

Roj: SAP O 3499/2016 - **ECLI:**ES:APO:2016:3499

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Oviedo

Sección: 3

Nº de Recurso: 784/2016

Nº de Resolución: 535/2016

Fecha de Resolución: 30/12/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ SANTOCILDES

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 3 OVIEDO

SENTENCIA: 00535/2016

COMANDANTE CABALLERO, 3

Teléfono: 985968771/8772/8773

213100

NIG. 33051 41 2 2013 0100696

APELACIÓN PROCTO. ABREVIADO 0000784 /2016

Delito/falta: TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Denunciante/querellante: Marisa, FORO DE CIUDADANOS (FAC)

Procurador/a: D/Dª CARMEN MARÍA LÓPEZ ALVAREZ, MARÍA JESÚS CRESPO
RELLAN

Abogado/a: D/Dª PEDRO RAMÓN GORRIZ CARRASCO, JUAN CARLOS
FERNANDEZ GONZÁLEZ

Contra: MINISTERIO FISCAL, Carlos Jesús

Procurador/a: D/Dª ANA DIEZ DE TEJADA ALVAREZ

Abogado/a: D/Dª. ÁNGEL LUIS BERNAL CASTILLO

SENTENCIA Nº 535/16

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

D./DÑA. JAVIER DOMÍNGUEZ BEGEGA

Magistrados/as

D./DÑA. FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ SANTOCILDES

D./DÑA. FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS

En OVIEDO, a treinta de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistas, en grado de apelación, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, las diligencias de Juicio Oral nº 10/16, procedentes del Juzgado de lo Penal nº 1 de Aviles, (Rollo de Apelación nº 784/16), sobre delito de PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA, siendo partes apelantes Marisa, cuyas demás circunstancias personales constan en las Diligencias, representado en el recurso por el Procurador Sr./Sra. López Álvarez, bajo la dirección del Letrado Sr./Sra. Trapiello Rodríguez, y FORO DE CIUDADANOS representado en el recurso por el Procurador Sr./Sra. Crespo Rellán, bajo la dirección del Letrado Sr./Sra. Fernández González, siendo apelado, Carlos Jesús, representado por el Procurador Sr./Sra. Díez de Tejada Álvarez, bajo la dirección del Letrado Sr./Sra. Bernal Castillo, siendo parte el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ SANTOCILDES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal Nº 1 de Aviles se dictó sentencia en las referidas diligencias de fecha 29 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva dice:

FALLO: "ABSUELVO a don Carlos Jesús de los delitos de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos en grado de tentativa y tráfico de influencias que habla sido acusado. Declaro de oficio las costas causadas en esta instancia".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la representación de la acusación particular recurso de apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y remitido el asunto a esta Audiencia y repartido a esta Sección Tercera, se registró con el Rollo de Apelación nº 784/16, se celebró la vista prevenida en la Ley, pasando para resolver al Ponente que expresa el parecer de la Sala.

TERCERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia apelada.

No se aceptan los hechos probados, que se sustituyen por los siguientes:

En fecha 9 de enero de 2013 la entidades ZAFERCO XXI SL Unipersonal y CAST INFO SA. otorgaron un contrato de arrendamiento financiero por virtud del cual aquélla adquiriría a esta en ese régimen un total de 14 parquímetros modelo STRADA Neops Básico, siendo la duración del contrato de 24 meses a partir de febrero de 2013 con un precio mensual de 2.733,41 euros más IVA. Al otorgamiento acudió asimismo el acusado Carlos Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, en representación del Ayuntamiento de Pravia del que era Alcalde, suscribiendo el contrato en dicha representación en calidad de avalista de la entidad arrendataria. No existió acuerdo plenario acordando suscribir el contrato, no se tramitó expediente administrativo alguno ni hubo fiscalización de la operación. En el mes de mayo de 2013, como quiera que la sociedad arrendataria había dejado impagadas varias cuotas, la entidad Banco de Santander que en febrero de 2013 se había subrogado en la posición de la

arrendadora se dirigió verbalmente al Ayuntamiento poniendo de manifiesto el impago. Fue entonces cuando el acusado comunicó al Interventor, a la Secretaria municipal y a los Concejales que había suscrito el contrato. Tras ello el acusado abonó las mensualidades devengadas que pendían de pago y otras que se fueron devengando en meses subsiguientes. En el mes de noviembre de 2013 la entidad MERNES SLU. se subrogó en la posición de ZAFERCO XXI y canceló la totalidad de la deuda que por entonces ascendía a 42.400,95 euros más 1 euro de valor residual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Foro de Ciudadanos y Marisacontra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés en la causa de referencia solicitan, con carácter subsidiario a la pretensión anulatoria del juicio y de la sentencia ya rechazada en nuestro Auto de 18 de noviembre de 2016, que D. Carlos Jesús sea condenado como autor de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, entendiendo los apelantes que el acusado incurrió en dicha infracción penal al otorgar en calidad de avalista en representación del Ayuntamiento el contrato de arrendamiento financiero que obra a folios 312 y ss de las actuaciones.

Tal pretensión condenatoria ha de ser acogida pues, en efecto, los hechos que resultan de la prueba practicada aglutinan todos los requisitos que configuran dicha infracción penal y que según reiterada jurisprudencia son los siguientes: en primer lugar la existencia de una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que dicha resolución sea objetivamente contraria a Derecho, esto es, 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 explicarse con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar que se ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario con conocimiento de actuar contra Derecho.

De tales requisitos la defensa del acusado ha centrado buena parte de su planteamiento exculpativo en el primero de ellos referido a la existencia de una resolución administrativa, sosteniendo la defensa que no hubo tal resolución porque la intervención del acusado en el contrato de autos fue en su propio nombre, a título particular y al margen de su condición de Alcalde de Pravia. Este planteamiento defensivo fue acogido -más bien no descartado- en la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado de lo Penal, lo que dio lugar al fallo absolutorio que es objeto de recurso. Por nuestra parte discrepamos de esa conclusión a que llegó el Magistrado de instancia y, al objeto de razonar nuestra posición, es oportuno hacer una somera referencia a lo que ha de entenderse por resolución administrativa a estos efectos.

La jurisprudencia viene manteniendo desde antiguo que dentro del concepto de resolución administrativa previsto en el artículo 404 del CP tiene cabida cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva. Este concepto ha permanecido invariable en las últimas décadas y

así lo encontramos reflejado en laSTS de 21 de febrero de 1994que insiste en que el concepto de resolución administrativa no está sujeto a un rígido esquema formal admitiendo incluso la existencia de actos verbales sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario, o, más recientemente, laSTS 16 de junio de 2016, que reitera que el concepto de resolución administrativa "no debe ser interpretado de manera rígida, como ha señalado repetidamente nuestra jurisprudencia que incluso ha admitido resoluciones verbales". Concepto este que es también el que tuvo en cuenta el Auto de la Sección 2ª de 25 de julio de 2014 al reaperturar las presentes diligencias, recordando con cita de laSTS 787/2013 de 23 de octubreque "por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno". Y en línea con esta conceptualización, el segundo de los informes jurídicos aportados por la defensa (folio 376) admite, como no podía ser de otro modo, que la jurisprudencia del TS relativa al delito de prevaricación "no exige que el objeto de la resolución esté regido por el derecho administrativo o constituya en sentido estricto un acto administrativo".

En el presente caso la prueba practicada no deja opción a la duda en cuanto a que el acusado, al suscribir el contrato de arrendamiento financiero como avalista de la entidad ZAFERCO XXI SL. no actuó en su propio nombre, a título particular, sino representando al Ayuntamiento de Pravia, localidad de la que era Alcalde, consistiendo la resolución administrativa a los efectos del artículo 404 CPen la decisión del acusado de suscribir el contrato en tal representación, decisión que quedó exteriorizada en la suscripción material del documento. Así, en efecto, siendo función del Alcalde según el artículo 41.1 del RD 2568/1986por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales representar al Ayuntamiento, cosa que se recoge igualmente en el artículo 21.1 b Ley 7/85 de Bases de Régimen Local, el tenor de la póliza obrante en original a folios 312 y ss de los autos incluía una serie de menciones en las que se dejaba perfectamente claro que el acusado actuaba en representación del Ayuntamiento de Pravia o, lo que es lo mismo, que quien suscribía el contrato como avalista era el Ayuntamiento representado por su Alcalde: en el encabezamiento se indicaba que el acusado comparecía en calidad de avalista como "apoderado del Ayuntamiento de Pravia", se hacía constar el CIF del Ayuntamiento, en la antefirma se reseñaba al acusado como "D. Carlos Jesús. Ayto. de Pravia", y al pie del documento se consignaba por diligencia que fue nombrado Alcalde de la población en la sesión de 11 de junio de 2011.

El acusado, tratando de eludir lo que de incriminatorio hay en tan elocuente terminología manifestó en el acto del juicio que desconocía el contenido de la póliza y que, por lo tanto, no sabía que se incluían estas menciones. Así a preguntas de su defensa contestó que no intervino en la confección de la póliza y que "ni siquiera la leí, ni en el mismo acto se leyeron sus pormenores o contenido, ni me quedé con copia". A la pregunta de si se dio cuenta de que se le mencionaba como apoderado del Ayuntamiento reiteró que "no, porque ni la leí ni la tuve en mis manos ni se leyeron" añadiendo que sería decisión de ZAFERCO XXI hacerlo constar para "vender la moto" a la empresa que proporcionaba los parquímetros aparentando que estaban respaldados alguien con la solvencia de un Alcalde. Y preguntado si estaba convencido de que intervenía como Carlos Jesúscontestó que "siempre, ahí comparecía Carlos Jesúsyo nunca el Ayuntamiento, era imposible que compareciera el Ayuntamiento".

No obstante, esas alegaciones exculpatorias carecen del menor poder de convicción. Nótese a este respecto que el acusado, que tanto empeño puso en el

plenario en traer a colación que desconocía el tenor de la póliza, al deponer en el Juzgado de Instrucción manifestó que es cierto que aparecía su condición de Alcalde en la póliza por lo que suponía de solvencia personal y profesional, no arguyendo que tal extremo se hubiera consignado a sus espaldas. Es más, preguntado por una de las acusaciones particulares en la declaración sumarial sí no se daba cuenta de que la póliza decía eso -que actuaba como apoderado del Ayuntamiento- no solo no negó que lo supiera sino que contestó que efectivamente se recogió su nombre y apellidos en algunos lugares aunque nunca pretendió vincular al Ayuntamiento. Y en un pasaje precedente de esa misma declaración llegó a decir que "accedí a firmar sin darme cuenta en aquél momento de las consecuencias que pudiera tener, tanto de impagos como las interpretación que se pudiera hacer a posteriori al firmar como Alcalde". A la vista de estas manifestaciones, teniendo en cuenta asimismo que sería insólito que la empresa ZAFERCO XXI se aventurara a engañar al acusado haciéndole creer que suscribía la escritura en su propio nombre y no como Alcalde representando al Ayuntamiento, siendo igualmente impensable que el acusado estampara su firma en la póliza sin leer lo que firmaba, la Sala no alberga la menor duda en cuanto a que el acusado, al momento del otorgamiento, conocía perfectamente el contenido de la póliza. No se entendería además que si no hubiera sido así el acusado se haya mostrado tan reacio a que depongan en juicio los testigos propuestos por las acusaciones, que podrían respaldar su versión.

Sentado pues que el acusado conoció en todo momento el contenido de la póliza, es obvio que si su intención hubiera sido comparecer a título particular en su propio nombre y no como Alcalde en representación del Ayuntamiento no aceptaría la inclusión de toda esa cadena de menciones en las que se dejaba constancia inequívoca de que actuaba en dicha representación, no siendo de recibo el argumento de que es habitual que en este tipo de documentos se recoja la profesión de los otorgantes ya que aquí no solo se decía que Carlos Jesús era Alcalde de Pravia sino que se hacía expresa indicación de que actuaba en representación del Ayuntamiento, cuyo CIF se hacía constar.

A mayor abundamiento, concurren otros datos al margen ya del tenor de la póliza que corroboran que el acusado otorgó el aval como Alcalde de Pravia en representación del Ayuntamiento:

1.- No consta ni se alega que la entidad arrendadora efectuara la más mínima comprobación acerca de la capacidad económica del acusado o que le requiriera para que la justificara de algún modo (el mero hecho de ser Alcalde de Pravia no presuponía una solvencia suficiente para hacer frente al pago de las cuotas). Tal falta de indagación se corresponde con que el acusado al otorgar el aval actuó en representación del Ayuntamiento que, obviamente, no tenía necesidad de acreditar su solvencia, pero no se explicaría si quien avalaba era el acusado a título personal.

2.- La circunstancia de que el acusado trajera a colación el aval en la reunión de la mesa de estudio celebrada en el Ayuntamiento el 17 de mayo de 2013 solo se explica en que era consciente que al otorgarlo había actuado en representación del Ayuntamiento, como se decía literalmente en la póliza. Si fuera una actuación a título particular, no tendría sentido que suscitara este debate en la corporación.

3.- Resulta especialmente elocuente el escrito de 20 de mayo de 2013 obrante a folio 134 que el acusado dirigió al Ayuntamiento en el que manifestó que en relación "con el contrato de renting entre las empresas CAST INFO y ZñFERCO en el que figuro como avalista, en mi condición de Alcalde, comunico formalmente al Ayuntamiento de

Pravia que asumo personalmente las consecuencias económicas que se deriven del aval firmado, desvinculando totalmente al Ayuntamiento de Pravia de las mismas". Si el avalista fuera él a título particular, nada tendría que decirle al Ayuntamiento sobre los avatares de dicha operación y, menos aún, comunicarle que le "desvinculaba" de sus consecuencias económicas.

La expresada convicción acerca de la cualidad en la que el acusado otorgó el aval no se desvirtúa por los restantes argumentos que esgrime la defensa para tratar de persuadirnos de que actuó a título particular:

1.- La defensa evocando lo que en tal sentido se decía en el segundo informe jurídico que aportó (folio 383) argumenta en pro de su planteamiento que al relacionarse en la póliza a las partes otorgantes no se mencionaba al Ayuntamiento, sino a las entidades arrendadora y arrendataria, al acusado y al otro avalista, No obstante, la alusión al acusado iba seguida de la referencia a que era "apoderado" del Ayuntamiento, con lo cual, a quien se estaba considerando como parte era al Ayuntamiento que actuaba por medio de tal apoderado. Sea más o menos afortunada la redacción, cualquier lector imparcial concluiría que a quien se tenía por parte era al Ayuntamiento de Pravia representado por Carlos Jesús, no a este en su propio nombre. Prueba de ello es que en el contrato modificativo de 6 de noviembre de 2013 (folio 183 yss) por virtud del cual Banco de Santander -que en fecha 6 de febrero de 2013 se había subrogado parcialmente en la posición de CAST INFO SA. en la adquisición de la propiedad de los bienes objeto del mismo y el cobro de las cuotas- aceptó que la mercantil MERNES SLU. se subrogara en la posición de arrendatario, al aludir al contrato que nos ocupa de enero de 2013 se decía que se otorgó por CAST INFO como arrendador, ZAFERCO XXI como arrendatario y "el Excelentísimo Ayuntamiento de Pravia y Basiliocomo avalistas".

2.- El acusado también alego en el plenario que cuando el interventor del Ayuntamiento le comentó la existencia del aval "le dije que eso había sido hecho con carácter personal, por lo tanto que no iba a vincular al Ayuntamiento, como así fue" y que "además era imposible que tuviera vinculación para el Ayuntamiento". No obstante, habiendo declarado el acusado en el Juzgado de Instrucción que el acta de la reunión del día 17 de mayo obrante a folio 18 y ss responde a cómo se desenvolvió la misma (también su defensa, cuando ante el Juzgado de lo Penal se suscitó el debate sobre la necesidad de practicar la prueba testifical adujo que reconocía que las actas e informes municipales obrantes en autos respondían a la verdad) en ningún punto consta que manifestara a los corporativos que su intervención en el contrato había sido a título personal y que el Ayuntamiento nada tenía que ver. Antes bien, a tenor del acta el acusado comenzó diciendo sobre esta cuestión que la empresa ZAFERCO XXI "se lanzó, pensando en explotar el Servicio, a comprar las máquinas, que esa empresa no tiene capacidad para pagarlas y se plantea si este Ayuntamiento puede subrogarse en el renting que tiene un pago de 3.300 euros mensuales y un total de 79.000 euros. Todo ello al objeto de que este Ayuntamiento se subrogara en ese renting y dispusiere de las máquinas para la licitación del servicio". A continuación, tras las primeras reacciones de los presentes exteriorizando la sorpresa que les supuso la noticia, el interventor cortó diciendo que "No es todo eso, hay algo más", momento en que según consta en el acta el acusado manifestó que "que firmó un aval de ese renting de las máquinas para la zona azul, que fue una imprudencia suya". Y a la pregunta del Interventor acerca del paradero de las máquinas, el acusado respondió que "en una nave de aquí" añadiendo "que asume el coste económico personalmente que pueda suponer, si se valoraba en 79.000 euros". De todo ello resulta que el acusado en dicha reunión manifestó su disposición a hacerse cargo del coste que pudiera suponer la

operación, pero no dijo que fuera una operación de su vida privada y particular. Véase en fin que según el acta la reunión concluyó con las palabras del Interventor manifestando sin objeción ni enmienda del acusado "que las máquinas no son propiedad del Ayuntamiento, que son de una empresa a la que ha avalado el Sr. Alcalde en nombre del Ayuntamiento".

3.- Se alega también que el acusado se hizo cargo del coste económico de la operación abonando las mensualidades impagadas. A este respecto, es lo cierto que consta en las actuaciones que el 15 de julio de 2013 el acusado pagó 3.307,43 (folio 119), el 18 de junio de 2013 pagó 3.343,73 euros (folio 120), el 24 de mayo de 2013 pagó 10.031,19 euros (folio 117), y el 19 de agosto 3.343,73 euros (folio 118), no constando documentados más pagos hechos por el acusado, si bien a folio 183 figura que el 6 de noviembre de 2013 la entidad MERNES SLU. se subrogó en la posición del arrendatario ZAFERCO XXI y canceló la totalidad de la deuda por importe de 42.400,95 euros más 1 euro de valor residual, al tiempo que Banco de Santander le vendió los bienes objeto de contrato por dicho importe más IVA. No obstante, el hecho de que el acusado abonara esas cuotas tan solo significa que, una vez que se descubrió la actuación que había llevado a cabo en representación del Ayuntamiento de Pravia y después de haber intentado infructuosamente en la reunión de 17 de mayo que este asumiera la operación, trató de diluir su responsabilidad. Pero el delito se había consumado desde que otorgó el contrato en aquélla representación.

Debiendo concluirse por lo expuesto que el acusado otorgó el aval en cuanto Alcalde del Ayuntamiento en representación del mismo, es claro que este acto otorgado por el acusado en tal condición tenía consecuencias para el Ayuntamiento -tal y como exige la jurisprudencia transcrita al comienzo para la existencia de una resolución administrativa- por cuanto vinculaba los fondos públicos a la operación avalada. Ciertamente es que no se siguió el procedimiento legalmente establecido para suscribir el aval y que el acusado carecía de competencia para decidir por sí solo su otorgamiento, pero tanto la falta absoluta de competencia como la omisión de todo procedimiento o de sus trámites esenciales son modalidades comisivas del delito de prevaricación (en el siguiente fundamento de derecho ahondaremos en estos aspectos). Y como se dice en el segundo informe jurídico de los presentados por la defensa (folio 382) "los actos adoptados por el titular del órgano en su calidad de tal -no su actuación puramente personal- se imputan a la Administración automáticamente, incluso si exceden de su ámbito competencial. En este sentido, un acto viciado de incompetencia sigue siendo un acto imputado a la Administración, aunque sea un acto ilegal" diferenciándose así esta situación de la que se da en el ámbito de la representación voluntaria que supone que los actos del representante se imputan al representado si no excede de los términos del apoderamiento. Aun cuando en el caso de que se reclamara judicialmente el pago al Ayuntamiento este podría oponer esos déficits procedimentales o de competencia en que estaba incurso la operación (a folio 385 en el mentado informe jurídico de la defensa se dice que una demanda sería "con toda probabilidad desestimada" porque no hubo procedimiento, porque no se le autorizó a prestarlo y porque no había interés municipal), por lo pronto tendría que soportar esas reclamaciones contra el patrimonio municipal -lo que ya suponía una consecuencia jurídica para la institución municipal derivada de la actuación del acusado- y además, en tanto la oposición que formulara no fuera acogida o la entidad acreedora no desistiera de sus pretensiones, los fondos municipales estarían afectos a la operación.

SEGUNDO.- Tales hechos probados son constitutivos de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 CP de que es autor el

acusado por sus actos directos y materiales. Una vez razonado que la decisión del Alcalde de involucrar al Ayuntamiento de Pravia como avalista en este contrato, seguido de la exteriorización de dicha decisión mediante la suscripción del contrato por el acusado como apoderado de dicho Ayuntamiento fue una resolución administrativa, no hay duda de la concurrencia del resto de elementos integrantes del tipo penal.

Estamos en efecto ante una resolución objetivamente contraria a Derecho y que no era posible explicar jurídicamente con un mínimo de racionalidad. A este respecto, es conocida la doctrina recogida entre otras en laSTS 815/2014 de 24 de noviembre respecto al delito de prevaricación, según la cual no toda resolución que contradice el Derecho es subsumible en esta infracción penal sino solo aquella que presente una contradicción patente y grosera que desborde la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, una desviación o torcimiento del derecho de tal calado que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal. No obstante, en el presente caso la discrepancia con el Derecho se manifestó tanto en la falta de competencia del Alcalde para otorgar por si solo el aval como en la omisión del procedimiento legalmente previsto para ello, siendo jurisprudencia reiterada que tanto la falta de competencia como la omisión del procedimiento previsto son manifestaciones de esta infracción penal, señalando a ese respecto laSTS 18/2014, de 13 de enero, entre otras, que las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho.

Acerca de la falta de competencia del Alcalde para otorgar el aval, el recurso de Foro de Ciudadanos recuerda que de conformidad con el artículo 49.6, 49.7 y 49.8 del RD Legislativo 2/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, las entidades locales pueden prestar garantía a operaciones de crédito solamente en los siguientes supuestos: contratistas, concesionarios, sociedades mercantiles, con el requisito del presupuesto aprobado en el ejercicio corriente conforme a lo estipulado en el artículo 50 del TRLHL siendo su tramitación la que se estatuye en el artículo 52 del TRLHL pudiendo ser competencia del Pleno o del Alcalde estas operaciones de crédito según su importe, aun cuando si se trata de la concesión de avales tal operación tiene la consideración de una operación de crédito que no está prevista en el presupuesto, por lo que el órgano competente será siempre el Pleno de la Corporación con independencia del importe. Y respecto a la ausencia de procedimiento, es indiscutido que no se tramitó procedimiento alguno, destacando como trámite especialmente relevante que se omitió la fiscalización previa de la operación que impone el artículo 49.8 del RD Legislativo 2/2004. El planteamiento defensivo según el cual al no haber existido procedimiento alguno no ha habido resolución administrativa ni, por lo tanto, prevaricación, no es admisible, pues haría de mejor condición a quien prescinde de todo procedimiento que a quien obvia alguno/s de sus trámites. A la postre, el caso no difiere sustancialmente del supuesto analizado en laSTS 5 de abril de 2002 del que se hace eco uno de los apelantes, en el que un Alcalde, careciendo de competencia para ello suscribió en representación del Ayuntamiento un contrato de patrocinio, sin consulta ni autorización alguna de los órganos municipales competentes, sin intervención del secretario Municipal, sin reflejo registral ni control fiscal de dichas operaciones, no incoándose expediente administrativo alguno y no teniendo conocimiento el Pleno Municipal ni el interventor.

Siguiendo con el examen de los requisitos del tipo, la injusticia de la resolución consistió aquí en la afectación del patrimonio municipal para fines ajenos al mismo, priorizando la voluntad particular del acusado de avalar a la empresa arrendataria. Y en cuanto al tipo subjetivo, esto es, si el acusado fue consciente y conocedor de la

arbitrariedad de su actuación, ha de recordarse con laSTS 815/2014que cita otras anteriores que "el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas" de suerte tal que se comete el delito del artículo 404 CPcuando 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. En el presente caso, ninguna duda le podía caber al acusado acerca de la contrariedad con el Derecho de su actuar, al no haber tramitado procedimiento alguno para la suscripción del aval y haber hurtado al Pleno la competencia para decidir su suscripción. Buena prueba de que el acusado sabía que actuaba ilícitamente es que nada dijo en el Ayuntamiento de esta operación que habla suscrito, tomando conocimiento de ello el Interventor cuando el responsable del Banco de Santander se dirigió al Ayuntamiento verbalmente poniendo de relieve el impago y la existencia del aval (consta en el acta de la reunión municipal de 17 de mayo que Interventor manifestó que "al producirse impagos del renting por la empresa el banco lo ha comunicado al Ayuntamiento que es cuando se ha tenido conocimiento del asunto en los servicios económicos"). Por lo demás, es indiferente que el acusado tuviera la esperanza de que la empresa arrendataria no dejarla de abonar las cuotas y que el aval no llegarla a ejecutarse, pues lo relevante es que al actuar como apoderado del Ayuntamiento en el otorgamiento del aval estaba vinculando al municipio y al patrimonio municipal para el caso de que se ejecutara la garantía.

TERCERO.- Del expresado delito es autor responsable el acusado, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CUARTO.- En orden a la determinación e individualización de la pena, ha de estarse a la redacción del artículo 404 CPvigente en la fecha de los hechos anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 al ser más favorable al reo, por cuanto se preveía un marco para la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años (ahora es de nueve a quince años) y no se contemplaba la pena adicional de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Así las cosas, no observándose elementos de gravedad relativa que justifiquen una exasperación punitiva, se concretará la pena en la extensión de siete años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público. Dicho lo cual, ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 42 CPcuando se impone la pena de inhabilitación esta no ha de incluir cualesquiera empleos o cargos públicos a los que pudiera aspirar el penado, debiendo acotarse en la sentencia qué concretos empleos y cargos se verán afectados por la inhabilitación, señalando a este respecto laSTS 30 de abril de 2015que "la pena de inhabilitación puede revestir el carácter de pena principal, como se establece en el art 42 CP, o accesoria, art 56 CP, y solo en este caso se exige para la imposición de la pena una relación directa entre el delito sancionado y el derecho del que se priva al condenado con la imposición de la inhabilitación. Cuando se trata de pena principal, como sucede con el delito de prevaricación, que tiene a la inhabilitación como pena única, el art 42 solo exige que la sentencia especifique los empleos o cargos sobre los que debe recaer la inhabilitación y establece expresamente que esta pena alcanza no solo al empleo o cargo en el que se cometió el delito, sino también a la incapacidad para obtener el mismo, "u otros análogos", durante el tiempo de la condena". Y con argumentación plenamente extrapolable al presente caso, dicha sentencia señala que cuando el delito se comete en el ejercicio de un cargo público de naturaleza política -en aquél caso se trataba de un miembro del Consejo de Gobierno-"constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos, que la pena de inhabilitación se limitase al

cargo específico en el que se cometió la prevaricación, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas". Consideraciones estas en atención a las cuales se estima adecuado que la inhabilitación venga referida a la imposibilidad de concurrir a cualesquier cargo electivo en la administración municipal, provincial, autonómica, estatal o europea, o ser nombrado por una autoridad pública para puesto representativo" o ejecutivo o gestor de libre designación en dicho periodo de tiempo (si bien ello no implicará la pérdida de la condición de funcionario si la tuviera).

QUINTO.- En materia de costas, dado que el acusado venia siéndolo por tres delitos, a saber, prevaricación, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos, de los que se le condena por el primero de ellos, se le impondrán un tercio de las costas de la primera instancia, declarando el resto de oficio, siendo también de oficio las de esta alzada. En la condena en costas se incluirán las causadas a instancia de Foro de Ciudadanos, única parte que solicitó expresamente tal inclusión.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que ESTIMANDO los recursos de apelación formulados por Marisay Foro de Ciudadanos contra la sentencia de 29 de marzo de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés dictada en el juicio oral 10/2016 del que dimana el presente Rollo de la Sala, se revoca dicha resolución y, en su virtud, condenamos al acusado Carlos Jesús como autor de un delito de prevaricación ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de inhabilitación especial en los términos que se expresan en el penúltimo fundamento de derecho "in fine", con imposición de un tercio de las costas de la primera instancia incluidas las de la acusación particular, siendo de oficio el resto de las costas de la primera instancia y las de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes. Devuélvanse los autos originales, junto con testimonio de esta Sentencia, de la que, además se llevará certificación al Rollo de Sala, al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso alguno, definitivamente juzgado en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.