

Roj: **STS 471/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:471**Id Cendoj: **28079120012010100040**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2010**Nº de Recurso: **2528/2008**Nº de Resolución: **49/2010**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 3318/2008,**
STS 471/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil diez.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado **Marcial**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, que le condenó por delito de **prevaricación**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Cárdenas Porras y el recurrido Acusación Particular **Jacobo**, representado por el Procurador Sr. Martín Fernández.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Calatayud incoó procedimiento abreviado con el nº 52 de 2007 contra **Marcial**, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, que con fecha 29 de octubre de 2.008 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Valorando en conciencia las pruebas practicadas, resultan acreditados los siguientes hechos: *Primero.- **Jacobo** es Funcionario de la Administración Local, con habilitación de carácter nacional, perteneciente a la Subescala de Secretaría-Intervención destinado en la localidad de Alhama de Aragón (Zaragoza), habiendo sido Secretario del Ayuntamiento de tal municipio en fecha 4 de julio de 1994 (BOE de la misma fecha). Segundo.- El acusado en esta causa, **Marcial**, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el año 2003, fue nombrado Alcalde de la localidad de Alhama de Aragón (Zaragoza), desarrollándose la legislatura en una correcta y adecuada relación profesional entre Alcalde y Secretario hasta el mes de diciembre de 2004, fecha a partir de la cual, comenzaron a surgir desavenencias y divergencias entre ellos, debidas al distinto criterio existente sobre la actitud del secretario del Ayuntamiento en orden al funcionamiento de la Secretaría Municipal. Tercero.- El día 24 de mayo de 2005, el acusado, **Marcial**, en el ejercicio de sus funciones de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alhama de Aragón (Zaragoza), prescindiendo de las normas de Procedimiento aplicables, dictó una providencia en la que se decía: "Habiendo tenido conocimiento de una serie de hechos que podrían ser constitutivos de incoación de expediente disciplinario a **Jacobo**, funcionario de la Administración Local con habilitación de carácter nacional perteneciente y Secretario de esta Corporación, es preceptivo abrir expediente con el objeto preliminar de determinar la veracidad de las circunstancias señaladas". Igualmente, en la citada resolución se dispone que "considerando lo expuesto y la pérdida de confianza en su trabajo desarrollado, con el fin de proteger el adecuado funcionamiento de esta Corporación y su completo y total sometimiento a la ley, esta Alcaldía acuerda la separación provisional del servicio a D. **Jacobo**, Sr. Secretario Interventor del Ayuntamiento de Alhama de Aragón, por el período de 5 meses a contar desde la fecha 24 de mayo de 2005, hasta tanto la Dirección*



General de la Administración Local, en virtud del art. 33 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, y con objeto de asegurar la eficacia de la posible Resolución Disciplinaria, adopte las medidas cautelares que estimen oportunas". Ese mismo día, 24 de mayo de 2005, el Alcalde de la localidad de Alhama de Aragón (Zaragoza) remitió oficio al Sr. Delegado del Gobierno en Aragón solicitando el envío de las fuerzas de orden público para que del Sr. Secretario Interventor desalojase de inmediato las dependencias municipales, con arreglo a la providencia de la Alcaldía de esa fecha, la cual adjuntó. Dicha providencia fue notificada a Jacobo, esa misma mañana, sobre las 12:30 horas, viéndose éste obligado a abandonar su puesto de trabajo, circunstancia ésta que tuvo lugar en torno a las 13:45 horas. Cuarto.- Ante tal acusación Jacobo envió el día 26 de mayo de 2005 escrito a la Delegación del Gobierno, pidiendo amparo, con el fin de que oficiara al Ayuntamiento de Alhama de Aragón para que le restituyera en su puesto al frente de la Secretaría Municipal. En respuesta a dicho escrito, la Delegación del Gobierno remitió al Ayuntamiento de Alhama de Aragón escrito de fecha 27 de mayo de 2005, en el que se requería a la Alcaldía para que, en el plazo más breve posible y en todo caso, antes del transcurso de 10 días, anulara la providencia de 24 de mayo de 2005, por la que se suspendía provisionalmente a Jacobo, reintegrando al mencionado funcionario de forma inmediata en su puesto de trabajo. Todo ello, al considerar que la referida providencia resultaba contraria al ordenamiento jurídico, entre otras razones, porque la citada medida cautelar sólo podía adoptarse en el marco de un expediente disciplinario incoado por organismo competente y en ningún caso, de forma independiente del mismo, de conformidad con el apartado 1, letra b, del art. 150 del TRRL, el cual establece que el órgano competente para acordar la incoación de expedientes disciplinarios, cuando se trate de funcionarios con habilitación nacional es la Dirección General de Cooperación Local, en aquellos supuestos en que los hechos denunciados pudieran dar lugar a la sanción de destitución o separación del servicio, y con la advertencia de que, en tales casos, el legislador ha establecido una excepción a la regla general de la competencia de la Alcaldía-Presidencia para incoar expediente disciplinario y, correlativamente, adoptar una medida de suspensión provisional de funciones respecto de esta clase de funcionarios. Quinto.- A fecha 10 de junio de 2005, Jacobo se personó en el Ayuntamiento de Alhama de Aragón para posesionarse en su puesto de trabajo, lo que no le fue permitido, notificándole en aquel momento un Decreto de 9 de junio de 2005, en el cual se ratificaba íntegramente el Decreto de 24 de mayo de 2005, por el que se incoaba expediente disciplinario a Jacobo y se acordaba que no pudiera reincorporarse a su puesto de trabajo hasta pasados cinco meses desde el 24 de mayo de 2005, o hasta tanto la Dirección General de la Administración Local del Ministerio de Administraciones Públicas, y con el objeto de asegurar la eficacia de la posible Resolución Disciplinaria, adopte las medidas cautelares que estime oportunas. El citado Decreto de Alcaldía de 24 de mayo de 2005, sobre incoación de expediente disciplinario al Secretario-Interventor, fue remitido a través de fax por el acusado al Ministerio de Administraciones Públicas el día 27 de mayo del mismo año, el cual y a su vez, lo envió a la Delegación del Gobierno y fue entregado a Jacobo en el requerimiento notarial de 10 de junio de 2005. Dicho Decreto de 24 de mayo de 2005 no había sido anteriormente notificado a Jacobo, quien únicamente tenía conocimiento de la providencia de la misma fecha, y fue dictado por el acusado, Marcial, con posterioridad a la referida providencia, con la finalidad de ajustar a la legalidad las medidas irregularmente dictadas contra el Secretario de la Corporación, Jacobo, y sin anular dicha providencia. Y ello, al ser advertido por la Subdirección General de la Función Pública Local de las correcciones de la providencia, y de cómo debía actuar de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico. Sexto.- La Subdirección General de Función Pública Local, tras recibir escrito procedente de la Delegación del Gobierno en Aragón, en la que se le comunicaba que las actuaciones de la Alcaldía-Presidencia de Alhama de Aragón, adolecen, a su juicio, de incorrecciones, remitió a dicha delegación y al propio acusado, en fecha 10 de junio de 2005, escrito en el que, sin discutir la potestad de la Alcaldía para incoar un expediente disciplinario al Secretario-Interventor del Ayuntamiento le comunica sus objeciones en relación con el Decreto de Alcaldía de 24 de mayo de 2005, poniendo de manifiesto una serie de irregularidades del mismo y en el cual se dice que la incoación del expediente disciplinario no se ha notificado al interesado, Jacobo, contraviniendo lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, advirtiéndole que si lo que la Alcaldía pretende es abrir un expediente disciplinario al Secretario-Interventor del Ayuntamiento ateniéndose a la estricta legalidad, deberá dictar un nuevo decreto en el que se dejen sin efecto la providencia y el decreto de 24 de mayo de 2005, consignando la fecha real en que se dicta y declarando que la suspensión provisional de funciones del afectado comenzará a surtir efectos a partir de esta última fecha. Del mismo modo, se hace constar que deberá notificarse en forma al afectado. Séptimo.- El acusado, el día 29 de junio de 2005, dictó otro nuevo Decreto en el que se acuerda la ratificación íntegra, por segunda vez, del Decreto de Alcaldía de 24 de mayo de 2005, dejando sin efecto la Providencia de igual fecha, y en la que se hace constar que el Secretario-Interventor, Jacobo, no podrá reincorporarse a su cargo hasta pasados cinco meses, contados desde el 24 de mayo de 2005. Octavo.- Con fecha 30 de junio de 2005, el Ministerio de Administraciones Públicas comunica al Delegado del Gobierno en Aragón que con la misma fecha se dirige al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alhama de Aragón (Zaragoza) un escrito en el que se le recuerda que el Secretario-Interventor de dicha Corporación permanece todavía suspendido provisionalmente en sus funciones sin que esa Alcaldía haya dictado todavía contra él un decreto de incoación de expediente



ajustado a la legalidad, por lo que se da traslado del escrito a la Delegación del Gobierno en Aragón para que impugne, mediante el ejercicio de las acciones legales oportunas, la providencia de 24 de mayo de 2.005 y el subsiguiente Decreto de la misma fecha, por los que había sido suspendido en sus funciones el Sr. Jacobo , dictados de forma irregular por la Alcaldía del Ayuntamiento de Alhama de Aragón. Noveno.- A requerimiento del Delegado del Gobierno en Aragón, el Abogado del Estado interpuso recurso contencioso- administrativo, interesando el alzamiento de la medida de suspensión provisional de funciones respecto del Sr. Jacobo , y formalizó escrito de demanda contra la desestimación presunta del requerimiento de anulación frente a la providencia de 24 de mayo de 2005, dando lugar al Procedimiento Abreviado 304/05-M del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Zaragoza, en el cual se dictó, en la pieza separada de suspensión, Auto de fecha 29 de julio de 2005 , por el que se daba lugar a la medida cautelar solicitada por el Abogado del Estado, levantando la suspensión provisional de funciones de Jacobo y acordando que la Administración pueda adoptar las medidas que considere adecuadas para que no se perjudique la investigación, como prohibir al Sr. Jacobo el acceso a los expedientes objeto de denuncia. Al ser notificado el citado Auto al acusado, éste, por Decreto de 1 de agosto de 2005 , levantó la suspensión provisional acordada, dictando en igual fecha otro Decreto, por el cual disponía incoar nuevamente expediente disciplinario a Jacobo , por los mismos hechos ya referidos en el Decreto de 24 de mayo de 2005, a los que añadió otros tres nuevos más, ordenando la suspensión provisional del servicio del Secretario-Interventor, Sr. Jacobo , por 6 meses, a contar desde el 1 de agosto de 2005. Décimo.- En relación con el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado contra la providencia de 24 de mayo de 2005, se remite, a fecha 6 de septiembre del 2005, escrito del Delegado del Gobierno en Aragón, comunicando que deberá desistirse del mismo, dado que con fecha 29 de junio del mismo año se dictó por la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Alhama de Aragón Acuerdo por el que se dejaba sin efecto el acto administrativo impugnado. De conformidad con el escrito anterior el Abogado del Estado recurrente presentó escrito ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Zaragoza desistiendo del recurso interpuesto por satisfacción extraprocesal. Décimoprimer.- A instancia de Jacobo , se tramitó recurso contencioso-administrativo por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza contra la providencia de 24 de mayo de 2005 y los Decretos de 24 de mayo y 29 de junio de 2005, que dio lugar al procedimiento abreviado 349/05-AM. En el citado procedimiento se dictaron los Autos de 16 de septiembre y 26 de octubre de 2005 , por los que se accede a la medida cautelar interesada por el Sr. Jacobo , levantando la suspensión provisional de funciones decretada en las resoluciones recurridas, disponiendo el último de los Autos citados su sustitución por la medida de prohibición de acceso a los expedientes objeto de la denuncia y de apartamiento de aquellos asuntos sobre los que pueda haber una sospecha fundada de irregularidades y que todavía no hubiesen sido investigados. Por escrito de 8 de noviembre de 2005 se interesa por Jacobo ejecución del citado Auto de 26 de octubre de 2005 , alegando el Ayuntamiento de Alhama de Aragón la imposibilidad para el cumplimiento íntegro del Auto recaído. Con fecha de 22 de diciembre de 2005 el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza dictó Auto desestimando la ejecución en sus términos del auto de medidas cautelares dictado, por imposibilidad material y legal, no procediendo la reincorporación en tanto subsista la medida cautelar, que no podrá ir más allá del 1 de febrero de 2006, teniendo el recurrente derecho a percibir las retribuciones en su totalidad desde la fecha del Auto de 26 de octubre de 2.005. Décimosegundo.- A fecha 18 de enero de 2006 el acusado, Marcial , ante la proximidad del vencimiento de la medida cautelar de suspensión provisional de funciones adoptada en el expediente disciplinario tramitado al Sr. Secretario- Interventor, Jacobo , y dada la demora de la Delegación del Gobierno en Aragón en el nombramiento de un funcionario que pueda actuar como instructor, procede al nombramiento de instructor y secretario del referido procedimiento, siendo confirmado dicho nombramiento por Decreto de la Alcaldía-Presidencia de 17 de febrero de 2006 , a pesar de haberse formulado recusación por el funcionario expedientado. Décimotercero.- Con anterioridad a la confirmación del nombramiento de instructor y secretario del expediente disciplinario incoado a Jacobo , el acusado, Marcial , como Alcalde-Presidente de Alhama de Aragón, dictó Decreto de fecha 26 de enero de 2006 por el cual establece que el período de vacaciones que corresponde disfrutar al Secretario-Interventor es el comprendido entre el 1 y el 15 de febrero de 2006, ambos inclusive, precisando que deberá abstenerse de incorporarse a su puesto de trabajo durante el período señalado. Décimocuarto.- El 6 de febrero de 2006 la Alcaldía de Alhama de Aragón resolvió mediante Decreto incoar nuevo expediente disciplinario a Jacobo por nuevos actos que pudieran ser calificados de muy graves, acordando la suspensión provisional del servicio del Secretario-Interventor por el período de 6 meses, a contar desde la fecha de 16 de febrero de 2.006.

Décimoquinto.- Con fecha 30 de mayo de 2006 el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza dictó sentencia en el procedimiento abreviado nº 349/2005 -AM, estimando en su totalidad el recurso interpuesto por Jacobo y declarando nula la providencia de 24 de mayo de 2005, así como las suspensiones o separaciones provisionales acordadas en los decretos de 24 de mayo de 2005 y 1 de agosto de 2005, dada la incompetencia del Alcalde para dictar dichas medidas y la falta de justificación de las mismas. La citada resolución ha sido confirmada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 28 de mayo de 2007, al haberse desestimado el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento



de Alhama de Aragón contra la misma. Décimosexto.- El 30 de mayo de 2006, por el órgano instructor designado por la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Alhama de Aragón, se formula propuesta de sanción respecto de Jacobo, por ocho faltas muy graves, dos graves y una leve, interesando la separación del servicio y el traslado con cambio de residencia. Por Orden de 14 de julio de 2006 de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por delegación del Ministro de Administraciones Públicas, se resolvió el expediente disciplinario incoado a Jacobo el uno de agosto de 2005, encontrando desproporcionadas las sanciones propuestas por el Ayuntamiento y acordando no haber lugar a la imposición de las sanciones de destitución del cargo o separación del servicio al Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Alhama de Aragón (Zaragoza). Idéntica resolución dictó el citado órgano, a 23 de enero de 2007, respecto del expediente de fecha 6 de febrero de 2005. Decimoséptimo.- Que el acusado, Marcial, cesó en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Alhama de Aragón (Zaragoza), tras las elecciones municipales del día 27 de mayo de 2007, sin que en este momento, se hubiese reintegrado a su puesto de trabajo en dicho Ayuntamiento al Secretario-Interventor titular, Jacobo.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: 1º) Que debemos condenar y condenamos al acusado, Marcial, cuyas circunstancias personales constan como responsable en concepto de autor de un delito continuado de **prevaricación**, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de diez años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, que comprende la privación definitiva del cargo de alcalde y cargo de concejal como elemento necesario para acceder al cargo de Alcalde, así como al de los honores que les sean anejos y la imposibilidad de obtener dichos cargos durante el tiempo de la condena, y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las costas de la acusación particular. 2º) Que debemos absolver y absolvemos al acusado, Marcial, del delito de falsedad en documento público del art. 390.1.1º imputado en su contra con declaración de costas en cuantía de su mitad de oficio.

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

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Marcial**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24.1 de la C.E. Breve extracto de su contenido: La juez instructora rectificó el auto de apertura de juicio oral al margen de la doctrina jurisprudencial sobre intangibilidad de las resoluciones judiciales; Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del número primero del art. 849 de la L.E.Cr., por indebida aplicación de los arts. 404 y 74.1 del C. Penal. Breve extracto de su contenido: Los hechos objeto del procedimiento no pueden encuadrarse dentro del delito de **prevaricación** continuada, pues no se dan los requisitos necesarios para ello, en tanto no concurren los elementos del tipo delictivo, por lo que la Sala no debió condenar a mi representado por dicho delito; Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del último inciso del nº 1º del art. 851 L.E.Cr., por considerarse como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo. Breve extracto de su contenido: En los hechos probados se contienen afirmaciones jurídicas que predeterminan el fallo de la resolución; Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2º del art. 849 L.E.Cr., al existir error en la apreciación de la prueba por parte del Tribunal. Breve extracto de su contenido: A la hora de dictar sentencia, la Sala valoró erróneamente parte de la prueba obrante en las Diligencias, determinando así la condena del acusado, error que debe corregir el Tribunal al que nos dirigimos; Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr., y 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del condenado contenida en el art. 24.2 de la C.E. Breve extracto de su contenido: No cabe condenar a mi representado en tanto que no ha podido ser demostrado su conocimiento de la legalidad de sus decisiones.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida, solicitando igualmente su inadmisión o subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 28 de enero de 2.010 con la asistencia del Letrado recurrente D. Juan Antonio Rubio Morer en defensa del acusado Marcial que se ratificó en su informe; del Letrado recurrido D. Mariano Bonías Trebolle en defensa de la Acusación Particular Jacobo que informó sobre el recurso y con la también presencia del Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Zaragoza condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito continuado de **prevaricación** del art. 404 en relación con el art. 74 C.P.

Esta calificación jurídica trae causa de las resoluciones adoptadas por el acusado en su condición de Alcalde de la localidad de Alhama de Aragón por las que disponía la incoación de expediente disciplinario al Secretario-Interventor de ese Ayuntamiento y, simultáneamente, se acordaba la medida cautelar de suspensión de funciones por determinado tiempo, que se reseñan en la extensa declaración de Hechos Probados, incumpliendo las instrucciones impartidas por organismos administrativos superiores como la Delegación del Gobierno y la Subdirección General de Función Pública Local del Ministerio de Administraciones Públicas y determinados Autos dictados por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que se detallan en el relato histórico de la sentencia.

El recurrente, por su parte, alega la indebida aplicación del art. 404 C.P. por considerar que ni las resoluciones fueron arbitrarias o injustas ni el acusado obró en ningún momento con consciencia de la injusticia o ilegalidad de sus decisiones.

SEGUNDO.- En la fundamentación jurídica de la sentencia, donde el Tribunal consigna los argumentos y razonamientos jurídicos que justifican la calificación jurídica de los hechos, se pone de manifiesto que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por misión corregir la ilegalidad que pudiera cometer la Administración, mientras que el sistema penal, a través del delito de **prevaricación** administrativa, trata de sancionar la arbitrariedad de la autoridad o funcionario público, lo que es un plus diferente de la mera legalidad. Por tanto -añade- corresponde, a la jurisdicción penal verificar la "injusticia" de la resolución, pudiendo entenderse referido dicho requisito a la falta absoluta de competencia jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial, entendiéndose cumplido este supuesto cuando existe una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico o la resolución que se dicte en un procedimiento administrativo lo sea sin cumplir lo que legalmente está preceptuado con carácter esencial, de manera que se adjetiva en el Código Penal de 1995 con su arbitrariedad, en correspondencia con la Constitución Española, que en el art. 9.3 garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

A partir de este enunciado, la sentencia, como conclusión a una amplia argumentación, establece que con independencia de quién tenga realmente la competencia para incoar expediente disciplinario y establecer la medida de separación del servicio de los funcionarios con habilitación nacional, lo cierto es que en relación con el tema de la competencia, "ningún reproche cabe hacer al acusado, el cual ya ha quedado acreditado que recibió asesoramiento al respecto, habiendo recibido la confirmación de que era competente para llevar a cabo las actuaciones enjuiciadas del mismo Ministerio de Administraciones Públicas y en consecuencia, falta en este punto, ese plus de arbitrariedad que requiere la jurisprudencia a la hora de dictar la resolución".

En un segundo apartado del análisis que conduce al Tribunal a quo a la aplicación del art. 404 C.P., la sentencia fundamenta la subsunción en este tipo delictivo en que "las resoluciones dictadas por el Alcalde de Alhama de Aragón adolecen de **múltiples irregularidades**" que contravienen el Ordenamiento jurídico en esta clase de procedimiento administrativo sancionador.

Como tales irregularidades señala que la Subdirección General de Función Pública Local remitió en 10 de junio de 2005 escrito al acusado en el que pone de manifiesto que la incoación del expediente disciplinario no se ha notificado al interesado, Jacobo , contraviniendo lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Sin embargo, lo cierto es que el acusado, según el apartado séptimo del "factum", dictó en 29 de junio de 2005 nuevo Decreto en el que se dejaba sin efecto la providencia de 24 de mayo anterior en la que se disponía la medida cautelar de suspensión de funciones -que es el elemento esencial y nuclear que informa todo el procedimiento que estamos examinando-, y, por otra parte, esta decisión cautelar ya había sido notificada al interesado junto con el decreto de la alcaldía de 9 de junio por el que se acordaba la incoación de expediente disciplinario (hecho probado Quinto). Y la providencia de 24 de mayo, con el mismo contenido de "separación provisional del servicio", fue notificada al afectado por la misma "esa misma mañana, sobre las 12,30 horas", según señala el hecho probado Tercero.

Cabe expresar que, en todo caso, y al margen de la realidad de las notificaciones que han quedado constatadas, lo relevante es que si esa irregularidad procedimental se hubiera producido efectivamente, tal omisión únicamente tendría ubicación en el tipo penal, de haberse ejecutado con conciencia y voluntad de impedir al afectado la utilización de las apelaciones y recursos contra la decisión adoptada tanto en vía administrativa como jurisdiccional, lo cual es patente que no ha sucedido.



TERCERO.- Considera también la sentencia que las resoluciones dictadas por el acusado se integran en el delito de **prevaricación** porque, "igualmente, la sentencia de 30 de mayo de 2.006 [dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza] señala en el F. J. Sexto que las resoluciones dictadas por la Alcaldía de Alhama de Aragón aparecen **desprovistas de toda motivación**, vulnerando palmariamente el art. 54.1.a) de la Ley 30/1992, lo que supone causa de anulación".

Es incuestionable que una resolución administrativa que lesiona intereses importantes de la persona, debe estar suficientemente motivada, exteriorizando las concretas razones objetivas por las que se adopta y las disposiciones legales que la justifican.

Como es también indudable que la ausencia de tan relevante exigencia convierte en nula la resolución que se adopte con esa deficiencia, que es justamente lo que dispuso la sentencia del Juzgado contencioso antes mencionada. La falta de la necesaria y exigible motivación de las resoluciones del Alcalde acusado que apreció la autoridad judicial, permiten calificar aquéllas de irregulares o ilegales, pero no necesariamente en delictivas.

CUARTO.- Como establecía la STS nº 363/2006, de 28 de marzo, recordando entre otras la de 4 de diciembre de 2.003, el delito de **prevaricación** tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras).

Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de **prevaricación**, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio». El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y **prevaricación**. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo).



No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la **prevaricación** administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, **no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley** (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o **cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor** (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- **no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos** (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de **prevaricación** previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, **sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable**; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.



Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de **prevaricación**. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS nº 331/2003, de 5 de marzo).

Insistía en estos criterios doctrinales la STS nº 755/2007 de 25 de septiembre al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y **prevaricación**.

La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la **prevaricación**. Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la **prevaricación** administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el mismo sentido, la STS nº 226/2006, de 19 de febrero.

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.



Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS nº 627/2006, de 8 de junio, en la que se dice que "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales)".

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

QUINTO.- En el caso, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso dice que las resoluciones dictadas por el Alcalde aparecen desprovistas de toda motivación, por cuya razón se anularon las mismas. Pero la ausencia de motivación en la resolución administrativa no significa necesariamente que éstas se hubieran adoptado sin ningún motivo o razón objetiva y real que justificase la decisión de incoar expediente disciplinario y la medida cautelar. Es muy importante subrayar que la sentencia de lo contencioso y también la sentencia que constituye el objeto de este recurso de casación, se abstienen absolutamente de afirmar la inexistencia de esas razones. Y en este orden de cosas, resulta significativo y elocuente que ya el Juzgado de lo Contencioso dictara Autos de 16 de septiembre y 26 de octubre de 2005 por los que se levantaba la suspensión provisional de funciones decretada en las resoluciones recurridas "disponiendo el último de los Autos citados su sustitución por la medida de prohibición de acceso a los expedientes objeto de denuncia ..." (Hecho Probado décimoprimer), lo que la lógica más elemental induce a considerar seriamente que el secretario del Ayuntamiento hubiera podido tener una intervención sospechosa en tales expedientes que justificara las resoluciones del Alcalde. Pero tampoco es desdeñable en esta cuestión el contenido del epígrafe Décimosexto de los Hechos Probados que describe que "El 30 de mayo de 2006, por el órgano instructor designado por la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Alhama de Aragón, se formula propuesta de sanción respecto de **Jacobo , por ocho faltas muy graves, dos graves y una leve**, interesando la separación del servicio y el traslado con cambio de residencia. Por Orden de 14 de julio de 2006 de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por delegación del Ministro de Administraciones Públicas, se resolvió el expediente disciplinario incoado a Jacobo el uno de agosto de 2005, encontrando **desproporcionadas las sanciones** propuestas por el Ayuntamiento y acordando no haber lugar a la imposición de las sanciones de destitución del cargo o separación del servicio al Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Alhama de Aragón (Zaragoza). Idéntica resolución dictó el citado órgano, a 23 de enero de 2007, respecto del expediente de fecha 6 de febrero de 2005". "Desproporcionadas las sanciones propuestas" no significa otra cosa que falta de correspondencia o de equilibrio entre la gravedad de las faltas o infracciones cometidas y la gravedad de la sanción de las mismas, pero en todo caso, no excluyente de las infracciones a sancionar.

SEXTO.- Aprecia el Tribunal de instancia una conducta dolosa en el acusado por persistir en dictar resoluciones en las que se disponía la incoación de expediente disciplinario y se adoptaban la medida cautelar de suspensión provisional de funciones, haciendo oídos sordos a los requerimientos que en sentido contrario le hacían, por un lado, la Delegación del Gobierno y el Ministerio de Administraciones Públicas y, de otro, los Autos dictados por el Juzgado de lo Contencioso.

Sin embargo, una lectura atenta del extenso apartado de Hechos Probados, no se compadece con una actuación arbitraria del acusado que, plenamente consciente de la injusticia de sus resoluciones, impone por las vías de hecho su voluntad clamorosamente contraria al Ordenamiento Jurídico, sustituyendo la Ley por su personal capricho huérfano de todo apoyo justificativo. En efecto, el epígrafe Sexto del "factum" declara probado que "La Subdirección General de Función Pública Local, tras recibir escrito procedente de la Delegación del Gobierno en Aragón, en la que se le comunicaba que las actuaciones de la Alcaldía-Presidencia de Alhama de Aragón, adolecen, a su juicio, de incorrecciones, remitió a dicha delegación y al propio acusado, en fecha 10 de junio de 2.005, escrito en el que, **sin discutir la potestad de la Alcaldía para incoar un expediente disciplinario al Secretario-Interventor** del Ayuntamiento le comunica sus objeciones en relación con el Decreto de Alcaldía de 24 de mayo de 2005, poniendo de manifiesto una serie de irregularidades del mismo y en el cual se dice que la incoación del expediente disciplinario no se ha notificado al interesado, Jacobo , contraviniendo lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, advirtiendo que si lo que la Alcaldía pretende es abrir un expediente disciplinario al Secretario- Interventor del Ayuntamiento ateniéndose a la estricta legalidad, deberá dictar un nuevo decreto en el que se dejen sin efecto la providencia y el decreto de 24 de mayo



de 2.005, consignando la fecha real en que se dicta y **declarando que la suspensión provisional de funciones del afectado comenzará a surtir efectos a partir de esta última fecha** .

Es claro que con dicho escrito se legitimaba al Alcalde a abrir expediente disciplinario al Secretario-Interventor y la suspensión provisional de funciones del afectado, previa resolución dejando sin efecto las precedentes, y notificando la nueva disposición al afectado, que fue lo que hizo el acusado.

En cuanto a los Autos judiciales, ciertamente el de fecha 16 de septiembre de 2.005 acordó levantar la suspensión provisional de funciones decretada por el Alcalde acusado, pero esta resolución judicial se dejó sin efecto por el siguiente Auto de 26 de octubre, sustituyendo la sustitución de la medida por la **prohibición de acceso a los expedientes** objeto de la denuncia y del apartamiento de aquellos asuntos sobre los que pueda haber una sospecha fundada de irregularidades (Hecho Probado Décimoprimer, ya mencionado con anterioridad).

Pero es que, en este mismo Hecho Probado se deja constancia de que es el propio Juzgado de lo Contencioso el que en Auto de 22 de diciembre de 2005 acuerda "... **no procediendo la reincorporación [del Secretario-Interventor] en tanto subsista la medida cautelar**, que no podrá ir más allá del 1 de febrero de 2.006", que es una manera de confirmar la separación provisional de funciones acordada o, cuanto menos, que así pudo ser interpretada por el acusado.

SÉPTIMO.- Las consideraciones que hasta aquí han quedado consignadas conducen a esta Sala a apreciar graves deficiencias en los argumentos del Tribunal a quo que fundamentan la subsunción de los hechos en el tipo delictivo de **prevaricación**. Por el contrario, no aparece con el nivel de certeza que requiere un pronunciamiento condenatorio, ni la realidad de una actuación arbitraria, injusta, absolutamente contraventora del orden jurídico adoptada sin ningún tipo de fundamento y, además, con consciencia plena de que se está cometiendo una grave injusticia por el solo capricho del autor. Porque la simple discordancia de la resolución con la normativa reguladora de la cuestión administrativa que resuelve, tanto en el ámbito competencial, como en el de procedimiento o en el de fondo, no transforma automáticamente en delictiva la actuación del funcionario o Autoridad que la dicte, lo que vaciaría de contenido la jurisdicción contencioso administrativa, sino que ese elemento normativo del tipo únicamente concurre cuando la contradicción sea patente e incuestionable, apartándose de la legalmente procedente de una manera ostensible, incidiendo significativamente en los administrados o en la comunidad con perjuicio potencial o efectivo sobre los intereses del ciudadano o de la causa pública, que exigiría que cuando se dicte "a sabiendas", provoque los efectos sancionadores del Derecho Penal, la consciente aplicación torcida del derecho, y si existiera alguna duda razonable de que la resolución fuera manifiestamente injusta, desaparecería el aspecto penal de la infracción -Sentencia 28 Octubre 1.993 -.

Junto al requisito objetivo, la infracción penal ha de llevar consigo un segundo requisito subjetivo, o intención deliberada en el agente, con plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, lo que el texto penal asume con la gráfica expresión gramatical "a sabiendas", elemento de la culpabilidad en el que reside la primera diferencia cualitativa entre la ilegalidad administrativa y la tipicidad penal, sin que la intención dolosa quepa deducirla de consideraciones más o menos fundadas al ser necesaria una prueba evidente del comportamiento anímico.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y, por tanto, la casación y anulación de la sentencia impugnada sin necesidad de examinar el resto de los motivos, dictándose otra por esta Sala en la que se absuelva al acusado del delito imputado.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación de su motivo segundo y sin entrar en el examen de los restantes, interpuesto por la representación del acusado **Marcial** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, de fecha 29 de octubre de 2.008, en causa seguida contra el mismo por delito de **prevaricación**. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **Diego Ramos Gancedo**

SEGUNDA SENTENCIA



En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Calatayud, con el nº 52 de 2.007, y seguida ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, por delito de **prevaricación** contra el acusado **Marcial**, mayor de edad, hijo de Pedro y de Carmen, nacido el día 29 de diciembre de 1956, natural de Calatayud y vecino de Alhama de Aragón, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 29 de octubre de 2.008, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Procede dar por reproducidos e incorporados al presente, los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos con todos los pronunciamientos favorables al acusado **Marcial** del delito continuado de **prevaricación** de los arts. 404 y 74 C.P. que le venía siendo imputado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.