



Roj: **SAP ZA 265/2018 - ECLI: ES:APZA:2018:265**

Id Cendoj: **49275370012018100265**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2018**

Nº de Recurso: **75/2016**

Nº de Resolución: **45/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **PEDRO JESUS GARCIA GARZON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

ZAMORA

SENTENCIA: 00045/2018

-

C/SAN TORCUATO, 7

Teléfono: 980559435-980559411

Equipo/usuario: PEN

Modelo: 213100

N.I.G.: 49275 37 2 2016 0100518

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000075 /2016

Delito: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Recurrente: MINISTERIO FISCAL, Torcuato

Procurador/a: D/Dª, MARGARITA POZAS REQUEJO

Abogado/a: D/Dª, ELOY SAMPEDRO BAÑADO

Recurrido: Belinda

Procurador/a: D/Dª JOSE MIGUEL SAN ROMAN COLINO

Abogado/a: D/Dª TOMAS CUADRADO PALMA

Presidente Ilmo. Sr.

D. JESÚS PÉREZ SERNA

Magistrados Ilmos. Sres.

D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN

Doña ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ

El Tribunal de esta Audiencia Provincial, compuesto por D. JESÚS PÉREZ SERNA, Presidente, D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN y Doña ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY



la siguiente

SENTENCIA N° 45

En Zamora a 17 de julio de 2018.

En el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en la precedentes diligencias del Procedimiento Abreviado número 37/2016, procedentes del Juzgado de lo Penal de Zamora, contra los acusados Torcuato , representado por la Procuradora Sra. Pozas Requejo y asistido del Letrado Sr. Sampedro Bañado y Belinda , representada por el Procurador Sr. San Román Colino y asistida del Letrado Sr. Cuadrado Palma, en cuyo recurso son partes como apelantes Torcuato y el Ministerio Fiscal y como apelada Belinda ; y ha sido ponente el **Ilmo. Sr. Magistrado D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN** , quien expresa el parecer de la Sala.

antecedentes de hecho

PRIMERO. - Con fecha 20/7/2016, por el Sr. Magistrado del Juzgado de lo Penal de esta ciudad se dictó sentencia en los autos originales de los que el presente rollo dimana y en cuyos hechos probados literalmente se dice: "En fecha 24 de octubre de 2005 se publicó en el BOP de Zamora la convocatoria para cubrir por personal interino el puesto de Secretaria-Intervención de clase tercera de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada y Palacios de Sanabria, en ella le fue adjudicado el puesto a la acusada, mayor de edad, sin antecedentes penales, la cual incumplía las normas establecidas para acceder a dicha convocatoria ya que en la base tercera del concurso se establecía que los aspirantes no debían estar incurso en causa de concurso se establecía que los aspirantes no debían estar incurso en causa de incompatibilidad, circunstancia que no concurría en la acusada puesto que en el momento de la convocatoria trabajaba como personal laboral a tiempo completo en el Ayuntamiento de Galende, manifestando en declaración jurada no estar incurso en causa de incompatibilidad y dicha circunstancia vulneraba el Decreto 32/2005 de selección de personal interino para los puestos reservados a funcionarios con habilitación nacional de la Junta de Castilla y León, las propias bases de la convocatoria y el artículo 1 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

La acusada tomó posesión de su cargo el 22/11/2005 simultaneándolo con el que ejercía en el Ayuntamiento de Galende hasta el 7/11/2011 fecha en la que pidió excedencia en el cargo que ocupaba en el Ayuntamiento de Galende.

El acusado mayor de edad sin antecedentes penales en su condición de alcalde presidente de la Corporación y padre de la acusada conocía esa situación y a pesar de ello la mantuvo.

Habiendo recibido escrito de la Dirección General de Ordenación del territorio de la Junta de Castilla y León con fecha 11/12/13 instándole a revisar el nombramiento no realizó actuación alguna hasta el 13 de marzo de 2014 una vez se había notificado con la misma fecha al Ayuntamiento el inicio del Expediente de revisión de oficio".

SEGUNDO. - En dicha sentencia se contiene el siguiente fallo: "Condeno a don Torcuato como autor directo criminalmente responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que conlleva la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayera aunque sean electivos y de los honores que le sean anejos, en este caso Alcalde Presidente de la Corporación de Palacios Rosinos de la Requejada, produce además la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena y pago de las costas procesales.

Absuelvo a doña Belinda de los hechos que se le imputan declarando de oficio las costas procesales".

TERCERO. - Notificada dicha sentencia a las partes, por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de Torcuato se presentaron sendos recursos de apelación, en base a las alegaciones que constan en los mismos y que se dan por reproducidas. Dado traslado del mismo a las demás partes para alegaciones, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación íntegra del recurso presentado por Torcuato y la representación procesal de Belinda presentó escrito de oposición/impugnación al recurso presentado por el Ministerio Fiscal, en base a las alegaciones que constan en sus respectivos escritos y se dan por reproducidas, tras lo cual se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- Recibidos los autos en este Tribunal, registrados, formado rollo y turnado de ponencia, se señaló fecha para deliberación y fallo del citado recurso.



FUNDAENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aceptamos los hechos probados y los fundamentos de derecho de la sentencia objeto del presente recurso en tanto no queden modificados o afectados de algún modo por los fundamentos de derecho de la presente sentencia.

SEGUNDO.- Se dicta sentencia de fecha 20 de julio de 2.016 por el Juzgado de lo Penal de Zamora , en la cual se absuelve a la acusada doña Belinda del delito de prevaricación de que era acusada por el Ministerio Fiscal y se condena a don Torcuato de un delito de prevaricación administrativa.

De acuerdo con los hechos probados y fundamentación jurídica de la sentencia objeto de recurso la acusada concurrió a la convocatoria de fecha 24 de octubre de 2.005 para cubrir una plaza de personal interino en el puesto de trabajo de Secretaría-Intervención de la Agrupación de los municipios de Rosinos de la Requejada y Palacios de Sanabria, que le fue adjudicada a la acusada, pese a que en el momento de la convocatoria concurría una causa de incompatibilidad para desempeñar dicho puesto, pues ya trabajaba como personal laboral a tiempo completo en el Ayuntamiento de Galende, siendo incompatibles ambos puesto de trabajo de acuerdo con la normativa vigente (Decreto 32/2.005, las bases de la convocatoria y le Ley 53/1984, de 26 de diciembre de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

La acusada tomó posesión el día 22 de noviembre de 2.005 y ejerció su cargo al mismo tiempo que el trabajo que desempeñaba en el Ayuntamiento de Galende hasta el día 22 de noviembre de 2.011, en cuya fecha pidió la excedencia en el Ayuntamiento de Galende.

El otro acusado, padre de la acusada, y alcalde presidente de la Corporación, que conocía las bases de la convocatoria y la situación de compatibilidad de su hija de los dos puestos de trabajo, pese a que se abstuvo en al proceso de selección, le dio posesión del cargo y también la mantuvo en el cargo pese a que la Dirección General de Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León le instó a revisar su nombramiento mediante escrito recibido el día 11 de diciembre de 2.013, haciendo caso omiso hasta que el día 13 de marzo de 2.014 recibe notificación de la Dirección General del Territorio de la Junta de Castilla y León para que inicie expediente de oficio de revisión de la Resolución de 10 de noviembre de 2.005 por la que se efectuó el nombramiento de la acusada como Secretaria-Interventora, en la cual se abstiene de intervenir en el expediente de revisión.

Contra dicha sentencia se alzan dos recursos. El primero, por el Ministerio Fiscal, que, al margen de interesar la celebración de vista para preservar los principios de inmediación y contracción y una correcta valoración de la prueba practicada en la instancia, interesa se dicte sentencia condenatoria contra la otra acusada de acuerdo con el escrito de conclusiones, pues considera que la acusada absuelta también ha incurrido en el delito de prevaricación administrativa, pues teniendo la condición de funcionaria con la categoría de Secretaria-Interventora de un Ayuntamiento no adopta ninguna resolución, ni emitió informe alguno sobre la legalidad de la resolución administrativa que la nombró, pese a que era conocedora de la incompatibilidad de su cargo con el puesto que desempeñaba en otro ayuntamiento. No solicitó la abstención en la ejecución del expediente de restauración de la legalidad e hizo suyos argumentos utilizados los adoptados por la Junta de Agrupación, que son idénticos a los utilizados en la reclamación contencioso-administrativa planteada.

La representación del otro acusado y condenado formula re curso con base en los siguientes fundamentos:

1) Error en la apreciación de las pruebas, pues si bien es cierto que el recurrente conocía la situación de su hija, que compatibilizaba el cargo de Secretaria-Interventora del ayuntamiento de que era alcalde y el puesto de trabajo de personal laboral a tiempo completo en otro ayuntamiento, lo que no ha negado, sí que desconocía que hubiera incompatibilidad entre ambos puesto de trabajo, pues nunca existió ninguna denuncia en ningún organismo; los secretarios precedentes habían desempeñado el cargo de secretario con otros puestos en otras administraciones sin que se formularan denuncias; no desconfió, pues en la misma denuncia de IU se aludía a otras tres personas que estaban en la misma o situación parecida, sin que se haya seguido procedimiento contra ellos; consultado el mismo día de la presentación de la moción al Secretario de la Diputación para que le informara, cesando la otra acusada en el puesto de trabajo del ayuntamiento de Galende el día 7 de noviembre de 2.011. Por otro lado, hay numerosas sentencias en que situaciones de incompatibilidad de cargos han sido resultas en los tribunales de lo contencioso administrativo. Además, el Tribunal de Cuentas archivo la denuncia por daño al erario público al haber compatibilizado dos cargos incompatibles.

2) Sobre el hecho probado de la recepción del escrito de la Dirección General de Ordenación Territorial de la Junta de Castilla y León, tras la cual pese a instarle la revisión del nombramiento no realizó ningún actuación hasta marzo de 2.014, una vez recibida la notificación en la misma fecha, alega que la sentencia recoge



errores en dichos actos: a) El escrito de la DGOTJCyL se recibió el día 16/12/2013 y no el día 11 como figura en los hechos probados; b) la resolución de la DG iniciando procedimiento de revisión es de fecha 11/3/2014.

Por otro lado, el oficio de la Dirección de Ordenación del Territorio de fecha de diciembre de 2.013, recibido en el Ayuntamiento de Rosinos de la Requejada el día 16 de diciembre de 2.013 (folio 412) no contiene un requerimiento para que el presidente de la Agrupación Rosinos de la Requejada actué inmediatamente, sino que pone de relieve que la acusada doña Belinda está desempeñando el puesto de funcionaria interina como Secretaria, Clase 3ª de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada- Palacios de Sanabria y, que, a la vista de la documentación remitida, así como la que aportará el Ayuntamiento de Galende en cuyo ayuntamiento se acordó la suspensión firme de funciones o de empleo y sueldo con una duración de dos años, desde la Agrupación se deberá valorar si el nombramiento de interino efectuado a su favor es ajustado a la legalidad, y en caso de apreciar que no lo es por no cumplir el mismo los requisitos exigibles, se deberán adoptar los acuerdos oportunos proponiendo la revocación del mismo a este Centro Directivo.

Pues bien, el expediente fue remitido en fecha 10/3/2014, recibido el día 12/3/2014 en el Ayuntamiento de Rosinos (folios 427 y 428). En dicha fecha, la Dirección General ya había dictado resolución de fecha 11 de marzo de 2.014 iniciando procedimiento de revisión del nombramiento de la acusada como Secretaria, por lo que ni la Agrupación de Municipios ni el Alcalde acusado podía ya proponer nada, pues el expediente ya estaba incoado.

Recibido el expediente, el acusado se abstuvo de intervenir mediante providencia de fecha 13 de marzo de 2.014 dando cuenta a la Junta de Agrupación y a la Dirección General, pues como padre de la Secretaria concurría causa de abstención.

Por otro lado, entre el escrito de fecha 16 de diciembre de 2.013 y la resolución de la Dirección General de inicio del procedimiento revisor de fecha 11 de marzo de 2.014 no se reiteró la petición a la Agrupación, lo que sí ocurrió con el Ayuntamiento de Galende, al que si se le requirió informe en fechas 7 de febrero de 2.014 y 4 de marzo de 2.014 sobre el traslado del expediente al Ayuntamiento de Rosinos de la Requejada, poniéndolo de relieve en los antecedentes de hecho de la resolución de fecha 11 de marzo de 2.014, que al no haber recibido respuesta del Ayuntamiento de Galende a los tres oficios remitidos no resultaba posible conocer el momento a partir del cual la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria tenía la obligación de iniciar expediente revisor del nombramiento.

El acusado en cuanto tuvo conocimiento de la denuncia presentada contra su hija por infringir la Ley de incompatibilidades se abstuvo de intervenir en ningún expediente.

En definitiva, el acusado no pudo proponer la revisión del nombramiento de su hija como Secretaria de la Agrupación Rosinos de la Requejada -Palacios de Sanabria, pues cuando recibió el expediente del Ayuntamiento de Galende, documentación necesaria para decidir sobre el inicio de la revisión del nombramiento, la Dirección General Territorial ya había iniciado el expediente de revisión del nombramiento, absteniéndose de intervenir en cuando recibió el expediente;

3) Infracción por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, entre otras la sentencia del T.S. de 3 de mayo de 2.016 , sobre los requisitos del tipo penal de prevaricación administrativa cometida por omisión, pues el acusado no tiene por imperativo legal dictar resolución, pues se abstuvo en abril de 2012 cuando tuvo conocimiento de la denuncia contra su hija y el 13 de mayo de 2.014 cuando el Director le comunicó a la Agrupación la propuesta de Resolución de inicio de procedimiento revisor y recibe el expediente de Galende. Además no era competente, pues correspondía a la Agrupación.

Su inactividad no suponía denegación, pues el Alcalde no es competente ni para nombrar ni para cesar a ningún funcionario, según el Real Decreto 1732/1994, artículo, 34 y 37, sino que ni siquiera propone la revisión o revocación del nombramiento, según el artículo 8 j) del Decreto 32/2.011 y artículos 4 y 5 del citado Decreto .

Tampoco se ha creado situación de riesgo, pues el expediente de revocación sigue adelante, si bien suspendido, en tanto resuelve la jurisdicción contencioso administrativa y laboral.

De acuerdo con los artículos 31.2 , 13 y 10 del Decreto 227/1997, Real Decreto 598/1985 y la Ley 53/1984, respectivamente, al no haber optado por uno u otro puesto de trabajo en el periodo posesorio se entiende que optó por el de Secretaria de la Agrupación de Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria.

El procedimiento de revocación del nombramiento está suspendido, pues están recurridas la sanción disciplinaria impuesta en vía contenciosa y laboral.



El acusado, si bien dio posesión a su hija en el puesto de Secretaria también lo hizo el alcalde de la otra localidad. El trabajo lo desempeñó sin menoscabo de fondos públicos. Se abstuvo en el momento que Galende le remitió el expediente sancionador para decidir sobre la proposición de revisión del nombramiento.

4) Infracción del principio de presunción de inocencia y de intervención mínima, pues en todo caso no existe contradicción grosera y patente.

TERCERO.- El primero de los recursos debe decaer.

Puesto que el procedimiento penal se incoó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley/14/2015 de modificación de la L. E. Criminal, que entró en vigor el día 6 de diciembre de 2.015, según la disposición final cuarta, debemos recordar la doctrina jurisprudencial recaída sobre las exigencias para revocar por la Audiencia una sentencia absolutoria dictada en primera instancia en un proceso penal.

Con carácter previo habrá de recordarse la doctrina del Tribunal Constitucional, y de la Sala 2^a del Tribunal Supremo Sala en orden a las exigencias para la revocación de las sentencias penales absolutorias. En este sentido, en *SSTS. 176/2013 de 13.3*, *896/2012 de 21.1* y *236/2012 de 22.3 la Sala 2^a del T. S* trayendo a colación la *STC. 135/2011 de 12.9* que recordando la doctrina de dicho tribunal iniciada en la *S. 167/2002, de 18-9*; y reiterada en numerosas posteriores sentencias (las últimas *21/2009, de 26.1* ; *108/2009, de 11.5* ; *118/2009 de 18.5* ; *214/2009, de 30.11* ; *30/2010, de 17.5*) y sirviéndose en su exposición de la *STC 1/2010 de 11-1*, precisa: nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la *STC 167/2002, de 18 de septiembre* (FFJJ 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes *SSTC 21/2009, de 26 de enero*, FJ 2 ; *24/2009, de 26 de enero, FJ 2* ; y *118/2009, de 18 de mayo*, FJ 3), señala que 'el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 C), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción'. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (*SSTC 170/2005, de 20 de junio*, FJ 2, *164/2007, de 2 julio, FJ 2*, y *60/2008, de 26 de mayo*, FJ5). De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (Art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (*SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3* ; *95/2006, de 27 de marzo, FJ* ; *217/2006, de 3 de julio, FJ 1*; *309/2006, de 23 de octubre, FJ 2* ; *360/2006, de 18 de diciembre*, FFJJ 3 y 4). En este sentido, la reciente *STC 45/2011, de 11 de abril*, FJ 3, nos recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, *SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania*, § 55; *1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumania*, § 39; *18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia*, § 64; *10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España*, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (*STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania*, §§ 58 y 59). Respecto de esta misma cuestión, en las *SSTC 120/2009, de 18 de mayo* (FFJJ 3 y 6), y *2/2010, de 11 de enero, (FJ 3)*, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos dicho que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (*SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia*, 32 ; *29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia*, §§ 36, 37 y 39; *29 de octubre de 1991, caso Jan - Ake*



Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su *Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania*, §§ 54 y 55, 58 y 59- que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la *Sentencia de 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros c. San Marino*, §§ 94, 95 y 96-, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al *Juez de apelación*. Más recientemente, en las *SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia* (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España* (§ 31) 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 inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas» (*STC 196/2007, de 11 de septiembre*). En efecto, tempranamente pusimos ya de manifiesto en la *STC 170/2002, de 30 de septiembre* (RTC 200270) (F. 15) la doctrina sentada por la *STC 167/2002, de 18 de septiembre* (RTC 2002 67) no es aplicable cuando, a partir de la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión de hechos declarados probados en estrictamente jurídica, para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el tribunal pueda decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la *STEDH 29 de octubre de 1991* (TEDH 1991 6), caso *Jan-Ake Andersson c. Suecia*, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que « no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos», por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (RCL 1999 190) (en el mismo sentido, *SSTEDH de 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991/45], caso Fejde c. Suecia* ; de 5 de diciembre de 2002 [20022], caso *Hoppe c. Alemani* ; y de 16 de diciembre de 2008 , caso *Bazo González c. España*, § 36)

En segundo lugar, no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de inmediación. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal.

En efecto, no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de *prueba documental*, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la *STC 40/2004, de 22 de marzo* (RTC 20040) (F. 5) cuando afirma que «existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal (en el mismo sentido, *SSTC 198/2002, de 26 de octubre [200298], F. 5* ; *230/2002, de 9 de diciembre [2002 30]*, F. 8; *AATC 220/1999, de 20 de septiembre*, 3 ; *80/2003, de 10 de marzo [2003 0 AUTO]*, F. 1) como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración.

En relación con la *prueba pericial* atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (*STC 143/2005, de 6 de junio [RTC 200543]*, F. 6), esto es, cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que lo documenta (*STC. 75/2006 de 13.3*). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio, con el fin de explicar, aclarar y ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (*SSTC. 10/2004, de 9.2* ; *360/2006 de 18.12* ; y *21/2009 de 26.1*).



Por lo que se refiere a la valoración de *pruebas indiciarias*, hemos declarado que cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación. Si bien, también hemos reiterado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista, ni haber procedido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (*SSTC 127/2010, de 29.11*, *36/2008 de 25.2*, *24/2009 de 26.1*).

En las *SSTC. 15/2007* y *54/2009 de 23.2*, se precisa que es preciso enfatizar que, incluso cuando la credibilidad del testimonio se pondera por el órgano judicial ad quem a partir de la concurrencia de elementos objetivos, será necesaria la garantía de inmediación si con ello se revisa la valoración de tal prueba efectuada en primera instancia. Ello es así porque de la consideración crítica sobre los argumentos utilizados por el órgano a quo para concluir que el testimonio no ofrecía el grado de credibilidad necesario para fundar la condena, no se infiere directamente la veracidad del mismo, sino que para ello es preciso efectuar una valoración específicamente dirigida a afirmar o negar dicha credibilidad, y esta segunda fase del enjuiciamiento habrá de verse necesariamente apoyada sobre elementos de juicio necesitados de la inmediación ... Expresado en otros términos, que las razones por las que un Juez considera que la declaración de un testigo no ostenta credibilidad sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad. En suma, para la valoración de la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediación, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el *art. 24.2 CE*, como de hecho acontece en el presente caso.

Además esta doctrina ha sido matizada en otras *sentencias como las 142/2011 de 26.9* y *126/2012 de 18.6*, en el sentido de que la naturaleza de otras pruebas, singularmente la documental, permite su valoración en fase de recurso, sin que sea precisa la reproducción del debate oral, por lo que la condena por el tribunal Superior basada en tal medio de prueba, sin celebración de vista pública, no infringiría aquel derecho (por todas, *SSTC 40/2004, de 22.3*; *214/2009, de 30.11*; *46/2011 de 11-4*) pero dicha *sentencia 145/2011* contiene una importante advertencia sobre la necesidad de que por el órgano de apelación debió efectuarse la audiencia de los acusados como exigencia del derecho de defensa (*art. 24.2 CE*). Así concluyó: ...por la Audiencia Provincial para alcanzar la convicción condenatoria puede calificarse como estrictamente documental. Ahora bien, en la *STC 184/2009, de 7 de septiembre*, se enfatizó la trascendencia que, desde la perspectiva del derecho de defensa pueden alcanzar aquellas declaraciones. En el mismo sentido, en la reciente *STC 45/2011, de 11 de abril*

, FJ 2, se afirma que cuando en el juicio de apelación el debate no sea estrictamente jurídico, esto es, cuando en el mismo se ventilen cuestiones de hecho que afecten a la declaración de inocencia o culpabilidad, la posibilidad de comparecencia del acusado en el mismo es una expresión del derecho de defensa, de manera que ha de darse a éste la oportunidad de que pueda exponer, ante el Tribunal encargado de revisar la decisión impugnada, su personal versión acerca de su participación en los hechos que se le imputan, lo que ha de concretarse en su citación para ser oído .-

CUARTO.- El delito de prevaricación en forma omisiva, según la doctrina del T. S. ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación omisiva en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución (Acuerdo del Pleno de esta Sala de 30 de junio de 1997 y *STS 784/1997, de 2 de julio*, Alcalde que no convoca un Pleno para resolver una moción de censura, *STS de 9 de junio de 1998*, Alcalde que por enemistad con un vecino se niega a darle un certificado de empadronamiento, *STS núm. 190/1999, de 12 de febrero*, *STS núm. 965/1999, de 14 de junio*, *STS núm. 426/2000 de 18 de marzo*, *STS 647/2002, de 16 de abril*, *STS 1382/2002, de 17 de julio*, Alcalde que se niega a convocar una comisión de investigación en el Ayuntamiento y a facilitar datos a un Concejal, *STS 787/2013, de 23 de octubre*, *STS 771/2015, de 2 de diciembre*, etc.).

Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad.

Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien



porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver *STS 771/2015, de 2 de diciembre*).

Los requisitos del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (*art. 24 CP*) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. *arts. 9.1 y 103 CE*), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (*art. 9.3 CE*).

Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, (*SSTS. Sala 3ª de 20 de noviembre de 2009 y 9 de marzo de 2010*).

Para apreciar la comisión de un delito de prevaricación, en definitiva, será necesario: En primer lugar, una resolución dictada por *autoridad o funcionario* en asunto administrativo; En segundo lugar, que sea contraria al Derecho, es decir, *ilegal*; En tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede *manifestarse* en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable ; En cuarto lugar, que ocasione un *resultado* materialmente injusto; Y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la *particular voluntad* de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (*STS núm. 228/2013, de 22 de marzo*).

En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la *SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo* y *797/2015, de 24 de noviembre* , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el *artículo 404 del Código Penal* vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración , esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (*STS. 443/2008 de 1 de julio*).

Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señalan la *STS 152/2015, de 24 de febrero* o la *STS 797/2015, de 24 de noviembre* , la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

En sentencias de *esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero* , se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada.



Como se recordaba en el *STS 797/2015, de 24 de noviembre*, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal en el escrito de recurso de apelación, insiste que sobre la conducta atribuida al otro acusado y condenado, como constitutiva de un delito de prevaricación administrativa de comisión por omisión, la acusada también ha cometido un delito de prevaricación administrativa de comisión por omisión, pues era conocedora de la existencia de un escrito remitido por la Dirección General del Territorial de la Junta de Castilla y León de fecha 11 de diciembre de 2.013 que instaba a revisar su propio nombramiento, en el que concurría requisito de ilegalidad lo que llevó a que finalmente se iniciara de oficio expediente de revisión que acabó con propuesta de revocación del nombramiento interino de la acusada del ejercicio del cargo de Secretaria Interventora de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada. Palacios de Sanabria, pues vulneraba el Real Decreto 1174 /1087 de 18 de septiembre en sus artículos 1º y 2, f) y g) y artículo 3º d), no adoptando ninguna resolución a la que legalmente estaba obligada para restablecer la legalidad, no solicitó la abstención en relación a la ejecución del expediente de restauración de la legalidad.

El Ministerio Fiscal la acusa de un delito de prevaricación de comisión por omisión, el cual se comete cuando la no evitación de la producción del resultado, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivale, según el texto de la Ley a su causación y, a tal efecto, se equipara la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante un acción u omisión procedente, según el artículo 11 del Código Penal

Pues bien, en primer lugar, según el escrito del recurso del Ministerio Fiscal, el especial deber jurídico infringido por la autora son los artículos 1, 2 y 3 del Real Decreto 1174 /1987 de 18 de septiembre, cuando el escrito de acusación ni siquiera se mencionó la citada norma y, mucho menos, las funciones públicas que establece dicha norma a la Secretaria. Por lo que se infringiría el principio acusatorio si se considera como hecho probado alguno de los que no ha sido acusada, pues debe formar parte de la acusación y del relato de hechos probado el núcleo del tipo penal, que en el caso del delito de prevaricación de comisión por omisión debería figura cual es el especial deber jurídico infringido (la específica obligación legal o contractual o la creación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante la acción u omisión).

Si examinamos el relato de hechos probados, lógicamente, tampoco aparece en el mismo cuál es el especial deber jurídico infringido por la acusada para hacer cometió el delito de prevaricación (la específica obligación legal o contractual o la creación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante la acción u omisión). Y, por consiguiente, puesto que esta Sala no puede añadir hechos probados que no figuran como tales, pues tampoco figuran en el escrito de acusación, no podría revocar una sentencia absolutoria para condenar a la acusada por un delito de prevaricación de comisión por omisión con base en la infracción de una obligación legal que no figura como infringida en el escrito de acusación ni en el relato de hechos probados

SEXTO.- Dicho lo cual, ya sobraría para desestimar el recurso del Ministerio Fiscal.

No obstante lo cual pasamos a examinar cada uno de los puntos del recurso:

1) Sobre que era conocedora de la existencia de un escrito remitido por la Dirección General del Territorial de la Junta de Castilla y León de fecha 11 de diciembre de 2.013 que instaba a revisar su propio nombramiento, en el que concurría requisito de ilegalidad lo que llevó a que finalmente se iniciara de oficio expediente de revisión que acabó con propuesta de revocación de nombramiento interino de la acusada del ejercicio del cargo de Secretaria Interventora de la agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada- Palacios de Sanabria.

Pues bien, al margen de que el escrito de la Dirección General iba dirigido al Presidente de la Agrupación de municipios de Rosinos de .la Requejada y Palacios de Sanabria y no a la acusada, y que se recibió en el ayuntamiento de Rosinos de Requejada el día 16 de diciembre de 2.013, y no el día 11 del mismo mes como figura en los hechos probados de la sentencia recurrida (como se puede comprobar examinado el folio 412), el indicado escrito no contiene un requerimiento para que el presidente de la Agrupación Rosinos de la Requejada actué inmediatamente, sino que pone de relieve que la acusada doña Belinda está desempeñando el puesto de funcionaria interina como Secretaria, Clase 3ª, de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria y, que, a la vista de la documentación remitida, así como la que aportará el



Ayuntamiento de Galende en cuyo ayuntamiento se acordó la suspensión firme de funciones o de empleo y sueldo con una duración de dos años, desde la Agrupación se deberá valorar si el nombramiento de interino efectuado a su favor es ajustado a la legalidad, y en caso de apreciar que no lo es por no cumplir el mismo los requisitos exigibles, se deberán adoptar los acuerdos oportunos proponiendo la revocación del mismo a este Centro Directivo.

El expediente fue remitido por el ayuntamiento de Galende en fecha 10/3/2014, y recibido el día 12/3/2014 en el Ayuntamiento de Rosinos (folios 427 y 428). En dicha fecha, la Dirección General ya había dictado resolución de fecha 11 de marzo de 2.014 iniciando procedimiento de revisión del nombramiento de la acusada como Secretaria, por lo que ni la Agrupación de Municipios, ni el Alcalde acusado, ni la acusada podían ya proponer o informar nada sobre su nombramiento, pues el expediente ya estaba incoado de oficio. Es decir, dado el retraso del ayuntamiento de Galende en remitir el expediente incoado en dicho ayuntamiento sobre la suspensión de la acusada en el puesto de trabajo que desempeñaba en dicho ayuntamiento, cuando se recibió el expediente en el ayuntamiento de Rosinos de la Requejada ya no pudo hacer ninguna propuesta de revisión del nombramiento de la acusada como Secretaria-Interventora de la Agrupación Rosinos de la Requejada- Palacios de Sanabria

Por otro lado, entre el escrito de fecha 4 de diciembre de 2.013, recibido el día 16 de diciembre de 2.016, y la resolución de la Dirección General de inicio del procedimiento revisor de fecha 11 de marzo de 2.014, no se reiteró la petición a la Agrupación, lo que sí ocurrió con el Ayuntamiento de Galende, al que si se le requirió informe en fechas 7 de febrero de 2.014 y 4 de marzo de 2.014 sobre el traslado del expediente al Ayuntamiento de Rosinos de la Requejada, poniéndolo de relieve en los antecedentes de hecho de la resolución de fecha 11 de marzo de 2.014, que al no haber recibido respuesta del Ayuntamiento de Galende a los tres oficios remitidos no resultaba posible conocer el momento a partir del cual la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria tenía la obligación de iniciar expediente revisor del nombramiento.

En definitiva, la acusada, al margen de que ella no era la destinataria del escrito, no pudo proponer la revisión de su nombramiento como Secretaria de la Agrupación Rosinos de la Requejada -Palacios de Sanabria, pues cuando se recibió el expediente del Ayuntamiento de Galende, documentación necesaria para decidir sobre el inicio de la revisión del nombramiento, la Dirección General Territorial ya había iniciado el expediente de revisión del nombramiento.

2) El Ministerio Fiscal destaca que la acusada, como Secretaria -Interventora de la Agrupación de municipios Rosinos de la Requejada- Palacios de Sanabria, infringió el artículo 1 a), artículo 2 f) y g) y artículo 3º d) del Real Decreto 1174 /1987 de 18 de septiembre, cuando insistimos que es la primera vez que se menciona la infracción de dichos preceptos que, en su caso, debería figurar como infringidos en el relato de hechos probados, como exigencia del núcleo del delito de prevaricación del artículo 404 en relación con el artículo 11 del C. P .

Pues bien, del conjunto de preceptos citados por el Ministerio fiscal en el escrito de recurso, podrían tener relación con el delito de que es acusada la letra a) del artículo 1º y la letra d) del artículo 3º que establece la función pública de la Corporación Local, la de Secretaria, comprensiva de la fe pública y asesoramiento legal preceptivo y, dentro de esta última, informar, en las sesiones de los órganos colegiados a que asista y cuando medie requerimiento expreso de quien presida , acerca de los aspectos legales del asunto que se discuta, con objeto de colaborar en la corrección jurídica de la decisión que haya de adoptarse. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión sobre cuya legalidad pueda dudarse podrá solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar al Corporación.

Desde luego, ninguna relación con el delito de prevaricación de comisión por omisión de la acusada tiene la función de fe pública. Mientras que la de asesoramiento legal preceptivo se debe producir cuando concurren los siguientes requisitos: a) En sesiones de los órganos colegiados a que asista; b) que medie requerimiento expreso de quien presida y, c), sobre aspectos legales discutidos.

Obviamente, el que la acusada hubiera permanecido durante varios años compatibilizando el puesto de trabajo de personal interino como Secretaria -Interventora de clase tercera de la Agrupación de municipios Rosinos de la Requejada-Palacios de Sana6bria y trabajadora de personal laboral a tiempo completo en el ayuntamiento de Galende, cuyos puestos de trabajos son incompatibles de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, cuyo hecho figura como probado en la sentencia y no ha sido objeto de controversia, la letra d) del artículo 3 del Real Decreto 1174/1987 no le obligaba a asesorar sobre dicho extremo a la corporación, pues ni eran sesiones de los órganos colegiados a que asista, ni consta que mediara requerimiento expreso de quien presida, ni era sobre aspectos legales discutidos en la correspondiente sesión.



En definitiva, no consta que se hubiera requerido a la acusada por el Presidente de la Corporación, ni por ningún Concejal o Diputado que informase sobre la incompatibilidad entre el puesto de trabajo de personal interino como Secretaria .Interventora de clase tercera de la Agrupación de municipios Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria y trabajadora de personal laboral a tiempo completo en el ayuntamiento de Galende, por lo que ningún deber de información o asesoramiento incumplió para cometer el delito de prevaricación de comisión por omisión, mientras tampoco lo pudo cometer por acción, pues no dicta ninguna resolución, acuerdo , etc..,

Luego no se ha infringido por la acusada lo establecido en la normativa del Real Decreto 1174/1987 de 18 de septiembre.

3) Sobre el acuerdo entre los dos acusados en el mantenimiento de la situación de ilegalidad en el nombramiento, sin adoptar ninguna resolución a que legalmente estaban obligados para restablecer la legalidad.

Hecho el nombramiento de la acusada como Secretaria-Interventora de la Agrupación de municipios Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria por la Dirección General, sin ninguna intervención del padre de la acusada en el proceso de selección, en el momento de tomar posesión del puesto de Secretaria debió haber pedido la excedencia voluntaria en el puesto de trabajo del Ayuntamiento de Galende de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 53/1.984, de 26 de diciembre en relación con el artículo 13.32 del Real Decreto 598 de 30 d abril y el artículo 31.2 del Decreto 227 de 20 de noviembre y, en su caso, de no pedirla haberla cesado en el ayuntamiento de Galende.

Por todo ello, durante el tiempo que desempeño ambos puestos de trabajo en la administración pública, desde el 22 de noviembre de 2.005 hasta el 7 de noviembre de 2.011, en efecto estuvo en situación de incompatibilidad. Ahora bien, para incurrir en un delito de prevaricación del artículo 404 del C. P . de comisión por omisión, puesto que la acusada no ha dictado ninguna resolución es preciso que hubiera infringido un especial deber jurídico, que en el caso de la acusada sería de informar al ayuntamiento sobre su situación de incompatibilidad, que como ya hemos expuesto anteriormente no se incluyó en la acusación ni en el relato de hechos probados cual es el deber jurídico especial que infringió, y ninguna de las normas legales mencionadas por primera vez por el Ministerio fiscal en el escrito de recurso han sido infringidas.

En efecto la Secretaria continua ejerciendo dicho cargo, pues la Propuesta de Resolución del Instructor del expediente de revocación del nombramiento interino de la acusada todavía está pendiente de resolución por acuerdo de suspensión del procedimiento.

3) Sobre la falta de abstención por parte de la acusada relación a la ejecución del expediente de restauración de la legalidad.

En primer lugar, el expediente de revisión sobre el nombramiento de la acusada como Secretaria de 3ª clase para la Agrupación Rosinos de la Requejada -Palacios de Sanabria, incoado por la Dirección General de Ordenación todavía está en trámite, pues está suspendido, por lo que la acusada no podía abstenerse en un procedimiento de ejecución no incoado.

En segundo lugar, en la resolución de fecha 11 de marzo de 2.014 (folios 417 y 418), en que se resolvió iniciar procedimiento de revisión de la Resolución de la Dirección General de Administración Territorial por el que se efectuó el nombramiento de la acusada doña Belinda solo se acordó poner en conocimiento de la acusada la incoación del expediente., sin que intervenga más que como interesada en el mismo.

En tercer lugar, el ayuntamiento de Rosinos de la Requejada no emitió ningún informe, sino que se limitó a enviar un escrito de alegaciones que formuló el Vicepresidente de la Agrupación, que no es ninguno de los acusados y fue nombrado para sustituir al acusado, don Torcuato , mientras se tramitaba el expediente de revisión de oficio del nombramiento de la Secretaria.

En cuarto lugar, no coinciden las alegaciones que hizo el Vicepresidente de la Agrupación de municipios y las que hizo la Secretaria en el procedimiento Contencioso Administrativo, pues las alegaciones que hizo el Vicepresidente de la Agrupación se refieren a que no puede acudir como causa de revocación a la posible existencia de una situación de incompatibilidad previa a la resolución del nombramiento; mientras que en la demanda presentada en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Zamora se alegan como motivos la falta de motivación, falta de competencia del Instructor, identidad del Instructor y Secretario, no se recibió declaración a la expedientada, falta de notificación de resoluciones, extemporaneidad del pliego de cargos, falta de identidad entre la propuesta de resolución y la notificada,

En quinto lugar, como ya hemos expuesto en anteriores fundamentos, la acusada no ha incumplido las funciones encomendadas por el Real Decreto 1174/1987.



Por otro lado, incoado de oficio el procedimiento de revisión del nombramiento de la acusada, es la Dirección General la que nombra Instructor y el secretario del expediente, sin que intervenga la acusada más que como interesada en el expediente.

4) Sobre la afectación de los derechos de los administrados y la colectividad en general.

La acusada ni puede dictar actos de trámite ni políticos. Y tampoco ha causado perjuicio a las arcas municipales de acuerdo con la resolución del Tribunal de Cuentas, que resolvió no incoare procedimiento de reintegro por alcance al haberse producido menoscabo a las arcas municipales, ya que la acusada desempeña ambos trabajos.

SEPTIMO.- El segundo de los recursos debe decaer.

El Ministerio fiscal en su escrito de conclusiones elevadas a definitiva acusada a don Torcuato como autor responsable de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del C. P . indicando en el escrito tanto acciones como omisiones, cuyo precepto castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, el cual se comete en comisión por omisión cuando la no evitación de la producción del resultado, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivale , según el texto de la Ley a su causación y, a tal efecto, se equipara la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante un acción u omisión precedente.

Expuso que el acusado siendo conocedor de la existencia de irregularidades administrativas y vulnerando de forma expresa y abiertamente la regulación que rige la contratación laboral y administrativa en la entidad local de la que formaba parte, formando parte del órgano de selección del que era presidente, el indicado órgano propuso el nombramiento de su hija, tras superar las correspondientes pruebas selectivas, para cubrir la plaza de Secretaria-Interventor de clase tercera de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada y Palacios de Sanabria, de la que fue nombrada, pese a que la aspirante estaba incurso en causa de incompatibilidad en el momento de la convocatoria, pues trabajaba como personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Galende, de acuerdo con el Decreto 32/205 de selección de personal interino para los puestos reservados a funcionarios con habilitación nacional de la Junta de Castilla y León y el artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre .

La acusada tomó posesión del citado puesto el día 22 de noviembre de 2.005 y simultaneó el ejercicio de ambos cargos hasta noviembre de 2.01, en que, a consecuencia de una denuncia de un particular, pidió la excedencia en el puesto de trabajo del ayuntamiento de Galende.

Pese a que estaba obligado legalmente a iniciar procedimiento para revisar la resolución de nombramiento de su hija como Secretaria-Interventora interina en calidad de Alcalde, paralizó durante un periodo de tiempo de alrededor de tres años el inicio del expediente de revisión, no dictando resolución alguna hasta que ante su inactividad el órgano competente la administración autonómica procedió a revisarlo de oficio por denuncia presentada.

En definitiva atribuye al acusado dos acciones que constituirían el delito de prevaricación por acción: formar parte del órgano de selección que propuso el nombramiento de la acusada como Secretaria-Interventora interina de la Agrupación de la municipios de la que era alcalde, pese a que concurría en la acusada causa de incompatibilidad de acuerdo con el Decreto 32/2005 y la Ley 53/84, y la toma de posesión una vez nombrada. Otras, por omisión: inactividad en iniciar el procedimiento de revisión de la resolución de nombramiento de la acusada, pese a conocer que la acusada estaba desempeñando dos puesto de la administración pública incompatibles de acuerdo con la normativa legal vigente.

La sentencia recurrida recoge en el relato de hechos probados como tales a efectos de incardinarlos en el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal el hecho de que el acusado, alcalde de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria pese a conocer la situación de que su hija había tomado posesión del puesto de Secretaria Interventora en la indicada Agrupación y también desempeñaba un puesto de trabajo de personal laboral en otro ayuntamiento, la mantuvo. Además, de no haber realizado ninguna actuación para revisar el nombramiento de su hija como Secretaria de la agrupación de la que era alcalde hasta el día 13 de marzo de 2.014, pese a que había recibido escrito de la Dirección General de Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León con fecha 11 de diciembre de 2.013, instándole a la revisión, iniciando expediente de revisión de oficio la Junta de Castilla y León.

Esta Sala en auto de fecha 3 de septiembre de 2.015 , resolviendo recurso de apelación contra el auto que acordó seguir por los tramite del Procedimiento Abreviado, declaró que los presuntos delitos de prevaricación previstos en los artículos 405 y 506 del Código Penal (proponer, nombrar o dar posesión para el ejercicio e un determinado cargo público, o aceptación de propuesta, nombramiento o toma de posesión



para cargo público), como delitos de consumación instantánea estarían prescritos, pues cometidos los días 4, 22 de noviembre de 2.005, hasta el 13 de mayo de 2.,013, fecha de presentación de denuncia ante la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, transcurrieron ocho años sin interrumpir la prescripción de cinco años de acuerdo con el artículo 131.1 del C. P .

Por consiguiente, los actos de propuesta de nombramiento, toma y aceptación de posesión, aprobación de bases de convocatoria del concurso están prescritos, quedando como ya dijimos en dicho auto y el aclaratorio de fecha 11 de septiembre de 2.015, el haber permitido durante los años 2.005-2.011 que la acusada hubiera permanecido desempeñando dos puestos de trabajo en la administración pública incompatibles.

OCTAVO.- El primero de los motivos del recurso debe decaer.

El hecho de que el acusado, como alcalde de la Agrupación de municipios, hubiera aprobado las Bases de la convocatoria de concurso de méritos para cubrir por personal interino el puesto de Secretaría-Intervención de la clase tercera mediante resolución de fecha 19 de octubre de 2.005, no constituía ninguna infracción del artículo 404 del c. P . pues era el competente para aprobar la bases de la convocatoria y no hay datos para inferir que su hija, que ya desempeñaba una plaza laboral en el ayuntamiento de Galende, se presentaría al concurso de méritos convocado. Además, la situación de incompatibilidad, entre los dos puesto de trabajo surgiría en el momento de la toma de posesión del puesto de trabajo de Secretaria-Interventora, según el artículo 10 de la Ley 53/1984 .

Por otro lado, al margen de que el hecho de que el acusado hubiera formulado la Propuesta de Resolución de nombramiento como Secretaria Interina de la Agrupación de Municipios a su hija doña Belinda , no significaba más que traslada a la Dirección General de Administración Territorial de la Junta de Castilla León la propuesta que había realizado la Comisión de Selección a la vista de los resultados de la valoración de méritos en la fase de concurso, tampoco en dicho momento concurría causa de incompatibilidad, como ya hemos dicho, que se produce en el momento de tomar posesión del nuevo cargo sin presentar la excedencia en el anterior puesto de trabajo de la administración pública.

En todo caso, como ya hemos dicho, el acto de aprobación de las Bases del concurso, la propuesta de nombramiento y el acto de dar posesión del puesto de trabajo están prescritos. Todo ello, sin olvidar que en el momento de darle posesión del puesto de Secretaria Interventora no consta que conociera si ya había pedido la excedencia en el puesto de trabajo del ayuntamiento de Galende.

Dicho lo cual, es una simple excusa alegar, que, pese a ser cierto que el recurrente conocía la situación de su hija, que compatibilizaba el cargo de Secretaria-Interventora del ayuntamiento del que era alcalde y el puesto de trabajo de personal laboral a tiempo completo en otro ayuntamiento, desconocía que hubiera incompatibilidad entre ambos puesto de trabajo, pues, pese a que nunca hubiera habido ninguna denuncia en ningún organismo sobre dicha situación; que los secretarios precedentes habían desempeñado el cargo de secretario con otros puestos en otras administraciones sin que se formularan denuncias; que no desconfiara, pues en la misma denuncia de IU se aludía a otras tres personas que estaban en la misma o situación parecida, sin que se haya seguido procedimiento contra ellos; y que se hubiera consultado el mismo día de la presentación de la moción al Secretario de la Diputación para que le informara, cesando la otra acusada en el puesto de trabajo del ayuntamiento de Galende el día 7 de noviembre de 2.011, lo que no cabe duda, y el propio acusado y condenado reconoce la situación de incompatibilidad de su hija para desempeñar simultáneamente dos puestos de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo los supuestos previstos en la norma, es que según el artículo primero de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (El personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por si o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo los supuestos previstos en la misma), cuando su hija estaba compatibilizando, percibiendo remuneración de cada una, dos actividades, de Secretaria-Interventora interina en la Agrupación de municipios de la que era alcalde el acusado y personal laboral a tiempo completo en otro ayuntamiento de la misma comarca.

Al margen de que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, según el artículo 6.1 del Código Civil , el acusado por razón del puesto que desempeñaba, alcalde de una Agrupación de municipios desde hacía varios años, si no conocía a ciencia cierta si su hija podía desempeñar dos puestos de trabajo, cargo o actividad en el sector público, tuvo gran facilidad para informarse de forma precisa a través de la Diputación Provincial o la propia Junta de Castilla y León, no solo de que su hija antes de tomar posesión del puesto de Secretaria Interventora de la Agrupación de municipios debería haber pedido la excedencia del puesto de trabajo del Ayuntamiento de Galende, sino también en el curso de los años en su hija compatibilizó ilegalmente los dos puestos de trabajo incompatibles, pues es bien sabido, con unos mínimos conocimientos, más un persona que es alcalde de una Agrupación de municipios, que por lo general nadie puede desempeñar,



salvo excepciones reguladas legalmente, simultáneamente dos puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público. Y, esa duda que pudo abrigar en un primer momento, pudo y debió salir de ella a través de la información, asesoramiento de otras administraciones, o de la propia investigación del acusado, consultando la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de cuya simple lectura es fácil comprobar la incompatibilidad.

NOVENO.-El segundo de los motivos del recurso debe prosperar, como ya hemos expuesto al resolver el otro recurso.

En efecto el escrito de la Dirección General iba dirigido al Presidente de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada y Palacios de Sanabria, es decir al acusado, Se recibió en el ayuntamiento de Rosinos de Requejada el día 16 de diciembre de 2.013, y no el día 11 del mismo mes como figura en los hechos probados de la sentencia recurrida (como se puede comprobar examinado el folio 412). El indicado escrito no contiene un requerimiento para que el presidente de la Agrupación e municipios de Rosinos de la Requejada actué inmediatamente, sino que pone de relieve que la acusada doña Belinda está desempeñando el puesto de funcionaria interina como Secretaria, Clase 3ª, de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria y, que, a la vista de la documentación remitida, así como la que aportará el Ayuntamiento de Galende en cuyo ayuntamiento se acordó la suspensión firme de funciones o de empleo y sueldo con una duración de dos años, desde la Agrupación se deberá valorar si el nombramiento de interino efectuado a su favor es ajustado a la legalidad, y en caso de apreciar que no lo es por no cumplir el mismo los requisitos exigibles, se deberán adoptar los acuerdos oportunos proponiendo la revocación del mismo a este Centro Directivo.

El expediente fue remitido por el ayuntamiento de Galende en fecha 10/3/2014, y recibido el día 12/3/2014 en el Ayuntamiento de Rosinos de la Requejada (folios 427 y 428). En dicha fecha, la Dirección General ya había dictado resolución de fecha 11 de marzo de 2.014 iniciando procedimiento de revisión del nombramiento de la acusada como Secretaria, por lo que el Alcalde, acusado, ya no proponer nada sobre su nombramiento, pues el expediente ya estaba incoado de oficio. Es decir, dado el retraso del ayuntamiento de Galende en remitir el expediente incoado en dicho ayuntamiento sobre la suspensión de la acusada en el puesto de trabajo que desempeñaba en dicho ayuntamiento, cuando se recibió el expediente en el ayuntamiento de Rosinos de la Requejada ya no pudo hacer ninguna propuesta de revisión del nombramiento de la acusada como Secretaria- Interventora de la Agrupación Rosinos de la Requejada- Palacios de Sanabria

Por otro lado, entre el escrito de fecha 4 de diciembre de 2.013, recibido el día 16 de diciembre de 2.016, y la resolución de la Dirección General de inicio del procedimiento revisor de fecha 11 de marzo de 2.014, no se reiteró la petición a la Agrupación, lo que sí ocurrió con el Ayuntamiento de Galende, al que si se le requirió informes en fechas 7 de febrero de 2.014 y 4 de marzo de 2.014 sobre el traslado del expediente al Ayuntamiento de Rosinos de la Requejada, poniéndolo de relieve en los antecedentes de hecho de la resolución de fecha 11 de marzo de 2.014, que al no haber recibido respuesta del Ayuntamiento de Galende a los tres oficios remitidos no resultaba posible conocer el momento a partir del cual la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria tenía la obligación de iniciar expediente revisor del nombramiento.

En definitiva, el acusado, destinatario del escrito, no pudo proponer la revisión del nombramiento de su hija como Secretaria de la Agrupación Rosinos de la Requejada -Palacios de Sanabria, pues cuando se recibió el expediente del Ayuntamiento de Galende, documentación necesaria para decidir sobre el inicio de la revisión del nombramiento, la Dirección General Territorial ya había iniciado el expediente de revisión del nombramiento.

DÉCIMO. - El tercero de los motivos del recurso debe decaer.

Como se recordaba en el *STS 797/2015, de 24 de noviembre*, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución o conocer toda la normativa legal, en este caso sobre incompatibilidades de los funcionarios que desempeñan puesto de trabajo en el ayuntamiento del que es alcalde. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.



En efecto el acusado en abril de 2012, cuando tuvo conocimiento de la denuncia contra su hija, y el 13 de mayo de 2014, cuando el Director General le comunicó a la Agrupación la propuesta de Resolución de inicio de procedimiento revisor del nombramiento de su hija como Secretaria Interventora de la Agrupación de municipios Rosinos de la Requejada Palacios de Sanabria, y recibe el expediente de Galende, se abstuvo de intervenir

Es cierto que no es competente ni para nombrar ni para cesar a ningún funcionario, según el Real Decreto 1732/1994, artículo, 34 y 37, sino que ni siquiera propone la revisión o revocación del nombramiento, según el artículo 8 j) del Decreto 32/2.011 y artículos 4 y 5 del citado Decreto .

En efecto, tampoco se ha creado ninguna situación de riesgo, pues el expediente de revocación sigue adelante, si bien suspendido, en tanto resuelve la jurisdicción la jurisdicción penal.

De acuerdo con los artículos 31.2 , 13 y 10 del Decreto 227/1997, Real Decreto 598/1985 y la Ley 53/1984, respectivamente, al no haber optado por uno u otro puesto de trabajo en el periodo posesorio se entiende que optó por el de Secretaria de la Agrupación de Rosinos de la Requejada.-Palacios de Sanabria. Sin embargo, la situación de incompatibilidad persistió desde la toma de posesión en el puesto de la Agrupación de municipios hasta que pidió la excedencia voluntaria en el puesto de trabajo del ayuntamiento de Galende.

Es cierto que el acusado dio posesión a su hija en el puesto de Secretaria y también lo hizo el alcalde de la localidad de Palacios de Sanabria. Pero, pese a que el procedimiento no se haya seguido contra el alcalde de esta última localidad, ello no justifica que no se siga contra el alcalde de Rosinos de la Requejada. Sin perjuicio de que, como hemos dicho, el acto de la dación de posesión (artículo 505 del C. P .) está prescrito, que es el único acto en que intervino el otro alcalde.

Que no se haya menoscabo los fondos públicos, como se deduce la resolución de Tribunal de Cuentas, tampoco exime de perseguir el delito de prevaricación por omisión por inactividad en vigilar y controlar el cumplimiento del régimen de incompatibilidades, pues el delito de prevaricación es un delito de actividad.

La prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver STS 771/2015, de 2 de diciembre).

Pues bien, de acuerdo con el artículo 20.3 de la Ley 53/1.984, de 26 de diciembre , que regula las incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, aplicable al personal al servicio de las Corporaciones Locales y a los Organismos de ellos dependientes, aplicable, por tanto, a la hija del acusado, Secretaria interina de la Agrupaciones de municipios Rosinos de la Requejada, Palacios de Sanabria y persona laboral a tiempo completo del ayuntamiento de Galende, que compatibilizó ambos puestos de trabajo durante varios años, los órganos a los que compete la dirección, inspección o jefatura de los diversos servicios cuidaran bajo su responsabilidad de prevenir y corregir, en su caso, las incompatibilidades en que pueda incurrir el personal.

Por tanto, el acusado, como Alcalde Presidente de la Agrupación de municipios Rosinos de la Requejada-Palacios de Sanabria, que desempeña la jefatura de personal de todo el personal del ayuntamiento, según el artículo 21 h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril , tenía obligación legal de prevenir y corregir las incompatibilidades en que pudieran incurrir el personal bajo su mando, entre ellos la Secretaria. Y, aunque, no tuviera competencia para cesar a la Secretaria, cuya competencia la tiene atribuida quien la nombró el Director General, si que debió comunicar o iniciar de oficio expediente de revisión del nombramiento de su hija, remitiéndolos al órgano competente para su resolución, debido a esas facultades de prevención y corrección del cumplimiento de la normativa legal sobre incompatibilidades.

Si bien no es aplicable a las Corporaciones Locales, el Decreto 227/1997 de 20 de noviembre, según el artículo 2 , el artículo 20 contiene una norma similar a la Ley 53/1984 sobre control de incompatibilidades, especificando en el número 1 que se encomienda dicho control a las autoridades, altos cargos, responsables de centros y órganos específicos de inspección, así como a los órganos de dirección de entes de la Administración institucional. Es decir, el control y vigilancia del cumplimiento del régimen de incompatibilidades no solo queda encomendado a los órganos de inspección específicos, sino también a las autoridades, altos cargos, como es el caso de autos el Alcalde Presidente de la Corporación que ostenta la jefatura de todo el personal al servicio del ayuntamiento.



En suma, si el alcalde, acusado, desempeñaba la jefatura de personal sobre su hija, nombrada Secretaría-Interventora de la Agrupación de municipios de Rosinos de la Requejeda y Palacios de Sanabria, habiendo desempeñado aquélla los puestos de trabajo de Secretaria-Interventora en la indicada agrupación y de personal laboral a tiempo completo en el ayuntamiento de Galende durante varios años, conociendo el acusado dicha situación y la incompatibilidad, al no haber adoptado ninguna resolución para vigilar, controlar y corregir la infracción de la ley de incompatibilidades, según dispone la Ley 53/1.984, bien poniéndolo en conocimiento de los órganos competentes para promover expediente de revisión del nombramiento, bien iniciando de oficio expediente de revisión del nombramiento y posterior remisión al órgano competente para su resolución, es evidente que cometió el delito de prevaricación administrativa por omisión, porque existe una norma clara que de forma imperativa le imponía la obligación de vigilar, controlar y corregir las incompatibilidades del personal a su servicio, sin adoptar ninguna resolución para corregir el incumplimiento de la ley de incompatibilidades.

UNDÉCIMO.- El último de los motivos del recurso debe decaer.

Desde luego no se ha infringido el derecho constitucional de presunción de inocencia, pues se ha practicado en el acto del juicio rodeados de las garantías de publicidad, oralidad, contradicción, defensa, contradicción e intermediación, prueba de cargo más que suficiente para desvirtuar dicho derecho constitucional, debiendo destacar la prueba documental pública que figura unida como anexos, que no ha sido impugnada y que fue dada por reproducida en el acto del juicio, de la cual se obtiene los datos esenciales de los hechos probados, es decir la situación de incompatibilidad de la acusada, hija del acusado, consentida por el acusado, junto con el conocimiento que tenía el acusado de dicha situación sin adoptar ninguna resolución para terminar con ella.

Por otro lado, "Como señala la SSTS. 238/2013 de 22 de marzo y 426/2016 de 19 de mayo , el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. Por ello - como expresa la STS. 941/2009 de 29 de septiembre - el artículo 404 del CP , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Se trata de una figura penal que constituye un *delito especial propio*, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP), sin perjuicio de la cláusula de comunicabilidad hacia los no funcionarios prevista en el art. 65.3 del Código penal , cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento , bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente, o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada-, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público (SSTS. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.201).

Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia, tal como la STS. 627/2006 de 8.6, en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II , por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002 , 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 ("palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades



procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002), con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del C.P. STS. 284/2009 de 13.3 .

Pues bien, conociendo el acusado la situación de su hija y la incompatibilidad al desempeñar durante varios años dos puesto de trabajo incompatibles legalmente, no adoptó ninguna resolución para vigilar, controlar y corregir la infracción de la ley de incompatibilidades, según dispone la Ley 53/1.984, bien poniéndolo en conocimiento de los órganos competentes para promover expediente de revisión del nombramiento, bien iniciando de oficio expediente de revisión del nombramiento y posterior remisión al órgano competente para su resolución, por lo que es evidente que cometió el delito de prevaricación administrativa por omisión, porque existe una norma clara que de forma imperativa le imponía la obligación de vigilar, controlar y corregir las incompatibilidades del personal a su servicio, sin adoptar ninguna resolución para corregir el incumplimiento de la ley de incompatibilidades.

DUODÉCIMO. - Pese a desestimar los dos recuso de apelación se declaran de oficio las costas de ambos recursos, según los artículos 239 y 240 de la L. E. Criminal , pues no existe temeridad.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la procuradora doña Margarita Pozas Requejo, en nombre de don Torcuato , contra la sentencia de fecha veinte de julio de dos mil dieciséis dictados por la Ilma. Magistrada Jueza del Juzgado de lo Penal de Zamora .

Confirmamos dicha sentencia y declaramos de oficio las costas de este recurso.

Contra esta sentencia, que es firme, no cabe recurso en vía jurisdiccional ordinaria.

Dedúzcase testimonio de esta resolución, y remítase en unión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando el mismo celebrando Audiencia Pública, en el día de la fecha, certifico.