



Roj: **SAP OU 788/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:788**

Id Cendoj: **32054370022015100406**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **2**

Fecha: **19/11/2015**

Nº de Recurso: **823/2015**

Nº de Resolución: **413/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **AMPARO LOMO DEL OLMO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00413/2015**

PZA. CONCEPCION ARENAL, 1

Teléfono: 988687072/988687068

213100

N.I.G.: 32032 41 2 2010 0100293

**APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000823 /2015**

Delito/falta: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Recurrentes: Jacinto , FISCALIA PROVINCIAL DE OURENSE

Procurador/a: D/Dª JACQUELINE RODRIGUEZ DIAZ

Abogado/a: D/Dª ALFONSO GRANDE PEREZ

Recurrido: Romualdo

Procurador/a: D/Dª LINO FERNANDEZ PEREZ

Abogado/a: D/Dª JOSE ARCOS ALVAREZ

Juzgado procedencia: XDO. DO PENAL N.2 de OURENSE

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000025 /2014

**SENTENCIA Nº 413/15**

=====

**ILMOS/AS. SRES./SRAS.:**

**Presidente/a:**

**D./DÑA. ANTONIO PIÑA ALONSO.**

**Magistrados/as.:**

**D./DÑA. AMPARO LOMO DEL OLMO.**

**Dª. MARIA DE LOS ANGELES LAMAS MENDEZ.**

=====

En OURENSE, a diecinueve de Noviembre de dos mil quince.



VISTO, por esta Sección 002 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, Rollo Apelación Procedimiento Abreviado nº 823/2015 el recurso de apelación interpuesto por el/a Procurador/a D<sup>a</sup>. JACQUELINE RODRIGUEZ DIAZ, en representación de **Jacinto** asistida del Letrado D. ALFONSO GRANDE PÉREZ, contra la Sentencia dictada en el procedimiento PA: 0000025/2014 sobre **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA** del JDO. DE LO PENAL Nº: 002; habiendo sido parte en él, como apelante el mencionado, acusado, el **MINISTERIO FISCAL**, en la representación que le es propia, adherido, y como apelado **Romualdo**, representado por el Procurador D. LINO FERNANDEZ PEREZ y asistido del Letrado D. JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ, actuando como **Ponente** el/la Magistrado/a Ilmo/a. Sr./a. D<sup>a</sup>. **AMPARO LOMO DEL OLMO**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha veintiséis de Junio de dos mil quince, cuya **Parte Dispositiva** es del tenor literal siguiente: "Fallo Que debo condenar y condeno al acusado D. Jacinto como autor penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación administrativa, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, así como al pago de las costas procesales." .

Y como **Hechos Probados** expresamente se recogen los de la sentencia apelada: "El acusado D. Jacinto, mayor de edad y sin antecedentes penales, durante el año 2007, en su condición de Alcalde Presidente del Concello de Rairiz de Veiga, y en la gestión de los asuntos diarios, procedió a dictar resoluciones de Alcaldía con conocimiento de su ilegalidad y a sabiendas, en diversas materias de competencia del acusado. Así, en materia de contratos de obra, gestión de servicios públicos y de suministros, a pesar de conocer el Alcalde los informes de reparo y las advertencias de ilegalidad que le hacía la Secretaria-Interventora del Concello, a pesar de constarle y conocer la necesidad de seguir el procedimiento legalmente establecido para dictar las resoluciones de la Alcaldía, dictó los siguientes Decretos que constituyen actos administrativos que resolvían contratos de obras, gestión de servicios públicos y de suministros con ausencia absoluta de procedimiento: Decretos de fechas 30/10/2007, 18/12/2007, 18/12/2007 y 27/12/2007.

También en materia de subvenciones y en contrataciones de personal se dictaron por parte del acusado resoluciones de alcaldía prescindiendo total y absolutamente del procedimiento con conocimiento y a sabiendas de su ilegalidad, todo ello por las advertencias de ilegalidad que la Secretaria Interventora le hizo al Alcalde. Así dictó las siguientes resoluciones afectas por previos informes de reparo que levantó el acusado: Decretos 05/03/2007, 12/03/2007, 12/03/2007, 15/03/2007, 10/04/2007, 28/04/2007, 12/05/2007, 01/06/2007, 08/06/2007, 29/06/2007, 29/06/2007, 24/07/2007, 13/09/2007, 31/07/2007, 31/07/2007, 16/08/2007, 01/09/2007, 01/09/2007, 10/09/2007, 10/09/2007, 10/09/2007, 09/10/2007, 10/10/2007, 16/10/2007, 25/10/2007, 29/10/2007, 29/10/2007, 12/11/2007, 22/11/2007, 30/11/2007, 30/11/2007, 28/12/2007.

Así se pone de manifiesto en el informe emitido por la Secretaria Interventora del Concello de fecha 11 de noviembre de 2008. Ni siquiera en materia de contratación de personal laboral temporal se observó el básico principio de publicidad a pesar de ser preceptivo según lo conocía el acusado, evitando que pudieran concurrir a dichas plazas y puestos de trabajo cualquier persona con derecho a ello con los lógicos perjuicios a terceros y a la colectividad por la falta de publicidad de los procesos públicos de selección y de concurrencia competitiva."

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

**TERCERO.-** Dado traslado del escrito de formalización del recurso a las partes, se presentaron escritos de adhesión por el MINISTERIO FISCAL y de impugnación por la representación procesal de Romualdo en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

**CUARTO.-** Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y recibidos que fueron, sin la celebración de vista, se señaló día para deliberación, que tuvo lugar el **29 de Octubre** del corriente.

## HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS



**PRIMERO.-** Frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 2 de Orense, por la que se condena al acusado, Jacinto , como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal , se formula por su representación procesal recurso de apelación, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, interesando la revocación de la misma.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo al fondo del asunto sometido a apelación, debe examinarse la cuestión planteada por el recurrente, relativa a la imposibilidad de la apertura del juicio oral, por aplicación de lo establecido en el artículo 782 de la Lecr ., habida cuenta que únicamente se formuló acusación por la acusación popular.

Invoca al efecto el recurrente la interpretación que de tal precepto realiza la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de diciembre de 2007 .

Sobre la cuestión, cabe hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2010 , que alude a "la existencia de una doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 782 de la ley procesal que se encuentra desarrollada, y explicada, en las SSTs 1045/2007 y 54/2008 a las que nos remitimos. Esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción en los términos anteriormente señalados. La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular , cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral ( STS 54/2008 ).

Y, lejos de tratarse de una sentencia puntual, cabe aludir, así mismo, a la dictada por el alto Tribunal, de fecha 29 de enero de 2015 , que viene a determinar: " la doctrina que inspira dicha Sentencia -en alusión a la de fecha 17 de diciembre de 2007 - centra su thema decidendi en la legitimidad constitucional de una interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. En ese sentido, se destaca que este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico. De ese modo se señala que esta conclusión se obtiene no ya del tenor literal del art. 782.1 Lecrim , sino del significado mismo del proceso penal, ya que éste se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por la acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal."

En nuestro caso, y, compartiendo íntegramente el criterio del Juzgador y con arreglo a la jurisprudencia expuesta, sí cabe entender correctamente abierto el juicio oral a instancias de la acusación popular, atendido el carácter del delito objeto de enjuiciamiento -prevaricación-, y la naturaleza del bien jurídico protegido en el mismo.

**TERCERO.-** En materia de fondo, fundamenta el apelante el recurso planteado en la atipicidad de la conducta enjuiciada, por entender que falta el elemento subjetivo del injusto. Se asume, en cualquier caso, y no resulta cuestionada, la realidad de las irregularidades administrativas que integran el relato fáctico de la resolución impugnada, irregularidades que entiende susceptibles de corrección a través de los recursos ordinarios, y en cuyo dictado que no concurriría el dolo que el tipo precisa.

Como señala, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2013 "Es cierto que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues el derecho constitucional a la presunción de inocencia no permite que ninguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado ( SSTC 127/1990 de 5 de julio ; 87/2001 de 2 de abril ; 233/2005 de 26 de septiembre ; 267/2005 de 24 de octubre ; 8/2006 de 16 de enero y 92/2006 de 27 de marzo , entre otras). Pero también lo es que los elementos subjetivos sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente a partir de los datos objetivos, de tal modo que el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción debe inferirse de un conjunto de datos objetivos que revelen el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada



motivadamente en la resolución judicial ( SSTC 91/1999 de 26 de mayo ; 267/2005 de 24 de octubre ; 8/2006 de 16 de enero ).

En nuestro caso, y sentado que el acusado durante el año 2007 procedió a dictar las resoluciones que obran reflejadas en el relato de hechos probados con ausencia absoluta de procedimiento, razona debidamente el Juzgador los datos de carácter objetivo que llevan a inferir la concurrencia en tal proceder del cuestionado elemento subjetivo, estos es, la conciencia de la ilegalidad de las mismas. Y cabe compartir íntegramente tales razonamientos, basados no sólo en la propia declaración del acusado, que excusa su actuación en su propio parecer, sino en la existencia de los reiterados reparos de la Sra. Secretaria del Ayuntamiento, recogidos en los informes emitidos por la misma y en los que constaban las normas aplicables, los trámites que se estaban obviando y las consecuencias de ello, reparos de los que el acusado era perfecto conocedor y a los que hizo caso omiso.

Y poco cabe añadir a los acertados razonamientos expuestos en la resolución impugnada, tanto en lo que respecta a la concurrencia de los elementos de carácter objetivo que integran el tipo, no cuestionados, como al carácter continuado del delito, a lo que nada se objeta, y al subjetivo del injusto, según lo ya expuesto.

Debe recordarse, como ya se hace en sentencia, la Jurisprudencia de la Sala II, por todas, STS de 2 de abril de 2003 , que exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no solo 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, 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 se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un 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.

Circunstancias éstas que concurren en el supuesto sometido a apelación, al dictar el acusado las resoluciones con omisión de los procedimientos legalmente establecidos, circunstancia de la que era conocedor a tenor de los reparos informados por la Secretaria Interventora.

Ello debe llevar a la íntegra confirmación de la resolución impugnada, con rechazo del presente recurso.

**CUARTO.-** No se hace especial pronunciamiento de las costas causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Lecr .

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

En atención a lo expuesto:

## FALLAMOS

Se **desestima** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado, Jacinto , al que se adhirió el Ministerio Fiscal, frente a la sentencia dictada con fecha 26 de junio de 201514 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Orense, en los autos de juicio oral nº 25/2014, que se confirma íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en la alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella NO CABE INTERPONER RECURSO ALGUNO.

Expídanse sendos testimonios de esta resolución para su unión al rollo de Sala de su razón y a los autos originales que se remitirá con los mismos al Juzgado de procedencia para su cumplimiento y ejecución; y, verificado, archívese el rollo de apelación dejando nota.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.