

Roj: SAP O 1574/2016 - **ECLI:**ES:APO:2016:1574

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Oviedo

Sección: 2

Nº de Recurso: 341/2016

Nº de Resolución: 326/2016

Fecha de Resolución: 13/07/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: MARIA LUISA LLANEZA GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

C/ COMTE. CABALLERO S/N- 5ª PLANTA - 33005 - OVIEDO

Teléfono: 985.96.37.63-64-65

213100

N.I.G.: 33051 41 2 2013 0100819

APELACIÓN PROCTO. ABREVIADO 0 000341 /2016

Delito/falta. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Denunciante/querellante:

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

Contra:

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

SENTENCIA 326/16

rollo.- 341-16

PRESIDENTE.

ILMA. SRA. DOÑA MARÍA LUISA BARRIO BERNARDO RÚA

MAGISTRADOS

ILMO. SR. DON AGUSTÍN PEDRO LOBEJÓN MARTÍNEZ

ILMA. SRA. DOÑA MARÍA LUISA LLANEZA GARCÍA

En Oviedo, a trece de julio de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación por la Sección 2ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, los presentes autos de Juicio Oral seguidos con el nº 153/15 en el Juzgado de lo Penal nº 1 de Aviles (Rollo de Sala 341/16), en los que aparecen como apelantes: EL MINISTERIO FISCAL; y Edmundo, representado por el Procurador de los Tribunales don Benigno González González, bajo la dirección letrada de don Gabriel Domingo Giraudo Hernández; y como apelados: Hugo, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Crespo Rellán, bajo la dirección letrada de don César Collazos Sánchez; Octavio, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Crespo Rellán, bajo la dirección letrada de don Luis Carlos Albo García; y El Ayuntamiento de Cudillero, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Blanca Montas Cimadevilla, bajo la dirección letrada de doña María López-Castro Roiz; siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña MARÍA LUISA LLANEZA GARCÍA, procede dictar sentencia fundada en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Procedimiento Abreviado expresado de dicho Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en fecha 22-01-16 cuya parte dispositiva literalmente dice: "FALLO: Que debo absolver y absuelvo a los acusados Hugoy Octaviodel delito de prevaricación administrativa del que se les venía acusando, declarando de oficio las costas procesales generadas. Procede imponer a los testigos Soniy Antoniola multa de 500 euros a cada uno de ellos. A tal efecto incóese de forma inmediata oportuna pieza de multa a fin de requerir a los mismos para el abono de dicha multa".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpusieron en tiempo y forma recursos de apelación fundados en los motivos que en los correspondientes escritos se insertan y, tramitados con arreglo- a derecho se remitieron los autos a esta Audiencia donde, turnados a su Sección 2ª, se señaló para la celebración de la vista del recurso el día 28 de junio de 2016, conforme al régimen de señalamientos, con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- Se aceptan los antecedentes de Hecho de la sentencia impugnada y entre ellos la declaración de Hechos Probados, que se da aquí por reproducida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna el Ministerio Fiscal la sentencia que absolvió a los acusados Hugoy Octaviodel delito de prevaricación administrativa del que venían acusados, por error en la valoración de la prueba e infracción de precepto legal (art. 404 del C. Penal), por considerar que existió un delito de prevaricación administrativa en la medida que el Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Cudillero, de fecha 17 de septiembre de 2009, que acordó la incoación de un expediente disciplinario contra el Sargento, de la Policía Local y la suspensión cautelar de sus funciones, durante la tramitación del expediente, se sustenta en hechos que no acontecieron, y que a tal ilegalidad hay que unir la circunstancia de que el dictado de la misma se hizo por el Alcalde con conocimiento del carácter arbitrario e injusto de tal resolución, en tanto que conocía a la fecha de su dictado que los hechos mencionados en el Decreto no obedecían a la realidad. Por todo ello solicitó, en el acto de la vista, la revocación de la sentencia y la condena del acusado Hugocomo autor responsable de un delito de prevaricación administrativa delart. 404 del C. Penal, interesando la imposición de la

pena en su día solicitada al formular las conclusiones definitivas.

Por su parte la Acusación Particular, ejercida en nombre de Edmundo, solicitó igualmente la revocación de la sentencia absolutoria y la condena de ambos acusados como autores de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del C. Penal, con la imposición de las penas solicitadas en sus conclusiones elevadas a definitivas, así como la indemnización en la cuantía reclamada de 419.745 euros y la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Cudillero, invocando error de hecho en la valoración de la prueba.

Por las defensas de ambos acusados absueltos en la instancia, se solicitó la confirmación de la sentencia impugnada, planteando como cuestión previa la imposibilidad de dictar una sentencia condenatoria en la segunda instancia al no haberse practicado prueba ante el Tribunal de apelación, alegando que la revocación de la sentencia absolutoria dictada vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías y concretamente el derecho de defensa que exigiría la práctica de prueba en segunda instancia sometida a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, invocándose al efecto lo dispuesto en el artículo 792. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal que literalmente dispone que... "la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resulte absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiere sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el artículo 790.2 párrafo tercero...".

SEGUNDO.- La cuestión previa planteada por las defensas de ambos acusados no puede ser estimada en casos como el presente en el que la sentencia de apelación, aún cuando las acusaciones se han podido referir al error en la valoración probatoria, lo que en definitiva se sostiene es la errónea calificación jurídica de los hechos efectuada por la juzgadora de instancia y por ende la infracción de precepto legal, por inaplicación del art. 404 del C. Penal, lo que en este supuesto supone el respeto a los hechos declarados probados en la instancia.

En casos como el presente resulta reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que apoya el criterio de permitir la revocación de una sentencia absolutoria o la agravación de una sentencia condenatoria en los casos en los que el motivo de dicha revocación se refiera únicamente a la calificación jurídica de la conducta enjuiciada, sin alteración del relato fáctico. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional; Sala 2ª, S 7-9-2009, BOE 242/2009, de 7 de octubre de 2009, afirma que: es- sólida doctrina de este Tribunal,; originada en la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre., FFJJ 9 a 11, y perfilada posteriormente en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 2;64/2008, de 26 de mayo, FJ 3 115/2008, de 29 de septiembre, FJ 1;49/2009, de 23 de febrero, FJ 2;120/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2 a 4, y 132/2009, de 1 de junio, FJ 2), que del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) deriva la exigencia de que sólo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, puede valorar las pruebas personales. Así, ha de considerarse vulnerado aquel derecho cuando la Sentencia absolutoria de la primera instancia es revocada en apelación y sustituida por una condenatoria o, en otro caso, por una que agrava la situación del recurrente, en el supuesto de que hubiera sido ya condenado, y la última resolución se basara en una apreciación diferente de las declaraciones personales. Es decir, se veda la eventualidad de que el órgano de apelación condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o que empeore su situación si fue condenado., si para ello fija un nuevo relato de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas cuya práctica exige la inmediación del órgano

judicial resolvente, esto es, el examen directo y por sí mismo de las partes, de los testigos o de los peritos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

No obstante, ha de recordarse asimismo que la doctrina constitucional reseñada no resulta aplicable cuando el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia de instancia y la de apelación atañe estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que primariamente conoció de los mismos y que quedan inalterados en la segunda instancia, pues su subsunción típica no precisa de la intermediación judicial, sino que el órgano de apelación puede decidir sobre la- base de lo actuado (STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ. 5, reiterada en lasSSTC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 4;256/2007, de 17 de diciembre, FJ 2;124/2008, de 20 de octubre, FJ 2;34/2009, de 9 de febrero, FJ 4, de 18 de mayo, FJ 4).

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal. Constitucional número 153/2011 de fecha 17 de octubre de 2011. Por ello, no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del. Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo, empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia, no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma, de "garantías constitucionales... ."

Por consiguiente la revisión de la sentencia absolutoria y su conversión en condenatoria en la segunda instancia solo cabe en los casos en que se trate de una cuestión estrictamente, jurídica, lo que constituye, una labor de control de legalidad. En tal sentido, SSTS 462/2013 de 30 de mayo, 157/2013 24703, 325/2013, 309/2012 de 12 de abril 2012/78206, 536/2012 12/1353521020/2012. Del Tribunal Constitucional, la sentencia del Pleno de 31 de enero de 2013 y las en ella citadas..

TERCERO.- La sentencia de instancia declara probado que el acusado Hugo, en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Cudillero dictó en fecha 17/09/2009, un Decreto por el que acordó incoar un expediente disciplinario contra el sargento de la Policía Local, Edmundo, por la comisión de sendas infracciones muy graves de desobediencia a las instrucciones dadas por las autoridades, abandono del servicio y no hacerse cargo de las tareas o funciones encomendadas como jefe de servicio de la Policía Local, consistente en el traslado diario y dentro del horario de admisión, a la oficina de Correos local de la correspondencia oficial certificada del Ayuntamiento, por considerar que a resultas de dicho incumplimiento relativo al traslado de la correspondencia, se había perdido una subvención en cuantía aproximada de 99.000 euros de la Consejería de Medio Ambiente del Principado de Asturias, de cuya denegación tuvo conocimiento ese mismo día, por haberse presentado la solicitud relativa a dicha subvención fuera de plazo y acordó en el mismo Decreto la suspensión cautelar, de sus funciones al citado funcionario municipal durante la tramitación del expediente disciplinario.

Igualmente se declara probado, y así consta en la documental aportada, que en fecha de 20/04/2010 el acusado, Hugo, en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Cudillero, dictó resolución sancionadora tras la tramitación del correspondiente expediente disciplinario contra, el..citado oficial de la. Policía Local, en base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución elaborada por e l instructor del expediente, el también, acusado y concejal del Ayuntamiento de Cudillero, Octavio, resolución en la que se le impuso la sanción de separación del servicio por la comisión de tres faltas muy graves de desobediencia a las instrucciones emanadas de la autoridad, abandono de servicio, y por el incumplimiento voluntario de las funciones y tareas encomendadas.

En los; hechos probados de la sentencia impugnada se relata que al día siguiente de la fecha del Decreto acordando la suspensión cautelar del sargento de la policía local en sus funciones, el 18/9/09 se redactó por la Secretaria Municipal una reclamación previa dirigida a la Consejería de Medio Ambiente del Principado de Asturias, en la que se alegaba por parte del Ayuntamiento, que la solicitud de subvención había sido presentada dentro del plazo.

Por último, en el antecedente de hechos probados de la sentencia apelada se recoge que el Decreto de Alcaldía antes citado, fue anulado por desproporcionado y contrario a Derecho por el juzgado de lo Contencioso-Administrativo numero 4 de Oviedo, en sentencia de fecha 23/02/2010, resolución confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en sentencia de 30/11/2010, así como que la resolución sancionadora del Alcalde de fecha 20/04/2010 fue también anulada por al Jurisdicción Contenciosa Administrativa en virtud de sentencia de fecha 10/05/2011.

La sentencia apelada en su fundamentación jurídica, después de analizar la ilegalidad manifiesta de ambas resoluciones dictadas en vía administrativa, reproduciendo fragmentos -de los fundamentos jurídicos de las sentencias dictadas por la jurisdicción Contencioso-Administrativa que anularon ambas resoluciones de la Alcaldía, concluye que existe una duda razonable acerca de si el Alcalde, al acordar la incoación del expediente disciplinario pudo actuar en la creencia de que la solicitud de subvención formulada por el Ayuntamiento había sido presentada fuera del plazo establecido, de lo que consideraba responsable al Sargento de la Policía local, al desconocer el informe elaborado por la Jefa del Servicio de la Consejería de Medio ambiente de fecha 5/10/2009, folio 740, en el que se daba respuesta a la reclamación previa formulada por el Ayuntamiento de Cudillero, aceptando las alegaciones y motivos invocados por el Ayuntamiento y se concluía, a la vista de la documentación aportada y en especial el certificado del Director de la oficina de Correos de Cudillero, que la solicitud de subvención del Ayuntamiento había sido presentada dentro del plazo en fecha, de 11 de junio de 2009, ultimo día del plazo establecido habiendo tenido entrada en el registro de la Consejería el 12 de junio de 2009.

CUARTO- El Tribunal no comparte, la argumentación que exonera de culpa penal al acusado Hugo, por entonces Alcalde del Ayuntamiento de Cudillero, ya que como se, razona, en la sentencia recurrida y, se recoge en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo de fecha 10/5/11, folios 226-y ss. que anuló la sanción impuesta de separación del servicio, llama la atención que el mismo día y antes de que él acusado dictara el Decreto acordando incoar expediente disciplinario y adoptando la medida cautelar de suspensión de funciones al oficial de la Policía Local el acusado fue informado, por la Sra. Secretaria del Ayuntamiento, de que se trataba de un error de la Consejería, la inadmisión de la solicitud de subvención, y que tal solicitud o había sido presentada dentro del plazo, por lo que entendía y así se

lo comunicó al Alcalde que no había motivo alguno para abrir un expediente disciplinario contra el sargento de la Policía Local, y de hecho rehusó actuar como Secretaria en dicho expediente.

Así mismo consta que al siguiente día 18/09/2009, se elaboró por la Secretaria Municipal con el visto bueno del Alcalde. una reclamación previa contra la denegación de la solicitud de subvención dirigida a la Consejería de Medio Ambiente, firmada por orden del Alcalde por el Concejal de Medio Ambiente, del Ayuntamiento de Cudillero, en la que el Ayuntamiento sostenía que la solicitud de subvención se había presentado dentro del plazo establecido como después se comprobó.

La sentencia firme de fecha 23/2/10 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Oviedo, que anuló el Decreto de la Alcaldía, en el que se imponía la suspensión cautelar de funciones, señala que llama la atención que en lugar, de la suspensión no se acordara encomendar a cualquier otro funcionario, o grupo de funcionarios, que se responsabilizaran., aun temporalmente, del traslado del correo municipal o de supervisar la función que correspondía al funcionario expedientado, que durante el periodo en que se mantuvo en vigor la medida de suspensión se vio privado, además de sus funciones, de una parte de sus retribuciones, ya que tan sólo tenía derecho a percibir las prestaciones básicas y prestaciones familiares por hijo a su cargo.

De lo expuesto en la propia sentencia de Instancia se extrae la conclusión de que el funcionario expedientado, fue totalmente ajeno a la alegada pérdida de la mencionada subvención supuestamente por no haber trasladado el correo puntualmente, lo que significa que no existió ningún motivo real para la incoación del expediente disciplinario, siendo un elemento valorativo esencial el contexto de enfrentamiento personal en el que se produjeron las decisiones enjuiciadas.

Como argumenta el Ministerio Fiscal el. Decreto del Alcalde que acordó la incoación del expediente disciplinario contra el sargento; de la Policía Local, se sustenta en hechos que no acontecieron y fue dictado con conocimiento del carácter arbitrario e injusto de tal resolución que culminó con la imposición de la sanción de carácter mas grave de separación del servicio, ya que previamente había sido advertido por la Secretaria del Ayuntamiento de la inexistencia de causa legal que amparara tal actuación.

Por tanto la conducta del funcionario expedientado en ningún caso fue la causa de la denegación o pérdida de subvención argumento que fue utilizado como pretexto para lograr apartar al mismo de su destino. Máxime al no constar acreditado ningún, acto expreso de desobediencia, por parte del funcionario expedientado, ni la existencia, de requerimientos previos u órdenes expresas dirigidas al mismo relacionadas con las tareas encomendadas sobre el traslado del correo municipal. El hecho de que el día 17/9/2009, el correo municipal se, encontrara a las 14,15 h en la bandeja de salida, sin enviar a la oficina de correos, a lo que hace alusión la sentencia recurrida y se acreditó documentalmente, carece de suficiente relevancia, tratándose de un hecho puntual justificado por una serie de circunstancias que concurrieron en dicha fecha como pone de manifiesto el, Ministerio Fiscal, a pesar de lo cual la Autoridad Municipal, desoyendo el informe de la Secretaria Municipal persistió en su actitud y lejos de enmendar la injusticia de la resolución dictada con carácter cautelar, dictó la resolución sancionadora en fecha 20/04/2010, con el contenido que consta en la documental aportada imponiéndole, la sanción más grave de separación del servicio.

QUINTO.- A la vista de lo hasta aquí expuesto los hechos descritos y declarados probados y son constitutivos, respecto del acusado Hugo, de un delito de prevaricación, administrativa, previsto, y penado en el artículo 404 del Código penal, en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos, que sanciona a la autoridad o funcionario público que a sabiendas de su injusticia dictare una resolución, arbitraria en un asunto administrativo.

Como señala la STS 18/2014, 23 de enero, con citación de otras muchas, el delito, de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública, desacuerdo, con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a, los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación 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. El delito de prevaricación por otro lado, no trata de sustituir a la jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho., sino de sancionar supuestos-límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública, se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio, de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona.

Asimismo, una Jurisprudencia reiterada de esta Sala -STS 1021/2013, de.-26 de noviembre 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente 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.

Estas exigencias jurisprudenciales concurren en el presente caso, al haber incurrido el acusado en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Cudillero, en un ejercicio arbitrario del poder, actuando, a sabiendas de su injusticia, pese haber sido advertido, como consta documentalmente por la Secretaria Municipal de que la incoación de expediente disciplinario contra el oficial de la Policía Local carecía de causa justificada, guiado por la intención de apartar a dicho funcionario municipal de su destino, unido a la ilegalidad patente del Decreto de 17/9/09 y de la resolución sancionadora de 20/4/10, como se puso de manifiesto en las sentencias dictadas por los juzgados de lo Contencioso Administrativo que anularon tales resoluciones, que representan una contradicción con el ordenamiento jurídico patente, evidente, flagrante y clamorosa.

SEXTO.- Siendo responsable en concepto de autor el acusado Hugo, por su participación directa, material y voluntaria en los hechos, a tenor de dispuesto en el art. 28 del C. Penal, sin que concurren en el acusado circunstancias modificativas de la

responsabilidad criminal, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1 del Código Penal siendo la pena prevista para el delito, según la redacción vigente a la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años procede imponer la pena de siete años de inhabilitación especial en la extensión mínima legalmente prevista.

Conforme el art. 42 del C. Penal, la inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayese, así como la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. Dicho artículo preceptúa que en la sentencia habrán de especificarse los empleos o cargos públicos sobre los que recae la inhabilitación, debiendo la expresión "del mismo u otros análogos" entenderse en ese sentido restrictivo y no omnicompreensivo (SSTS 2017/93, de 18 de octubre y 738/97, de 6 de junio), y referirse a aquéllos que tengan un similar contenido del que es objeto de privación (STS de 20.04.95), por lo que en el presente caso, visto que el delito cometido por el acusado lo fue en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Cudillero, la pena de inhabilitación impuesta al condenado ha de conllevar la prohibición de desempeñar cargos de naturaleza electiva y ámbito local que implique una participación en el Gobierno Municipal.

SÉPTIMO.- Respecto de la responsabilidad civil ex delicto la acusación particular en nombre de Edmundo solicita ser indemnizado en la cantidad de 419.745 euros por daños morales, una vez deducida por dicha representación la suma de 80.255 euros, que se reclamaban en principio en su escrito de acusación por salarios y retribuciones dejados de percibir, que ya han sido reintegrados al perjudicado.

En relación a los daños: morales reclamados, debe resaltarse, que se trata de un concepto relativo y forzosamente impreciso. (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1991, 3y22 de noviembre de 1993, 26 de septiembre de 1994 y 28 de abril, de 1995, y de 5 de octubre de 1998 esta última de la sala 1ª). La indemnización de los daños morales por su propia naturaleza, carece de la posibilidad de una determinación precisa; no puede calcularse sobre la base de criterios predeterminados más o menos cognoscibles, como los que corresponden a los daños materiales, en los que existen una serie de referencias objetivas, como son los gastos de reparación, de reposición, los intereses o el lucro cesante, entre otros. El daño moral, por el contrario, sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, y atendiendo especialmente a la naturaleza y gravedad del hecho, atemperando las demandas de los interesados a la realidad socio-económica de cada momento histórico.

La jurisprudencia ha precisado que si los daños morales pueden tener un equivalente económico, éste tiene que responder a un cifrado de cierta objetividad razonada, con una mínima base probatoria (Sentencias de 9 de marzo y 19 de diciembre de 1992 y 5 de mayo de 1998). Ahora bien, no necesitan prueba cuando se infieren inequívocamente de los hechos y basta la determinación del hecho delictivo para poderlos apreciar como consecuencia natural (Sentencias de 7 de julio de 1992, 2 de diciembre de 1994, 5 de mayo de 1998, 31 de octubre de 2000, 29 de enero y 30 de junio de 2005).

Así ocurre en este supuesto, en cuanto la víctima se vio sometida a una situación de presión de orden económico y personal, incluso mediante el cuestionamiento público de su labor profesional, máxime al haberse desarrollado los hechos en el pueblo en el que residía junto con su familia, por lo que necesariamente

los hechos han tenido una trascendencia pública entre los vecinos de la población, incidiendo la incoación del expediente disciplinario con al inmediata suspensión del empleo, directa e inequívocamente en el prestigio personal y profesional del perjudicado, que desde la fecha del Decreto de 17/9/09 fue suspendido de empleo y desde mayo de 2010 tras la resolución sancionadora hasta el 2 de julio de 2012, fecha en la que fue reintegrado, sufrió la suspensión de empleo y sueldo, hechos por sí mismos generadores de un evidente daño moral, alegando la acusación particular que esta situación provocó en el perjudicado problemas de salud por las que precisó tratamiento psicológico, extremo este que no ha sido acreditado; no obstante no desvirtúa la realidad del daño antijurídico derivado de los hechos enjuiciados. En consecuencia la conjunción de estas circunstancias lleva a acordar por este concepto la cantidad de 9.000 euros, moderando la cifra exorbitada solicitada pro la acusación particular.

OCTAVO.- -Procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Cudillero a tenor de lo dispuesto en el art. 1.21 del Código Penal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia ha venido sosteniendo una interpretación crecientemente objetiva, con la intención de que en el área de las consecuencias económicas que puedan, derivarse, de una acción criminal, se eviten, a los perjudicados, situaciones de desamparo, producidas por la circunstancia de la insolvencia total o parcial de los directamente responsables. Se han abandonado los criterios clásicos de la culpa "in eligendo" e "in vigilando", con fortalecimiento correlativo del principio de creación del riesgo.

La aplicación del precepto citado exige la concurrencia de los siguiente requisitos:

a) que exista una relación entre el autor de la infracción penal y la persona contra la que se dirige la efectividad de la responsabilidad civil, caracterizada por la nota de dependencia, sin que dicha relación deba tener un carácter jurídico concreto, ni precise necesariamente la producción de un beneficio en el responsable civil subsidiario. Así, puede ser labora o no, gratuita o remunerada, permanente o transitoria; en definitiva, el sujeto activo de la infracción penal ha de ser potencialmente sometido a la posible intervención del responsable civil subsidiario como dueño de la situación, que podrá dictar órdenes o instrucciones. Por consiguiente, el vínculo necesario entre el sujeto activo del delito y la persona o entidad subsidiariamente responsable resulta notablemente extenso, y además favorecido por la aplicabilidad de un criterio analógico, que si está proscrito en el ámbito punitivo, es admisible en el que las reparaciones civiles. El art. 22 del Código Penal aplicado es de naturaleza civil, pese a su localización den dicho texto legal.

b) que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de la relación de servicio que comprende la función; y ello aunque se trate de un desarrollo anormal de las actividades encomendadas, bastando que pertenezca a su ámbito propio de actuación.

Desde un punto de vista práctico, la objetivación de la responsabilidad en esta materia lleva a la conclusión de que los supuestos de una relación de dependencia en los amplios términos descritos, concurre una presunción legal de culpa, que no admite prueba en contrario. No cabe exoneración mediante la acreditación de que se ha desplegado la diligencia necesaria.

NOVENO.- En lo que se refiere al coacusado también absuelto a la instancia,

Octavio, Concejal en la fecha de autos del Ayuntamiento de Cudillero, que fue nombrado por el Alcalde, instructor del expediente disciplinario seguido contra el sargento de la Policía Local, al que la acusación particular estima que actuó como cooperador necesario en el delito de prevaricación, a las ordenes del Alcalde. La sentencia de instancia declara probado que dicho acusado adoptó decisiones a lo largo del procedimiento disciplinario que no constituyen acto administrativo alguno. No obstante de acuerdo con la Jurisprudencia de la Sala 2ª del TS y como recuerda la STS 627/2006 que cita la anterior de 22 de septiembre de 1993:

"..... Por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos.

En el mismo sentido, STS num. 460/2002, STS num. 647/2002 y STS num. 406/2004. La STS num. 48/2011 cita la num. 939/2003, en la que se decía: 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 el término ejecutivo una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el "thema decidendi". Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezca en absoluto 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...". En el mismo sentido, STS 429/2012 de 21 de mayo.

En el presente caso la propuesta sancionadora suscrita por el instructor del expediente disciplinario no es un acto de mero trámite, sino una resolución de fondo, sin perjuicio de que fuera finalmente asumida por la autoridad a la que le competía la resolución definitiva, en este caso al Alcalde del Ayuntamiento, por lo que pudo tratarse de una resolución prevaricadora, por el apartamiento absoluto del principio de legalidad y la inobservancia de las más elementales normas y garantías del procedimiento administrativo disciplinario.

No obstante la sentencia de instancia estima que no consta que el citado acusado, Octavio, haya actuado "a sabiendas" de su injusticia, al haberse acreditado que el mismo fue asesorado a lo largo de todo el procedimiento por el despacho de abogados Proley con el que el Ayuntamiento había contratado el servicio jurídico externo, y que fue este despacho y en concreto el letrado Sr. Núñez Seoane, el que redactó y elaboró el pliego de cargos y la propuesta sancionadora, sin que dicho acusado Octavio participara en modo alguno en su redacción; haciendo constar que el citado acusado carecía de formación jurídica alguna, lo que puede explicar en parte las graves irregularidades procedimentales en las que incurrió en la tramitación del procedimiento disciplinario, tales como no permitir que el investigado declarase con asistencia letrada, rechazo de pruebas propuestas, etc., cuya nulidad fue declarada por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, (folios 226 y ss obra testimonio de

la sentencia firme de fecha 10 de mayo de 2011), del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Oviedo, en la que se analiza la vulneración en este caso de las garantías exigibles en todo procedimiento disciplinario, y la situación de indefensión creada en el expedientado, más aun al haberse impuesto la sanción más grave de separación del servicio, por lo que la legalidad debía haber sido observada con especial rigor.

Por tanto, con relación a dicho acusado instructor del expediente disciplinario Octavio, procede confirmar el pronunciamiento absolutorio, al no constar que el mismo actuara a sabiendas de su injusticia, que constituye el elemento subjetivo del tipo penal necesario para la existencia del delito, razonándose en la sentencia de instancia que no existe base probatoria para apreciar que el acusado instructor del expediente disciplinario, actuara bajo las ordenes o instrucciones del Alcalde ni en connivencia con el mismo.

DÉCIMO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 123 y 124 del Código Penal en relación con los arts. 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer al culpable Hugola mitad de las costas procesales de primera instancia, declarándose de oficio las de este trámite.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes y demás aplicables

FALLAMOS:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Edmundo contra la sentencia recaída en el Procedimiento Abreviado nº 153/15 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Aviles, de que dimana el presente Rollo debemos revocar y revocamos la misma y en su lugar CONDENAMOS a Hugo, como autor responsable de un delito de prevaricación administrativa, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de naturaleza electiva y de ámbito local por tiempo de siete años, y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Edmundo, en la cantidad de 9.000 euros en concepto de daños morales, incrementada en sus intereses legales hasta el completo pago. Declarándose la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Cudillero. Confirmando dicha resolución en los restantes pronunciamientos.

Imponiéndole la mitad de las costas causadas en primera instancia, declarando de oficio la otra mitad, así como las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue leída y publicada en Audiencia Pública por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente al día siguiente de su fecha, de lo que doy fe.