



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 LUGO

SENTENCIA: 00129/2021

-

PALACIO DE JUSTICIA - PLAZA DE AVILÉS, S/N
Teléfono: 982 29 48 39/40/41
Correo electrónico:

Equipo/usuario: GF
Modelo: N85860

N.I.G.: 27065 41 2 2017 0000185

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000010 /2020

Delito: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA
Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, CONCELLO DE MURAS
Procurador/a: D/D^a , JOSE ANGEL PARDO PAZ
Abogado/a: D/D^a , MONTSERRAT CALVO RIOS
Contra: ISSAN ██████████
Procurador/a: D/D^a ANALITA MARIA CUBA CAL
Abogado/a: D/D^a ALEJANDRO PUMARIÑO FERNANDEZ

SENTENCIA 129/2021

ILMS.SRS:

Don Edgar Amando CLOOS FERNÁNDEZ, Presidente
Doña María Luisa SANDAR PICADO, Magistrado
Don José Manuel VARELA PRADA, Magistrado

Lugo, veintitrés de julio de dos mil veintiuno.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, ha visto en juicio oral y público el Rollo de Sala de **Procedimiento Abreviado n° 10/2020-G**, instruidos por el Juzgado de Vilalba-2 (DPA 85/2017), por delito de prevaricación, contra:

ISSAM ██████████ ██████████ ██████████, con DNI ██████████, nacido en ██████████ el 2/2/1948, hijo de ██████████ ██████████, con domicilio en ██████████ ██████████ ██████████ Bergondo (La Coruña), representado por la procuradora D^a Analita cuba Cal y defendido por el abogado D. Alejandro Pumariño Fernández.

Interviene como acusación pública el Ministerio Fiscal y, como Acusación Particular el CONCELO DE MURAS, representado por el procurador D. José Ángel Pardo Paz y defendido por la abogada D^a Montserrat Calvo Ríos.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado D^a María Luisa Sandar Picado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Esta causa se inició en virtud de querrela formulada por el Fiscal, a la vista de la denuncia remitida por el Alcalde-Presidente del Concello de Muras, incoándose DPA 85/17 por el Juzgado Mixto n^o2 de Vilalba.

Recibida la causa el 6/3/20, se celebró el juicio oral el día 19/7/21 en la Sala de Vistas de este Tribunal.

SEGUNDO. La representación del Ministerio Fiscal, formuló un escrito de acusación contra Issam ■■■■■■■■■■, como presunto autor de un delito continuado de prevaricación del art. 404 del Código Penal y art. 74 del mismo texto legal, para quien solicitaba la imposición de la pena de inhabilitación especial para empleo, cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 12 años.

En el acto de juicio oral, el M. Fiscal elevó a definitiva sus conclusiones iniciales.

TERCERO. La representación del Concello de Muras, formuló un escrito de acusación contra el referido Issam ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ como presunto autor de cuatro delitos de prevaricación, tipificado en el art. 404 CP -en el caso de las Resoluciones numeradas del 1 al 4 del ordinal del relato de hechos- y de un delito continuado de prevaricación -en el caso de las Resoluciones numeradas del 5.A) al 5.B)-, con remisión a lo dispuesto en el art. 74-CP, para quien solicitaba la imposición de las penas de inhabilitación para empleo y cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 15 años, por cada uno de los delitos, con las limitaciones previstas en el art. 76-CP.

En el acto de juicio oral, la acusación particular, elevó a definitivas sus conclusiones iniciales.

CUARTO. La defensa del acusado, en sus conclusiones provisionales, negó y rebatió los respectivos escritos de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

acusación, solicitando la libre absolución de Issam [REDACTED]
[REDACTED], con todos los pronunciamientos favorables.

En el acto de juicio oral, la defensa elevó a definitivas sus conclusiones iniciales

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Probado y así se declara que el acusado, Issam [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], mayor de edad y sin antecedentes penales, en el desempeño de su función como Alcalde del Concello de Muras, firmó las siguientes resoluciones de Alcaldía en la que la peticionaria era su esposa, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], siendo el régimen económico del matrimonio el de sociedad de gananciales:

Resolución de la Alcaldía nº 13.05.22, licencia para reparación de tejado y adecentamiento de fachada en [REDACTED] [REDACTED]

Resolución 13.10.17, licencia para adecentamiento de camino en [REDACTED]

Resolución 10.09.08, licencia de obras para legalización de nave y actividad en [REDACTED]

Resolución 10.08.08, licencia de obras para legalización de nave y actividad en [REDACTED].

Resolución 11.11.24, relativa a la asunción y visto bueno de unas certificaciones a los efectos de proceder a la liquidación de la tasa correspondiente.

Resolución 13.06.10 por la que se anulan recibos correspondientes a la tasa de residuos solidos urbanos por viviendas sitas en [REDACTED] del año 2.012.

En todas ellas concurría en el acusado el deber de abstención señalado en el art 28 de la Ley 30/1.992 de 26 de Noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Lo primero que ha de señalarse es que las resoluciones de la Alcaldía firmadas por el acusado obviando el deber de abstención, son traídas de manera directa al ámbito penal sin haber pasado una tacha ni política, ni administrativa, ni judicial en el ámbito contencioso administrativo. Se obvian todos los escalones intermedios y se accede directamente al derecho penal, que es de todos conocido que viene configurado como última ratio, en atención al carácter de derecho fragmentario, lo que supone que no todo ataque a bienes jurídicos protegidos tiene cobijo para el paraguas del derecho punitivo, sino únicamente aquellas conductas que por ser las más graves, son merecedoras de reproche penal. En el presente caso, fueron aprobadas estas resoluciones sin oposición, y por tanto no se recurrieron, y es ahora cuando se interesa la comisión de un delito de prevaricación por la firma sin respetar la obligación de abstención por parte de quien era Alcalde de Muras en asuntos donde tenía un interés directo pues estaba casado en régimen de gananciales con quien aparecía como peticionaria.

SEGUNDO.- El acusado refiere que desconocía ese deber de abstención, y quien desempeñaba funciones de secretario interventor en el Concello manifiesta que nunca le indicó su deber de abstenerse en esos concretos asuntos, y que incluso no era el Alcalde quien redactaba las resoluciones de la Alcaldía, sino que era ella o algún otro funcionario del Concello. Todas estas circunstancias dejan ya sin contenido penal la conducta denunciada.

TERCERO.- En puridad administrativa, y según refiere el perito que lleva a cabo la pericia interesada por el Juzgado, respecto de alguna de esas resoluciones, al referirse a licencias, y siendo actos reglados, se respetaron las tramitaciones marcadas por el ordenamiento jurídico y procedería en todo caso su concesión.

En otros supuestos, como el relativo a la licencia para la legalización de nave y actividad en ■■■ ■■ ■■■■ sería anulable, y finalmente las relativas a la anulación de recibos de tasas de residuos sólidos urbanos por dos viviendas, se advierten problemas de acreditación.



Pero aún en el supuesto de que conociese ese deber de abstención, y lo hubiese obviado, núcleo que ambas acusaciones esgrimen para invocar el delito de prevaricación, señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de Julio de 2.005, en un hecho similar, que no consta "que el Secretario municipal hiciera advertencia sobre la concurrencia de causa de abstención cuando el Pleno del Ayuntamiento tomó el acuerdo de autos, por lo que dada la condición de los recurrentes como personas no expertas en derecho, debe entenderse que en la no abstención del Sr. Eusebio no concurre la «inobservancia de las más elementales normas del procedimiento», «en contradicción patente y grosera con el ordenamiento jurídico, de manera que la misma pueda ser apreciada por cualquiera».

CUARTO.- El delito de prevaricación parte de comprobar que el acto administrativo no sólo contradice el derecho positivo, lo que sería controlado por la propia administración o por la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que, además, requiere que el acto suponga una vulneración de los principios y valores constitucionales. Y para su apreciación es preciso no solo que se dicte por un funcionario o autoridad una resolución contraria a derecho, pues el control de la legalidad de los actos de la Administración corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que sea posible una criminalización de los actos administrativos contrarios a la ley, precisando que se actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta.

Es doctrina de la Sala del Tribunal Supremo, expuesta en Sentencia de 25 de Abril de 2.008, que el incumplimiento de un deber legal de abstención, por sí sólo, no genera el presupuesto fáctico del tipo penal de la prevaricación. "Resolver de otra forma, supone la persecución penal de una autoridad (municipal) sin la clara constancia y existencia del elemento normativo del tipo, que es la ilegalidad patente de la resolución administrativa, al punto que debe ostentar el carácter de arbitraria, pero con perspectiva de fondo de la cuestión resuelta administrativamente" y añade, "la infracción de las normas de abstención no supone la comisión de un delito de prevaricación y se compece mal la consideración del derecho penal como "ultima ratio" máxime en esta materia donde el control jurisdiccional del derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional".

En este sentido, el ordenamiento jurídico administrativo señala que la no abstención en los casos en que proceda (art.

28.3 LRJAP) no implica, necesariamente la invalidez de los actos en que haya intervenido.

En resumen, la Sala advierte que no concurren todos y cada uno de los elementos del tipo respecto del acusado, pues no se puede identificar o establecer una equivalencia automática entre una posible nulidad administrativa, que según el perito sería en todo caso únicamente por haberse dictado por emisor manifiestamente incompetente, pero no respecto del contenido, y prevaricación penal. Como ha reiterado el Tribunal Supremo, STS 13 de Febrero de 2.017 o 1 de Julio de 2.008, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito, y en este caso, ni tan siquiera consta que se haya declarado esa nulidad o se hayan recurrido o impugnado de alguna forma los mencionados acuerdos de la Corporación Local o el Alcalde, ni se ha acreditado un conocimiento de actuar en contra del derecho, siendo exigible un actuar a sabiendas de la injusticia de la resolución, con plena conciencia de que se resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, extremo que no ha quedado debidamente acreditado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debemos de absolver y **absolvemos a Issam** ■■■■■, del delito de prevaricación de que venía siendo acusado por el Mº Fiscal y Acusación Particular, declarando de oficio las costas devengadas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación para ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación; recurso que deberá ser presentado en esta Sección 2ª de la Audiencia mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador.

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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.