Roj: **AAP CE 6/2017** - ECLI: **ES:APCE:2017:6A**

Id Cendoj: **51001370062017200006**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Ceuta**
Sección: **6**
Fecha: **02/01/2017**
Nº de Recurso: **240/2016**
Nº de Resolución: **276/2016**
Procedimiento: **APELACION AUTOS**
Ponente: **FERNANDO TESON MARTIN**
Tipo de Resolución: **Auto**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

CEUTA

AUTO: 00276/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SECCIÓN SEXTA CON SEDE EN CEUTA. AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de CEUTA

Domicilio: C/PADILLA S/N. EDIFICIO CEUTA CENTER 2ª PLANTA

Telf: 956510905 Fax: 956514970

Equipo/usuario: ENB

Modelo: 662000

N.I.G.: 51001 41 2 2016 0005838

ROLLO: RT APELACION AUTOS 0000240 /2016

Juzgado procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de CEUTA

Procedimiento de origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000602 /2016

RECURRENTE: Procurador/a: Abogado/a: RECURRIDO/A: Procurador/a: Abogado/a:

AUTO Nº

SECCIÓN 6ª A.P. DECÁDIZ

CON SEDE EN CEUTA.

PRESIDENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Tesón Martín.

MAGISTRADOS: Ilmos. Sres.:

Dª. Rosa Mª de Castro Martín.

D. Emilio Martín Salinas.

ROLLO APELACIÓN PENAL: 240/16

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO DOS DE CEUTA.

Diligencias Previas nº 602/16

En la Ciudad Autónoma de Ceuta, a 2 de enero de 2017.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz constituida permanentemente en la Ciudad Autónoma de Ceuta, compuesta por los Magistrados reseñados, ha visto el recurso de apelación interpuesto por D. Adolfo , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Jiménez Pérez, contra el auto de fecha de 25 de octubre

de 2016 del Juzgado de Instrucción número Dos de esta Ciudad en las Diligencias Previas indicadas al margen, siendo Ponente el Ilmo. Sr. **D. Fernando Tesón Martín.**

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de octubre de 2016, se dictó, por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Ceuta, Auto que, tras desestimar recurso de reforma, confirmaba otro anterior de fecha de 30 de septiembre de 2016, contra los cuales se plantea recurso de apelación para ante esta Audiencia, por parte del querellante, y conferido traslado a las demás partes se remitió lo actuado, quedando seguidamente las actuaciones para resolver.

SEGUNDO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Se formula recurso de apelación contra el auto dictado por la Sra. Juez de Instrucción nº 2 de Ceuta, el día 25 de octubre de 2016, tras haber sido desestimado el de reforma presentado por la representación de Don Adolfo , discrepando en la inadmisión a trámite de la querella, insistiendo en la pertinencia de abrir diligencias penales por delito de prevaricación administrativa contra Don Constantino y la Dependencia de Gestión Tributaria en Ceuta, por dictar una resolución injusta, derivada de un improcedente por antirreglamentario escudriñamiento al margen del procedimiento de verificación de datos a sabiendas de su irregularidad, por exceder de la cuestión meramente verificadora que regula el art. 131 de la Ley General Tributaria .

Se señala en el recurso que tras una primera sanción que se le impuso por la declaración del I.R.P.F. de 2008, que fue recurrida y dejada sin efecto por el T.E.A.L. de Ceuta al haber quedado acreditada que el recurrente se dedujo de forma regular la mitad de las rentas obtenidas en Ceuta en dicho ejercicio, al haber sido destinado como funcionario de policía a esta ciudad el 25 de junio de 2008, por lo que hubo de residir aquí más de la mitad de dicha anualidad, le fue notificado al querellante, hoy apelante, un trámite de alegaciones y propuesta de liquidación provisional firmada digitalmente por el Sr. Constantino y correspondiente al ejercicio fiscal 2013, con fundamento en la sospecha de que no residía en Ceuta, sino en Los Barrios, al habérsele notificado en dicha localidad, ser titular de un contrato de energía eléctrica y ser el domicilio fiscal de su cónyuge. El Sr. Adolfo formuló sus alegaciones y probó sin ambages que su residencia efectiva en Ceuta sumaba 220 días, a pesar de lo cual, el Sr, Constantino , lejos de actuar ateniéndose a las pruebas y acreditaciones planteadas, persistió en sus insidiosos motivos, quizás motivado por la percepción de un plus económico directamente vinculado a la cantidad de procedimientos que inicie contra los contribuyentes, lo que fuerza a la avaricia y fuerza la realización de actuaciones presididas no por criterios objetivos sino por ambiciosos fines económicos.

En la misma línea, se le notificó al Sr. Adolfo un Acuerdo en el que se le requería para que probara "sin ningún género de dudas" su residencia en Ceuta durante la mayor parte del ejercicio fiscal 2014 mediante "certificados de compañías navieras de viajes realizados a la ciudad, pagos de colegios de niños, el desempeño de puestos de trabajo que inevitablemente se tienen que prestar en Ceuta, pagos habituales en supermercados o tiendas locales, retiradas de efectivo constantes en cajeros o sucursales de Ceuta, recepción de suscripciones o correspondencia diversa, residencia de cónyuge e hijos en Ceuta, etc."

Contra dicho acuerdo se formularon en tiempo y forma alegaciones que acreditaban la residencia de forma efectiva la residencia en la ciudad autónoma durante más de la mitad de 2014, a través de profusión de pruebas que constan en autos, lo que tampoco sirvió al Sr. Constantino quien el 30 de mayo de 2016 emitió resolución con liquidación provisional insistiendo en los motivos tendenciosos a los que añade otros aún más rocambolescos como que el cambiar de un domicilio perteneciente a un familiar no directo a otro de Ceuta resulta inverosímil que haya residido de forma permanente en Ceuta, que aporte un listado de movimientos bancarios que no pertenecen a ninguna cuenta sino a una tarjeta de crédito donde no consta dato identificativo que lo relacione con el contribuyente, llegando a reconocer que a pesar de que existe prueba de que el Sr. Adolfo , conforme a los certificados de las empresas navieras aportados, ello no resulta amparado por el resto de la documental.

En definitiva, tras haber acreditado el contribuyente de forma fehaciente su residencia en Ceuta, así como la obtención de sus rentas de trabajo en dicha ciudad, los querellados, de forma infundada y arbitraria han ignorado de manera sistemática las pruebas documentales aportadas, aduciendo para ello pretextos tan inconsistentes o baladíes, con el único propósito de atrincherarse en la ratificación de la liquidación provisional practicada y apuntarse un descubrimiento tributario ficticio, que es el principal móvil, según la parte recurrente, de los hechos denunciados, dictándose a sabiendas resoluciones injustas, ignorando intencionadamente las pruebas que rebaten sus erróneas argumentaciones y consecuentes resoluciones.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso por considerar que se está pretendiendo hacer pasar por delito lo que no es sino una interpretación jurídica que hace la Administración sobre el concepto tributario de residente en Ceuta y sobre los medios de prueba para acreditar dicha residencia, no pudiendo aducirse un ilícito penal sino una cuestión tributaria administrativa, sin que tampoco se deduzca el elemento subjetivo del delito de prevaricación, la conciencia de la arbitrariedad o la injusticia de la resolución, que al pertenecer a lo más íntimo de la mente, salvo expreso reconocimiento, ha de buscarse por medio de prueba indirecta.

SEGUNDO .- Una vez fijados los términos del debate, y analizados los testimonios remitidos, las alegaciones de las partes y los razonamientos de la resolución recurrida, la Sala estima que el recurso ha de prosperar.

Para la admisión a trámite de la querella, que es la cuestión esencial que ha de dilucidarse en el presente recurso, es preciso que los hechos en que se funde puedan estimarse, en principio, como constitutivos de delito, según se desprende del artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), y tal es lo que ha de llevarse a efecto en el auto que sigue a la presentación, en donde el instructor ha de considerar si los hechos que sirven de base a la querella presentan o no características que hacen presumir la posible existencia de delito de prevaricación administrativa, procediendo instruir diligencias previas y practicar aquellas esenciales encaminadas a efectuar tal determinación y, en su caso el procedimiento aplicable.

Como es sabido, la presentación de una querella no ha de conllevar la apertura automática de Diligencias Previas para la averiguación de los hechos a que se refiere la misma, pues, "ab initio", el instructor ha de llevar a efecto un primer juicio, o juicio preliminar, tendente a evitar la apertura de tales Diligencias cuando de ese análisis resulte con toda claridad la inexistencia de relevancia penal alguna de los hechos en los que se basa, o la total inverosimilitud de la imputación, lo cual evitará que por la mera voluntad de un particular un funcionario público se vea implicado injustamente en una causa criminal.

En cualquier caso, resulta obvio que en defensa del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución que acuerde desestimar una querella sin ni siquiera oír la declaración del imputado o de los imputados ha de estar motivada en el sentido de argumentar por qué descarta atribuir esa relevancia penal "prima facie" o la verosimilitud de lo relatado en aquélla.

Es por ello que, en este momento procesal, la Sala, tras el análisis preliminar del escrito de querella, no ha de responder concreta y detalladamente a todos los razonamientos y consideraciones que se contienen en dicho escrito, ni puede enjuiciar directamente la validez intrínseca de las actuaciones a las que se atribuye por la parte querellante relevancia criminal, sino que únicamente ha de determinar si a primera vista, dicha conducta del querellado, jefe de la Dependencia de Gestión Tributaria de Ceuta, a través de su actuación en la iniciación e impulso del expediente administrativo en cuestión, podría estar o no actuando con la conciencia y voluntad de dictar una resolución injusta a sabiendas.

En el caso, y constatado que el contenido de los hechos que se imputan tiene, desde un punto de vista formal, encaje en el tipo penal de la prevaricación administrativa, previsto en el art. 404 del Código Penal , y descartada por tanto su atipicidad porque, insistimos, sólo desde un punto de vista formal se presentan como objetivamente contrarios a derechos, para poder determinar si nos encontramos ante una resolución que no puede apoyarse en una argumentación jurídica mínimamente razonable, y que además de su injusticia se ha dictado al capricho del querellado para realizar su propia voluntad a sabiendas de que es contraria a Derecho, estimamos que en este momento procesal, y sin haber dado la oportunidad al querellado de explicar razonadamente su actuación, la instructora no se encontraba en condiciones para ello, ya que no contaba con los elementos necesarios para poder determinar, si, como mantiene el Ministerio Fiscal, se trata de una mera discrepancia en la interpretación de la norma jurídica administrativa en relación con el concepto de residente en Ceuta a efectos de poder ser beneficiario de las ventajas fiscales que ello conlleva, o si por el contrario, es una conducta encaminada a conseguir a sabiendas un resultado injusto, para lo que la parte querellante necesita se practiquen determinadas diligencias, de las que pudieran deducirse unos presupuestos fácticos (como, por ejemplo, el móvil crematístico en el que tanto insiste el querellante) necesarios para articular la prueba indiciaria de los necesarios elementos subjetivos del injusto atribuido en la querella, que, como mantiene dicho Ministerio Público, sólo admiten dicha prueba indirecta, por hallarse en el arcano de la conciencia.

Negar en estos momentos esta posibilidad al recurrente, una vez descartada una posible falta de seriedad en el contenido de la querella, sería tanto como conculcar su derecho a una tutela judicial efectiva, que también asiste a quien pretende el ejercicio de una acción penal, a pesar de la existencia de principios como el de intervención mínima que sirve de base a la resolución recurrida.

Al respecto ha de tenerse en cuenta que (tal como se razonaba en el auto de esta Sala de 5 de octubre del presente año, concerniente al mismo querellado en un asunto similar a éste) *dicho principio está dirigido primordialmente al legislador, no al poder judicial. Éste está sometido, como presupuesto, al principio de legalidad, que se proyecta en el ámbito que nos ocupa en los artículos 1 y 2 del Código Penal , de forma que*

sólo podrá servirse del primero que se ha citado de forma mediata, como criterio interpretativo, que le habrá de inclinar en uno u otro sentido cuando tenga que determinar, dentro de los tipos penales establecidos, qué hechos concretos puede encontrar encaje dentro de los mismos y con qué sanción puede castigarse, pero no dejar de aplicar la ley penal por existir otros mecanismos de tuteladores en el ordenamiento jurídico. Esto es especialmente relevante en el caso que nos ocupa, puesto que, existiendo muchos delitos que tienen como sujeto activo específico una autoridad o funcionario público en el ejercicio sus funciones, como es la prevaricación administrativa prevista en el artículo 404 del Código Penal que se afirmó por el recurrente que habría cometido Constantino , si bien es cierto que no toda conducta contraria a derecho en el plano administrativo es siempre constitutiva de infracción penal, toda infracción penal en este ámbito encerrará siempre un ilícito administrativo que tendrá que ser examinado con carácter prejudicial.

En definitiva, no puede olvidarse que, en esencia, lo que se atribuye al Sr. Constantino es desarrollar sus funciones guiado por móviles espurios, aplicando no sólo de forma incorrecta las normas del procedimiento administrativo tributario sino, sobre todo, torticeramente, a pesar de que en un caso similar afectante al mismo contribuyente, éste había obtenido una resolución favorable del Tribunal Económico Administrativo, y de que incluso en la propia resolución que se tilda de prevaricadora se reconoce que el expedientado ha acreditado su residencia efectiva en Ceuta más de la mitad del año concernido, a pesar de lo cual se insiste en seguir adelante con el expediente.

Además, ha de tenerse en cuenta que, al margen de otras posibles infracciones administrativas que pudieran haberse cometido, la esencia de la prevaricación administrativa que castiga el artículo 404 del Código Penal , que se sostiene en la apelación que habría cometido el Sr. Constantino , se encuentra en hacer de la voluntad propia la norma aplicable al acto administrativo, afectando al recto y normal funcionamiento de la Administración, que, conforme con los artículos 103 y 106 de la Constitución Española , debe servir con objetividad a los intereses generales, actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación y someterse plenamente a la ley y al Derecho.

Tales exigencias pueden quebrantarse, adquiriendo relevancia penal, cuando, aun amparándose formalmente en la normativa aplicable, se persiga un fin distinto del que habilitaba su actuación, que es lo que se denomina desviación de poder, y es lo que en definitiva subyace en la "notitia criminis" que contiene en la querella que ha sido inadmitida.

Ni que decir tiene que ello no supone que aceptemos un rechazable automatismo en la admisión a trámite de la misma, postura inadmisible por contravenir lo dispuesto en el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pero ello no es óbice para que, por lo expuesto, en el presente caso esté justificada la iniciación del proceso penal, que podrá dar también al querellado la oportunidad de defenderse de las graves imputaciones que se le hacen.

CUARTO. - No obstante lo anterior, lo expuesto no es predicable de ambos querellados, sino sólo de la persona física a la que se atribuyen los hechos delictivos objeto de la querella, dado que el art. 31 quinquies del Código Penal excluye expresamente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras, *al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales...*, de manera que la Dependencia de Gestión Tributaria de Ceuta carece de aptitud para ser sujeto activo de un delito.

QUINTO.- A tenor del pronunciamiento parcialmente estimatorio que tiene que adoptarse y de lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , es preciso declarar de oficio la totalidad de las costas procesales que hubieran podido generarse con ocasión del recurso de apelación.

Final del formulario

Principio del formulario

En atención a lo expuesto,

ACORDAMOS

1) Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Jesús Miguel Jiménez Pérez en representación de **Don Adolfo** contra el auto que ordenó la incoación diligencias previas del procedimiento abreviado y la no admisión de la querella, revocando este último pronunciamiento y ordenando que continúen aquéllas por sus trámites, sólo respecto de Don Constantino y con exclusión de la Dependencia de Gestión Tributaria de Ceuta.

2) Declarar de oficio las costas procesales que pudieran haber generado con ocasión del recurso de apelación.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe interponer, en consecuencia, recurso alguno.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Así lo resolvemos los magistrados indicados en el encabezamiento de esta resolución, firmando por D. Emilio Martín Salinas, D. Fernando Tesón Martín, ya que aquél deliberó y no pudo firmar.

DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ