007.

Y en sede de calificación jurídica no duda la sentencia en calificar tal documento de oficial ni en proclamar su «inveracidad» (sic) por faltar a la verdad mediante esa omisión. Y más concretamente tilda a aquella de «inveracidad ideológica». En coherencia con ello califica el comportamiento.

2.- Tal calificación olvida sin embargo el necesario previo examen sobre la concurrencia de la condición de funcionario en el acusado, como sujeto activo de ese delito, como tipificado en el artículo 390.1.4º del Código Penal.

Por ello debemos ahora recordar lo que, en relación con la exigencia de aquella declaración de intereses establece el artículo 75 de la ley reguladora de bases del Régimen Local apartado 7. *Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos. Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades. Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho.*

Las declaraciones a que se refiere la sentencia no constan fueran otras que las debidas para ANTES de tomar posesión del cargo.

Pues bien, en ese momento el acusado no había adquirido la condición de funcionario público. Es decir, no reunía los requisitos que el delito de falsedad del artículo 390 del Código Penal exige como delito especial propio. Y, dado que la falsedad es calificada de ideológica del nº 4 del apartado 1 del Código Penal tampoco puede imputarse bajo la previsión típica del artículo 392 del Código Penal.

Lo que también nos lleva a estimar este motivo del recurso.

QUINTO.- La estimación del recurso lleva a declarar de **oficio las costas** del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

Estimar el recurso de casación formulado por D. Jesús Manuel, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Palmas, con fecha 18 de abril de 2017; sentencia que se **casa y se anula**, para ser sustituida por la que dictamos a continuación.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro

Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION núm.: 1386/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 86/2014, seguida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 168/2011, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Las Palmas, por delitos de malversación de causales públicos, prevaricación y falsedad en documento público, contra **D. Jesús Manuel**, nacido el día NUM000 /1941, de nacionalidad española, provisto de DNI nº NUM001, D. Edmundo, nacido el NUM002 /1944, de nacionalidad española, con DNI NUM003, y D. Geronimo, nacido el NUM004 /1970, de nacionalidad española, con DNI 43.276.136-A, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 18 de abril de 2017, que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se admite en su integridad el relato de hechos probados de la recurrida .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Sin embargo, por las razones expuestas en la sentencia de casación, ninguno de los hechos que se declaran probados pueden ser calificados constitutivos de los delitos por los que el recurrente fue acusado y viene penado.

FALLO

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

Absolver a D. Jesús Manuel, de todos los delitos por los que venía siendo acusado, dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por razón de tales acusaciones, y con declaración de oficio de las costas de la instancia

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

Así se acuerda y firma.