AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)
A CORUÑA

AUTO: 00163/2014

Domicilio: RÚA VIENA S/N, 4ª PLANTA, SANTIAGO DE COMPOSTELA
Telf: 981- 54.04.70
Fax: 981- 54.04.73

Modelo: 662000
N.I.G.: 15078 43 2 2013 0010553
ROLLO: APELACION AUTOS 0000191 /2014
Juzgado procedencia: XDO. DE INSTRUCIÓN N. 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA
Procedimiento de origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0005542 /2013

RECURRENTE: MARIA AMELIA GONZALEZ BRANDARIZ, JUAN JOSE DE LA FUENTE FUENTES , CECILIA SIERRA REY , MARIA PARDO VALDES , MARIA CASTELAO TORRES , FRANCISCO JAVIER NOYA IGLESIAS , JOSE LUIS GARCIA BELLO
Procurador/a: DOMINGO NUÑEZ BLANCO, DOMINGO NUÑEZ BLANCO , DOMINGO NUÑEZ BLANCO , DOMINGO NUÑEZ BLANCO , DOMINGO NUÑEZ BLANCO , DOMINGO NUÑEZ BLANCO , DOMINGO NUÑEZ BLANCO
Letrado/a: PABLO RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO, PABLO RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO , PABLO RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO , PABLO RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO , PABLO RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO , PABLO RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO , PABLO RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO
RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL

AUTO Nº163/2014

==========

ILMOS. MAGISTRADOS:
D. JOSE RAMON SANCHEZ HERRERO
D. JOSE GOMEZ REY
Dª MARIA DEL CARMEN MARTELO PEREZ

==========

En Santiago de Compostela, a siete de mayo de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la causa referenciada se dictó el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santiago de Compostela auto de fecha veinticuatro de febrero de dos mil catorce.

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por MARIA AMELIA GONZALEZ BRANDARIZ, JUAN JOSE DE LA FUENTE FUENTES, CECILIA SIERRA REY, MARIA DE LOS OJOS GRANDES PARDO VALDES, MARIA CASTELAO TORRES, FRANCISCO JAVIER NOYA IGLESIAS Y JOSE LUIS GARCIA BELLO recurso de apelación, el cual fue admitido en un solo efecto, remitiéndose en su virtud a este Tribunal testimonio de particulares con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibido el testimonio se sustanció el recurso por todos sus trámites, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 30 de Abril de 2014.

Siendo Ponente el Ilmo. Magistrado D. JOSE GOMEZ REY.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre en apelación el Auto dictado por el juzgado de instrucción el 24 de febrero de 2014, en el que se decretó el cierre de la instrucción y la apertura de la fase intermedia del procedimiento abreviado.

A) En el Auto recurrido se identificó como imputados a los recurrentes, miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santiago de Compostela que votaron favorablemente, en la sesión celebrada el 30 de mayo de 2012, el acuerdo de asumir los gastos de representación y defensa procesal del concejal delegado de Deporte en los términos que figuran en la propuesta transcrita inmediatamente antes del acuerdo. La propuesta, presentada el mismo día que se adoptó el acuerdo por el concejal D. Adrián Varela Sarandeses, era del siguiente tenor: “Que se apruebe que los gastos de representación y defensa procesal del Concejal que suscribe en el mencionado procedimiento judicial de número de Diligencias Previas 972/2011 será asumido por el presupuesto municipal de acuerdo con los derechos que como miembro de la Corporación le asisten a favor del abogado D. Javier Míguez Poza, sin perjuicio de la posterior fiscalización que se derive de las minutas correspondientes”.

En la resolución recurrida se concluye que la adopción de ese acuerdo no se condicionó a las exigencias s señaladas por la jurisprudencia, exigencias conocidas por los concejales imputados por constar expresamente en el informe emitido por el Secretario, del que se dio cuenta y que se transcribió antes de la resolución. El Auto recurrido recalca que la asunción del gasto se acordó sin condicionarla a que recayese auto de archivo o sentencia absolutoria en el proceso penal y conociendo que la imputación lo era por delito que podía haber sido llevado a cabo con abuso, exceso o desviación de poder, o en convergencia con intereses particulares propios o de su grupo político, susceptibles de ser discernidos de los intereses propios de la Corporación Local. A ello añade que, en los términos en que el acuerdo fue adoptado, la Junta de Gobierno creó un vínculo directo entre el Letrado designado por el Concejal y la Corporación Local y que se adoptó sin aprobar partida presupuestaria concreta y sin introducir ningún límite cuantitativo, falta de prevenciones que considera relevante. De todo ello infiere la juez de instrucción que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, posibilidad que aboca a

continuar la causa por los trámites del procedimiento abreviado.

B) En el recurso de apelación interpuesto por los Concejales imputados se niega que la adopción del acuerdo referido pueda calificarse de ilegal o contraria al ordenamiento jurídico y, menos aún, merecer la calificación de resolución injusta, elemento típico del delito de prevaricación. Los recurrentes sostienen que una interpretación correcta del acuerdo ha de llevar a concluir que en él se recogen todas y cada una de las condiciones previstas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002. Sin perjuicio de un análisis posterior más detallado cabe exponer sucintamente las razones en que se basan para fundamentar esta afirmación: a) en el acta de la sesión se transcribió, antes del acuerdo, el informe emitido por el Secretario del Ayuntamiento, que acumula la Dirección de la Asesoría Jurídica, en el que se hacían constar las condiciones exigidas por la jurisprudencia para asumir un gato de ese tipo, informe que integra el acuerdo y forma parte intrínseca del mismo, de modo que la Junta de Gobierno aprobó la propuesta de resolución realizada por el Director de la Asesoría Jurídica, sin que los concejales sean quienes realizan la redacción del acuerdo; b) El acuerdo se adoptó “sin perjuicio de la posterior fiscalización que se derivase de las minutas correspondientes”, fiscalización que permitiría un control posterior de la legalidad del gasto y del respeto a las exigencias legales y jurisprudenciales para satisfacer una indemnización de esa naturaleza; c) en el caso de que los gastos se abonaran y después no se cumpliesen las condiciones se podría proceder al reintegro de lo indebidamente pagado; d) Los informes emitidos con posterioridad por el Secretario y por el Interventor del Ayuntamiento, y por la Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de A Coruña, concluyen que el acuerdo se ajusta a la legalidad; e) el acuerdo no presupone ningún contrato del Ayuntamiento con el abogado y es irrelevante que no conste la partida presupuestaria con cargo a la cual se deberían hacer los pagos, ni límites cuantitativos para la indemnización; f) Ni la Administración del Estado ni la de la Comunidad Autónoma, a la que se remiten copia de los acuerdos, han requerido al Ayuntamiento para que anule el acto por infringir el ordenamiento jurídico; y g) la necesidad de que la ilegalidad de la resolución sea evidente y patente, careciendo de cualquier interpretación razonable para apreciar el delito de prevaricación, recordando el carácter de ultima ratio del ordenamiento penal.

C) Conviene señalar que el procedimiento, al no tener efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto, continuó su curso. El Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación el 27 de marzo de febrero de 2014, en el que atribuye a los recurrentes la comisión, como autores, de un delito de prevaricación. El Juzgado de Instrucción dictó Auto de apertura del juicio oral el 3 de marzo de 2014, teniendo por formulada la acusación.

La tesis del Ministerio Fiscal, que expone en su escrito de oposición al recurso de apelación y coincide en parte con la argumentación del Auto recurrido, se centra en el carácter incondicionado del acuerdo, en el que se omite cualquier referencia a lo informado por el Servicio Jurídico. Para el Ministerio Fiscal la solicitud del informe no presupone su integración en el acuerdo. El informe jurídico señalaba los condicionantes que debían de darse de forma inexcusable para asumir el gasto, gasto que los concejales decidieron asumir sin establecer esas condiciones. A ello añade, como indicios de una voluntad torticera, la urgencia en la tramitación de la petición y la aceptación de destinar fondos públicos al pago de un abogado en concreto. Recuerda que el delito se consuma con la adopción del acuerdo de asunción del gasto, resultando penalmente indiferente que no se hayan llegado a producir los pagos.

SEGUNDO.- Después de exponer sucintamente los argumentos en que se basa el Auto recurrido, los del recurso de apelación y los de la oposición del Ministerio Fiscal, y antes de analizarlos y dar cuenta de nuestra posición, nos parece conveniente resumir la doctrina jurisprudencial sobre dos cuestiones que en éste caso y en éste momento son esenciales. Una, de naturaleza sustantiva o material, son los requisitos del delito de prevaricación. Otra, de naturaleza adjetiva o procesal, es la naturaleza del Auto de transformación en procedimiento abreviado.

A) SOBRE EL DELITO DE PREVARICACIÓN:

Las STS de 1 de julio de 2009 recuerda que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sistematizado los requisitos necesarios para la apreciación de la prevaricación administrativa distinguiendo cuatro fundamentales, de los cuales son subjetivos el primero y el cuarto y objetivos el segundo y el tercero: “A) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público, debiendo acudirse al art. 119 Código Penal 1973 o al 24 CP, según los casos, para encontrar la definición de autoridad o funcionario público que debe ser tenida en cuenta para integrar el tipo de prevaricación administrativa. B) El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución en asunto administrativo

que, ante todo, se repute no adecuada a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder. C) No es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa no adecuada a derecho para que constituya un delito de prevaricación. El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa y no sería compatible con la correcta articulación entre los poderes del Estado de Derecho diseñado en la CE una criminalización sistemática de los actos de la Administración que estuviesen en contradicción con la ley o implicasen desviación de poder, como ciertamente ocurriría si todo acto administrativo ilegal fuese considerado penalmente injusto. La injusticia a que se refieren los arts. 358 CP 1973 y 404 CP 1995 supone un "plus" de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el correspondiente tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa". El CP 1995 se ha situado en la misma línea restrictiva al asociar, en su art. 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad, nota de la que, por cierto, se ha prescindido en la definición de la prevaricación judicial. No sería del todo exacto entender que con tal asociación de injusticia y arbitrariedad se haya limitado la nueva ley a ratificar la doctrina elaborada por esta Sala en torno al art. 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución administrativa con la mera evidencia de su ilegalidad ponía el acento en el dato, sin duda importante, de la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. El art. 404 CP vigente ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro, del "ejercicio arbitrario del poder" proscrito por el art. 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa. D) Ahora bien, para que el delito de que tratamos se entienda cometido, se requiere además que la autoridad o funcionario actúe "a sabiendas" de la injusticia de la resolución que dicta. La expresión "a sabiendas" no sólo elimina del tipo en cuestión la posible comisión culposa sino también la comisión con dolo eventual. La exigencia de este elemento subjetivo cualificado no puede llevar, naturalmente, a la llamada "subjetivización" de este delito, que ha sido razonadamente desechada por la reciente Sentencia de esta Sala de 15-10 99 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede

menos de ser cuidadosamente ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa y el presunto culpable es persona lega en derecho. Se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado y antepone su voluntad de cualquier otra consideración".

Se recordaba por esta Sección en el Auto de fecha 3 de febrero de 2005, dictado en el rollo nº 355/2005, que "para que pueda existir el delito de prevaricación administrativa que en la querella se invoca es preciso que se constate el carácter arbitrario y conocidamente injusto de la decisión constitutiva de delito lo que, como recoge la STS 21-7-2005, "aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable".

B) SOBRE EL AUTO DE TRANSFORMACIÓN EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

El Auto de transformación en procedimiento abreviado constituye solamente la "expresión de un juicio de inculpación formal efectuado por el Juez de Instrucción, exteriorizador de un juicio de probabilidad de una posible responsabilidad penal" (STS de 10 de noviembre de 1999). Su finalidad "no es la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal, anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria, sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, así como para expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia" (STS de 2 de julio de 1999 y 1061/2007, de 13 de diciembre). En el mismo sentido se pronuncia la doctrina del Tribunal Constitucional que desde su Sentencia 186/1990 de 15 de noviembre, afirma que la resolución prevista en la regla cuarta del art. 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (actual art. 779-4º), en virtud de la cual se ordena seguir el procedimiento previsto en el capítulo II (fase de preparación del juicio del procedimiento abreviado), contiene un doble pronunciamiento: de una parte, la conclusión de la instrucción, y, de otra, la

prosecución del proceso abreviado en otra fase por no concurrir ninguno de los supuestos que hacen imposible su continuación. En consecuencia, cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como Procedimiento Abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos.

Para dictar el Auto de transformación basta con la existencia de indicios sobre uno o varios hechos punibles. En este sentido el Auto del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2001 dice: "si, al finalizar la investigación y como consecuencia de las diligencias esenciales que se hayan acordado para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en el mismo hubieren participado -o bien a la vista del atestado de los supuesto del art. 789-3 de la LECrim -, el Instructor ha constatado que, de un lado, existe persona o personas determinadas contra las cuales puede formularse acusación y, de otro, que el hecho objeto del procedimiento reviste inicialmente características de delito a tenor de lo dispuesto en los arts. 789.5-4 º y 790.1 de la LECrim, debe acordar que se siga el trámite ordenado en el Capítulo II del Título III del Libro IV de la LECrim (de la preparación del juicio oral)".

En este mismo sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996 indica que es suficiente para la «imputación» por parte del Juez Instructor con que los hechos no aparezcan evidentemente como inexistentes, con que sean típicos y con que resulten atribuibles, con un mínimo grado de probabilidad indiciaria, a persona mayor de edad penal; dado que ese «juicio de probabilidad suficiente» se apoya en un incompleto material de conocimiento, pues el auténtico arsenal probatorio viene reservado al plenario.

Como recuerda el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2012 “El auto del art. 779.1.4ª de la LECrim. constituye un acto de imputación formal, efectuado por el Juez Instructor, exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Su presupuesto no son pruebas (reservadas al plenario y objeto de valoración en la resolución definitiva del proceso) sino indicios racionales de la existencia de hechos punibles y de su comisión por personas determinadas. Por otra parte, la referencia a los hechos punibles contenida en el precepto anteriormente mencionado excluye la continuación del procedimiento cuando los hechos de los que existen indicios, no son susceptibles de encaje en un tipo penal. El propio art. 779.1 de la LECrim., en su regla 1ª, ordena sobreseer libremente si el hecho no es constitutivo de infracción penal o no aparece suficientemente justificada su perpetración, o provisionalmente si, pudiendo ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido”.

TERCERO.- La resolución recurrida da una respuesta afirmativa al juicio de acusación o probabilidad que es presupuesto de la continuación del procedimiento abreviado. Lo que supone afirmar que hay indicios racionales de la comisión por los imputados de unos hechos que, de ser ciertos, podrían ser constitutivos de delito, concretamente de un delito de prevaricación.

Hay ciertos aspectos fácticos con relevancia penal para la calificación como delito de prevaricación que no ofrecen duda y no son objeto de discusión. Los concejales imputados tienen la condición de autoridad o funcionario público como miembros de la Corporación Local (artículo 24 del Código Penal). Como miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santiago de Compostela dictaron una resolución en asunto administrativo al adoptar, por unanimidad, en la sesión que tuvo lugar el 30 de mayo de 2013, el acuerdo de “asumir los gastos de representación y defensa procesal del concejal delegado de Deportes en los términos que figuran en la propuesta transcrita”.

Las cuestiones controvertidas que se plantean para examinar la corrección de la resolución recurrida son dos. Una, de naturaleza fáctica, se refiere al contenido y sentido del acuerdo adoptado. Más concretamente, a si cabe afirmar la posibilidad fundada o la probabilidad de que con ese acuerdo la Corporación hubiese asumido de forma incondicionada los gastos de representación y defensa de un concejal en un proceso penal, prescindiendo de exigencias legales y jurisprudenciales básicas. Otra, jurídica, para el caso de que la primera reciba una respuesta afirmativa, es si un acuerdo incondicionado de esa naturaleza supone una ilegalidad "evidente, patente, flagrante y clamorosa" que puede dar lugar a la comisión de un delito de prevaricación.

A) La probabilidad de que el acuerdo mencionado suponga la asunción incondicionada de un gasto resulta de su tenor literal. En el acuerdo se decide asumir los gastos de representación y defensa en los términos que figuran en la propuesta del Concejal. No se hace ninguna referencia expresa a los términos del informe emitido por el Secretario, en el que se decía que el acuerdo de asumir esos gastos con cargo al Presupuesto Municipal era conforme a derecho siempre que se diesen requisitos fijados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002. En la parte dispositiva del acuerdo tampoco se contiene referencia expresa a esa sentencia.

En la propuesta presentada por el Concejal de Deportes, a cuyos términos se remite el acuerdo, se propone la asunción de esos gastos “de acuerdo a los derechos que como miembro de la Corporación le asisten…”. En el recurso de apelación se afirma, con base en un informe aclaratorio emitido por el Interventor el 27/02/2014, que con esa frase se condiciona la asunción del gasto a los requisitos de la STS de 4 de febrero de 2002. Esa interpretación no es la única posible y hay otras que se ajustan al contenido de la

propuesta. Tal y como está redactada lo que el Concejal propone es la asunción del gasto de representación y defensa procesal por ser éste uno de los derechos que le corresponden como miembro de la Corporación. Ser miembro de la Corporación se define así como presupuesto para la asunción de ese gasto. Pero con ello no se dice que la asunción del gasto está sujeta a otras condiciones no expresas.

El gasto se asume, en los términos que figuran en la propuesta, "sin perjuicio de la posterior fiscalización que se derive de las minutas correspondientes". En el recurso de apelación con cita de los artículos 214.1 y 215 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y con apoyo en los informes emitidos por el Interventor con posterioridad a la adopción del acuerdo, se sostiene que esa fiscalización de las minutas permitirá verificar que el gasto asumido cumple las condiciones señaladas por la jurisprudencia, en concreto por la STS de 4 de febrero de 2002. Ocurre que el control posterior es contingente. Puede suceder o no y no afecta a la legalidad del acuerdo de asunción del gasto. En realidad el momento de fiscalizar la legalidad del gasto es cuando se adopta el acuerdo en que se asume. Una correcta fiscalización exigía que en ese momento quedasen claras las condiciones en que se asumía el gasto. La posterior fiscalización de las minutas hace referencia al control del pago, no del gasto. El gasto está acordado. La fiscalización del pago presupone controlar que el gasto ha sido asumido, que existe crédito o consignación presupuestaria y que la minuta, factura por prestación de servicios profesionales, es correcta. La fiscalización del pago no tiene por qué llevar consigo una fiscalización del gasto, que ya ha sido asumido en un acuerdo ejecutivo. Ya dijimos en el Auto de 13 de diciembre de 2013, al desestimar el recurso interpuesto contra la admisión a trámite de la denuncia, que no hay base segura para minimizar la trascendencia de la decisión y situar en un órgano técnico la efectividad de aquella.

En el acta de la sesión, inmediatamente antes de la propuesta y del acuerdo, se transcribió un informe del Secretario, confeccionado en el mismo día, en el que se exponían los requisitos fijados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002 y se decía que el acuerdo de asunción del gasto resultaba conforme a Derecho si se daban esos requisitos. En el recurso de apelación se sostiene que la transcripción de ese informe en el acta, antes de la propuesta y del acuerdo, presupone su integración en el acuerdo. Sin embargo el acuerdo no hace referencia a ese informe. Tampoco se hace en la propuesta de acuerdo, aunque si se alude a él, en el preámbulo o introducción de la petición, para decir que la propuesta se hace a su vista, sin mencionar que se asuman sus conclusiones y se acepten los requisitos. La transposición del informe en el acta no permite concluir que su contendido se ha integrado en el acuerdo. Es una posibilidad que puede generar dudas, pero que no descarta

la probabilidad de que el sentido del acuerdo sea el que corresponde a su tenor literal. El informe no contiene una propuesta de acuerdo que aprueba el órgano municipal, ni menciona los pronunciamientos que ha de contener la parte dispositiva del acuerdo (artículo 173 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales). La propuesta la hace el concejal de Deportes y a sus términos se remite el acuerdo. Cuando en un acuerdo se quiere integrar el contenido de un informe jurídico, asumiendo sus conclusiones como parte del acuerdo, lo normal es hacer una remisión expresa al informe en la parte dispositiva del acuerdo. Esta es la práctica habitual. La que siguió la propia Junta de Gobierno en otros acuerdos adoptados en las dos sesiones cuya de cuyas actas consta copia en las actuaciones, de los que son ejemplo el acuerdo correspondiente al punto 15 del orden del día de la sesión de 4 de julio o el correspondiente al punto 68 del orden del día de la sesión de 31 de mayo de 2013, entre otros. No se hizo así en éste caso.

El tenor literal del acuerdo es el punto de partida de la interpretación de su contenido. Ello es así en todos los actos jurídicos, especialmente en los actos administrativos, consecuencia de un procedimiento escrito. Hemos visto que en el tenor literal del acuerdo se asume un gasto de defensa y representación procesal de un concejal sin hacer mención a las condiciones exigidas por la ley y la jurisprudencia. Y sin que la sujeción a esas condiciones pueda entenderse implícita, sin más, en la alusión a los derechos que corresponde al Concejal como miembro de la Corporación, en la mención a una posterior fiscalización de las minutas, o por la mera transcripción en el acta de un informe al que la resolución no se remite de forma expresa. Estas circunstancias pueden generar dudas sobre al verdadero sentido del acuerdo, pero no descartan la posibilidad fundada de que su contenido sea el que resulta de su estricto tenor literal. Por otra parte que la redacción del acuerdo no haya sido realizada directamente por los Concejales imputados es, en principio, indiferente. Ellos son quienes han aprobado el acuerdo y mostrado su conformidad, en reunión posterior, con la redacción del acta. Son quienes jurídicamente deben asumir su contenido, que en éste momento hay que suponer que es reflejo de su voluntad cuando no está demostrado lo contrario.

Del tenor literal del acuerdo resulta la probabilidad de que el gasto se haya asumido de forma incondicionada, sin sujeción a las exigencias que derivan de la ley y la jurisprudencia, exigencias conocidas por los concejales por constar expresamente en el informe del que se les dio cuenta inmediatamente antes de la adopción del acuerdo. Esa probabilidad, esa posibilidad fundada que se deriva principalmente del tenor literal de la resolución, y del de la propuesta a la que se remite, es la que, junto con la consideración de ese acuerdo como resolución injusta, a la que seguidamente aludiremos, justifica la continuación del procedimiento abreviado. Éste es el dato fundamental, al que cabe añadir otros indicios invocados por el Ministerio

Fiscal, que no tienen un significado unívoco, como son la urgencia en la adopción del acuerdo o la peculiaridad de que contenga una especie de estipulación en favor de tercero al asumir el gasto en favor de un concreto letrado.

B) La resolución en la que se asumen de forma incondicionada los gastos de representación y defensa procesal de un concejal con cargo a los Presupuestos Municipales es una resolución injusta, contraria a derecho, que no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre).

Es algo que no se discute de forma expresa en el recurso de apelación, orientado a convencer de que en su verdadero sentido la resolución de asunción del gasto estaba condicionada por los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia.

La STS de 4 de mayo de 2002, tantas veces citada, es muy clara. Sobre la "cuestión relativa a si los gastos de defensa y representación de los cargos públicos locales derivados de su imputación en causas penales por causas derivadas del ejercicio de sus funciones pueden ser considerados como gastos indemnizables por la Corporación a que pertenezcan" dice lo siguiente: "El artículo 75.4 de la Ley de Bases del Régimen Local dispone que «Los miembros de las Corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo».

El artículo 13.5 del Reglamento de Organización , Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales dispone que «Todos los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñen cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido aprueba el Pleno corporativo».

Interpretando estos preceptos, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el artículo 13 del Reglamento Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, que desarrolla el régimen de retribuciones e indemnizaciones de la Ley de Bases del Régimen Local, no puede, por exigencias del principio de jerarquía normativa, interpretarse en un sentido que resulte contrario, restrinja o limite las previsiones legales del reiterado artículo 75 Ley de Bases del Régimen Local, y que la noción jurídica del concepto utilizado por la Ley comprende el resarcimiento de cualquier daño o perjuicio, tanto por gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que se dedica

al desempeño del cargo en la Corporación, e, incluso por merma de la dedicación posible a la propia actividad particular (sentencias de 18 de enero de 2000, recurso de casación número 1764/1994 y 10 de julio de 2000, recurso de casación 7791/1994).

Es destacable en la segunda de las resoluciones citadas, la declaración que enlaza el principio constitucional de autonomía local con la facultad de señalar las retribuciones e indemnizaciones de sus miembros dentro los límites derivados del citado artículo 75 de la Ley de Bases del Régimen Local".

En atención a estas normas la sentencia afirma que "Tratándose de gastos de representación y defensa en un proceso penal, la Corporación puede, en uso de la autonomía local, considerarlos como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre que no concurran circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al general de la entidad local. Para ello es necesario que se cumplan las siguientes exigencias:

a) Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de ésta. Estos gastos debe entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características.

b) Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así.

c) Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de éstos o su carácter lícito. De haberse contraído responsabilidad criminal no puede entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas. De no haberse probado la falta de participación en hechos penalmente reprochables, aun cuando concurran causas subjetivas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal, cabe estimar, en atención a las circunstancias, que los gastos de defensa no dimanan del ejercicio de las funciones propias del cargo, dado que no

puede considerarse como tales aquellas que objetivamente hubieran podido generar responsabilidad criminal”.

El acuerdo de asunción de un gasto de la naturaleza señalada sólo es conforme a derecho si se dan esos requisitos. El acuerdo que no está condicionado a que esos requisito se cumplan, en el momento de su adopción o con posterioridad, abre la posibilidad de satisfacer gastos ajenos al interés público, de indemnizar a quien puede haber actuado al margen de su función y a quien puede resultar criminalmente responsable por ese comportamiento. Ese acuerdo puede ser considerado una resolución injusta en los términos del artículo 404 del código Penal.

CUARTO.- Hay que precisar que no estamos ante un problema de interpretación del ordenamiento jurídico, o de la legalidad. El sentido del ordenamiento está expuesto con claridad en la STS de 4 de mayo de 2002. Otra cosa es el sentido del acuerdo. Esta es una cuestión fáctica. Hemos concluido que existe la probabilidad, fundada en indicios racionales, fundamentalmente el tenor literal del acuerdo, de que se haya adoptado un acuerdo de asunción de gasto incondicionado y, por tanto, injusto. Esa probabilidad, que justifica la continuación del procedimiento, no ha sido descartada por las diligencias practicadas, a pesar de las dudas que se puedan haber generado, ni por las alegaciones contenidas en el recurso de apelación.

A buena parte de las alegaciones ya hemos dado respuesta. Para hacerlo con otras cabe decir, sucintamente, que:

a) La posibilidad de proceder al reintegro de lo indebidamente pagado no afecta a la legalidad o ilegalidad del acuerdo, cuya falta de validez podía haber sido declarada con posterioridad a su adopción por varios medios, ni presupone que se encuentre condicionado a las exigencias señaladas.

b) Los informes emitidos con posterioridad por el Secretario y por el Interventor del Ayuntamiento, y por la Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de A Coruña, técnicos sin duda cualificados, y también vinculados, los dos primeros, directamente con la Corporación de la que forman parte los imputados que integraban la Junta de Gobierno, no suponen una interpretación auténtica del acuerdo adoptado. Lo que por supuesto no excluye que sus declaraciones o manifestaciones, en cuanto hayan tomado parte directa en el expediente administrativo, deban ser tenidas en cuenta para decidir sobre lo ocurrido. Esas manifestaciones no permiten descartar la probabilidad que resulta del tenor literal del acuerdo.

c) El requerimiento de anulación de un acuerdo por la Administración del Estado o la Autonómica a las Corporaciones locales, en asunto de la competencia de la administración local, es excepcional. Su ausencia no permite inferir que el acuerdo tenga un determinado sentido, o que sea legal.

d) La inclusión de una estipulación a favor de tercero, de un concreto abogado, puede ser extraña y el Ministerio fiscal considerarla indicio de una voluntad torticera, pero no es lo que determina la probabilidad de que el acuerdo de asunción del gasto no esté debidamente condicionado, que es el motivo básico para considerar justificada la continuación del procedimiento.

Con mayor razón cabe considerar irrelevantes para resolver el recurso la ausencia de consignación presupuestaria, dato que no consta, o la falta de un límite cuantitativo expreso del gasto, pues implícito lo hay mediante la referencia la fiscalización de las minutas. También se estima irrelevante el conocimiento por los concejales de los hechos imputados al concejal de Deportes en el proceso seguido en el Juzgado de Instrucción Nº 1 de Lugo, conocimiento que no podía ser completo por estar declarado el secreto del sumario.

e) La existencia de un precedente que se invoca en el recurso de apelación no se puede tener en cuenta. Ni el precedente es tal, por ser los acuerdos distintos, ni convertiría en conforme a derecho un acuerdo que puede no serlo.

QUINTO.- Como dijimos en anteriores resoluciones, entre ellas en Auto de 18 de diciembre de 2009, afirmar razonadamente la existencia de la probabilidad de comisión de un hecho constitutivo de delito es suficiente para continuar adelante el procedimiento. Algo que no afecta ni presupone la decisión que el juez ha de adoptar sobre la apertura del juicio oral. Y que por supuesto no impide que, abierto el juicio oral, puedan los acusados demostrar que esa probabilidad no es un hecho cierto, o que hay otras hipótesis, que cuentan con prueba suficiente para demostrarse ciertas o, al menos, para provocar dudas razonables sobre la certeza de los hechos objeto de acusación. La probabilidad de comisión de un delito después de agotada la instrucción, justifica la continuación del procedimiento aunque haya dudas. La existencia de esas mismas dudas después de la celebración del juicio puede determinar la absolución, si no son disipadas y son dudas razonables.

Hemos examinado el juicio de probabilidad realizado por la juez de instrucción. Hemos concluido que es correcto y ajustado a derecho, y que debe ser confirmado.

SEXTO.- Procede declarar de oficio las costas procesales de esta alzada.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Dª. María Amelia González Brandariz, D. Juan José de la Fuente Fuentes, Dª. Cecilia Sierra Rey, Dª. María Pardo Valdés, Dª. María Castelao Torres, D. Francisco Javier Noya Iglesias y D. José Luis García Bello contra el Auto de fecha 24 de febrero de 2014, dictado en las Diligencias Previas nº. 5542/2013 que se tramitan en el Juzgado de Instrucción Nº 1 de Santiago de Compostela, y se confirma dicha resolución. No se hace imposición de las costas procesales.

Notifíquese este Auto a las partes, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso ordinario; y remítase testimonio del mismo al Juzgado de Instrucción de procedencia para su conocimiento, observancia y cumplimiento.

Así, por este Auto, del que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Ramón Sánchez Herrero.- José Gómez Rey.- María del Carmen Martelo Pérez.