

Sección nº 07 de la Audiencia Provincial de Madrid
C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035
Teléfono: 914934580,914933800
Fax: 914934579

37051030
N.I.G.: 28.079.00.1-2017/0015072

Recurso de Apelación 1596/2017
Origen: Juzgado de Instrucción nº 02 de Madrid
Diligencias previas 269/2017

Apelante: .
Procurador D

Apelado: .
ANTONI

AUTO Nº 507/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN SÉPTIMA

Ilmas/os. Sras/es.

En Madrid, a quince de junio de dos mil dieciocho.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº. 2 de Madrid se dictó auto de 25 de julio de 2017 en el que se acordó el sobreseimiento provisional de las

actuaciones al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito, auto contra el que la representación procesal de

interpuso recurso de apelación.

SEGUNDO.- Seguidos los trámites legales, se elevaron los autos de la presente causa a esta Audiencia y por turno de reparto se designó ponente

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se formula recurso contra el auto de 25 de julio de 2017 en el que se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito (se cita el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La causa se tramita en virtud de querrela formulada por la denominada en la que en síntesis se dice que:

- La Junta de Gobierno del Colegio de Procuradores de Madrid (ICPM), convocó una Junta General celebrada el 19 de diciembre de 2013, en la que se aprobaron ciertos acuerdos.

- La misma Junta de Gobierno convocó Junta General celebrada el 14 de marzo de 2013, en la que también se adoptaron ciertos acuerdos.

- Los acuerdos adoptados en las referidas Juntas fueron impugnados en su momento por Los recursos fueron estimados, el primero por sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 22 de Madrid de 483/15

de 29 de diciembre y el segundo por sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 16, con número 118/16 de 15 de marzo. En ambas resoluciones, ya firmes, se declaró la nulidad de los acuerdos impugnados.

- Por la Junta de Gobierno del ICPM se acordó el 29 de abril de 2016 convocar nueva Junta General a celebrar el 14 de junio del mismo año cuyo objeto sería *“la convalidación y ratificación de los acuerdos adoptados por las Juntas Generales ordinarias de 19 de diciembre de 2012 y de 14 de marzo de 2013”*. Es decir, de los acuerdos previamente anulados por las sentencias antes citadas. (28)

Entiende la querellante que dado que los actos administrativos nulos de pleno derecho no son susceptibles de convalidación, el acuerdo de convocatoria de la Junta de Gobierno del ICPM y los acuerdos finalmente aprobados por la Junta General Extraordinaria, son resoluciones manifiestamente ilegales adoptadas a sabiendas de su injusticia.

Examinadas las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 22 de Madrid de 483/15 de 29 de diciembre (f 57)

y Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 16 número 118/16 de 15 de marzo (f 68) se observa que la nulidad declarada trae causa de la previa declaración de nulidad de los Estatutos del ICPM aprobados en 2011, acordada por STS (Sala 3ª) de 15 de junio de 2015. Se argumenta que las Juntas Generales fueron convocadas conforme al articulado de Estatutos de 2011 (art. 32 y 33) y que la nulidad de éstos preceptos ha de acarrear, por los motivos que se desarrollan, la nulidad de la convocatoria y de los acuerdos adoptados. Se dice también que los referidos acuerdos no pueden considerarse válidos desde la perspectiva de los Estatutos del ICPM de 2007 (en vigor si se considera la nulidad del Estatuto de 2011), porque en aquel se establece que la convocatoria de la Junta General ha de hacerse con 30 días de antelación, y en estos casos el plazo fue inferior (ajustado en los Estatutos de 2011 pero no a los de 2007).

En el curso de la instrucción se ha tomado declaración a los querellados en calidad de investigados (f 283 y ss) que en síntesis han reconocido que los hechos ocurrieron tal como se describe y que se convocó nueva junta a fin de volver a votar y aprobar los acuerdos declarados nulos para de regularizar la situación del Colegio.

También ha recabado documentación relativa a los acuerdos supuestamente prevaricadores. Así se puede constatar que en Circular 67/16 en la que se convoca la Junta General para el día 14 de junio de 2016 (f 431 vuelto), se expone que el motivo de la convocatoria es la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en las anteriores juntas de 9 de diciembre de 2012 y 14 de abril de 2013 y se citan las sentencias ya mencionadas. Se expuso también el orden del día y los acuerdos cuya aprobación se sometería a la Junta General, en síntesis la aprobación del Balance de Situación, Cuenta de Resultados y Memoria Económica del ejercicio de 2012 y Presupuestos del año 2013. Consta también el acta de la referida Junta General de 14 de junio de 2016 (f 434) en el que resulta la aprobación por unanimidad de los referidos acuerdos.

SEGUNDO-. Se atribuye a los querellados un delito de prevaricación administrativa previsto en el artículo 404 del Código Penal. El tipo exige: 1º) que una persona que tenga la condición de autoridad o funcionario público adopte en un asunto administrativo una resolución, es decir que realice de forma expresa o tácita, oral o escrita, una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados. 2º) que esa resolución sea injusta, no en el sentido de meramente ilegal o contraria a Derecho, sino patente y clamorosamente opuesta al ordenamiento jurídico, y que puede consistir en falta de competencia para adoptar la resolución, la inobservancia de las más elementales reglas procedimentales, o en que su contenido constituya un claro torcimiento de la conducta justa, y 3º) que el agente del hecho obre con clara conciencia de la arbitrariedad, "a sabiendas" según frase consagrada, de la injusticia de su resolución. Se han insistido en esta doctrina sobre la necesidad de no acudir ante toda interpretación errónea o discutible de las normas

jurídicas, a entender que la conducta del funcionario ha de estimarse delictiva, sino que ha de reservarse tal carácter a actuaciones plena y patentemente contrarias a la justicia, y así, cuando la resolución pueda ser revisada y sus nocivas consecuencias modificadas en vía de recurso administrativo, no se considerará en general delictiva, consiguiéndose así evitar que el grupo social dependa siempre para solucionar problemas surgidos en la administración pública de acudir a la última ratio que es la sanción penal. (así entre otras STS 1167/00 de 1 de julio Pte Martín Canivell).

De estos requisitos queremos destacar aquí el relativo a la entidad de la infracción de la normativa aplicada. Es reiterada la jurisprudencia que considera que prevaricadora no es cualquier resolución que se aparte de la norma, sino sólo aquellas cuya ilegalidad sea *“evidente, patente, flagrante y clamorosa”* (STS 989/05 de 21 de julio Pte Berdugo Gómez de la Torre). Así la STS 497/12 de 4 de junio (Pte Saavedra Ruiz) reitera que *“La acción típica consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, ... Pero no es suficiente la mera ilegalidad o contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última «ratio», por lo que este último solamente se ocupará de sancionar las más graves vulneraciones de la legalidad, es decir, conductas que superan la mera contradicción con la ley para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. Ello lleva a distinguir entre las meras ilegalidades administrativas (aunque en ocasiones sean tan graves que provoquen su nulidad de pleno derecho) y las ilegalidades que, superando el ámbito administrativo, comportan la comisión de un delito”*. Este requisito relativo a la ilegalidad reforzada de la actuación administrativa guarda también relación con el hecho de que dicha ilegalidad haya de ser conocida por el sujeto activo, que resulta del uso del término *“a sabiendas”*. Será en efecto conocida por el sujeto experto toda ilegalidad evidente.

Estas referencias lo que nos indican en primer lugar es que la Sala no ha de decidir aquí si los acuerdos adoptados son o no ajustados a la norma Administrativa, sino de determinar si este eventual apartamiento de la legalidad es manifiesto o grosero, en los términos ya referidos.

TERCERO- La actuación de los querellados debe considerarse en el contexto generado por la declaración de nulidad de los actos impugnados por la ahora querellante, tras las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo 22 y 16 de Madrid, finalmente confirmadas por el TSJM. Se declaró así la nulidad de actos relativos a la aprobación de la cuenta de resultados del ejercicio de 2012 y de los presupuestos de 2013, es decir actos que por una parte son relevantes en la vida jurídica del Colegio, cuya aprobación es estatutariamente necesaria y que, en buena lógica, habrían tenido ya una plasmación práctica en el gasto realizado. En efecto, tal como argumenta la propia querellante los Estatutos del ICPM de 2007 establecen en su artículo 33 la necesidad de aprobar en la primera Junta General Ordinaria la cuenta general de gastos del ejercicio precedente y en la segunda Junta General Ordinaria, a celebrar en el último trimestre, el presupuesto del año siguiente. La declaración de nulidad de los referidos acuerdos dejó por tanto a los órganos rectores del Colegio en una situación jurídica anómala, puesto que carecían del soporte jurídico del gasto realizado.

En este contexto es más que razonable que la Junta Rectora quisiera regularizar la situación, sometiendo a la Junta General de colegiados de nuevo la aprobación de los citados acuerdos. Y esto fue lo que en apariencia, y a los efectos de la presente resolución, en realidad hizo, someter a la Junta la aprobación de ciertos acuerdos que faltaban por haber sido declarados nulos los adoptados en su momento. Es cierto que en la convocatoria se utiliza el término “convalidar y ratificar”, términos inexactos en el supuesto analizado. Tal como dice la querellante un acuerdo nulo no se puede convalidar. Por este motivo, puede considerarse que los querellados en realidad pretendieron no convalidar dichos acuerdos, sino acuerdos nuevos

esenciales para regularizar la situación colegial. El uso de la terminología equivocada no afecta sin embargo a la naturaleza del acto administrativo que vale por lo que es.

CUARTO-. Como argumento complementario alega la recurrente que la Junta infringió los Estatutos en tanto que el artículo 33 antes citado, establece que los acuerdos que nos ocupan han de adoptarse en la primera y la segunda Junta Ordinaria, fijando unos plazos dentro del ejercicio anual y estableciendo que se aprobarán en dos Juntas distintas. Sin embargo, la particular situación que hemos descrito, impidió a la Junta cumplir con los términos y especificaciones fijados estatutariamente, puesto que transcurrido el tiempo sólo era posible proceder en la forma en la que efectivamente se actuó por los órganos de dirección del Colegio.

No se aprecia así el apartamiento manifiesto de la legalidad sugerido por la querellante ni aun la específica intención que ésta atribuye a los querellados y que exige el desarrollo jurisprudencial del tipo de prevaricación administrativa.

Por las razones expuestas el recurso debe decaer y la resolución impugnada debe ser confirmada.

VISTOS los arts. citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA.

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de .

contra el auto de fecha 25 de julio de 2017, dictado por el Juzgado de Instrucción nº. 2 de Madrid en Diligencias Previas nº 269/17, y **CONFIRMAMOS** dicha resolución en todos sus extremos y declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse en la tramitación del citado

rollo.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno. Devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de su procedencia con testimonio de la presente resolución.

Así por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ