



SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 64
Fax: 928 42 97 78
Email: s06audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelación sentencia delito
Nº Rollo: 0000041/2018
NIG: 3501943220130019712
Resolución: Sentencia 000085/2018

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000031/2017-00
Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Apelante	Domingo Arias Rodriguez	Eligio Hernandez Gutierrez	Maria Del Pilar Quesada Rodriguez
Apelante	Jose francisco Gonzalez Gonzalez	Jose E. Marrero Martel	Maria Del Carmen Suarez Valencia
Acusador particular	Onalia Bueno Garcia	Daniel Reyes Santana	Hugo Vega Melian

SENTENCIA

Illmos/a Sres/a

Presidente:

D. Emilio Moya Valdés

Magistrados:

D. Carlos Vielba Escobar (Ponente)

Dña. Mónica Herreras Rodríguez

En Las Palmas de Gran Canaria a dos de marzo de dos mil dieciocho.

Vistos en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, Sección Sexta, los presentes autos de Procedimiento Abreviado núm. 31/17 del que dimana el presente Rollo número 41/2018, procedentes del Juzgado de lo Penal número Dos de Las Palmas por delito de prevaricación frente a **DOMINGO ARIAS RODRÍGUEZ** representado por la procuradora Sra Quesada Rodríguez y asistido por el abogado Sr Hernández Rodríguez y **FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ** representado por la procuradora Sra Suárez Valencia y asistido por el abogado Sr Marrero Martel, siendo parte el Ministerio Fiscal y como apelada **ONALIA BUENO GARCÍA** representada por el procurador Sr Vega Melián y asistida por el abogado Sr Reyes Santana, pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por el condenado, siendo ponente D Carlos Vielba Escobar, quién expresa el parecer de la Sala.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 8 de noviembre de 2017.

TERCERO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación, con las alegaciones que constan en el escrito presentado, que fue admitido en ambos efectos, y dado traslado del mismo por diez días a las demás partes personadas con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Recibidos por esta Audiencia con fecha 10 de enero, por providencia de fecha 1 de febrero se inadmitió la documental propuesta por la parte apelada (folio 379 de las actuaciones) y no siendo necesaria la celebración de vista, quedaron de fijar fecha para la deliberación, votación y fallo que fue señalada para el día 27 de febrero de 2018, quedando los mismos pendientes de sentencia, habiéndose cumplido las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los hechos probados de la sentencia de instancia, declarándose probados los hechos que a continuación se expresan: "De la prueba practicada en el acto del juicio oral, no ha quedado acreditado que en el momento de la denegación de la convocatoria del Pleno extraordinario interesada por la oposición del Ayuntamiento de Mogán, el acusado **Francisco González González** obrara con pleno conocimiento de la ilegalidad de su actuación. Del mismo modo, tampoco se declara probado que el acusado **Domingo Arias González**, al emitir el informe que le fue requerido por el otro acusado, lo emitiera siendo consciente de su injusticia y con la única finalidad de dar cobertura a la indicada denegación".

NO SE ACEPTAN LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Hemos de comenzar el recurso con una de las reflexiones que efectúa el escrito de oposición a las apelaciones cuando señala; "en el presente procedimiento no se cuestiona la ilicitud de los actos administrativos, de eso ya resolvió en firme la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que declaró la nulidad del decreto así como declaró la vulneración de derechos fundamentales de los concejales, sino que lo que se debe determinar es si dichos actos son reprobables en la jurisdicción penal". Efectivamente, esta Sala no puede entrar a valorar los pronunciamientos efectuados en la sede contenciosa, sino que debemos limitarnos a comprobar si las decisiones adoptadas por los acusados tendentes a la no convocatoria del pleno extraordinario solicitada por los Concejales de la oposición el 18 de abril de 2013 infringe o no el artículo 404 del Código Penal.

Respecto al delito objeto de condena señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 (como con acierto expone la sentencia de instancia):





“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 29.9, 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) 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), 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, 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 9.3.2010), que señala que "La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico..." o como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), señalando al efecto que la misma concurre "cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido porestado para hacer frente a las circunstancias del caso".

Ahora bien no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible.





Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que " el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de **pleno** derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de **pleno** derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , se contienen como actos nulos de **pleno** derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de **pleno** derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la STS. 755/2007 de 25.9 al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso- administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de **pleno** derecho y prevaricación, 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.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, 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 sólo 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 (1.995) 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 CP. STS. 284/2009 de 13.3 .

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, 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 citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo , 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, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7).

Por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).

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”.





SEGUNDO.- Sentado lo anterior, señala la sentencia los elementos determinantes de la conducta prevaricada, en concepto de autor para el entonces Alcalde, y en concepto de cooperador necesario para el aquel tiempo Secretario, ambos del Ilustre Ayuntamiento de Mogán, en apretado resumen:

La obligación de convocar el Pleno interesado en el plazo de cuatro días, cuando el Decreto denegando su convocatoria se dicta el 2 de mayo, añadiéndose que vencido el indicado plazo el Pleno se entenderá automáticamente convocado, sin que fuera posible su celebración al encontrarse cerrado el Ayuntamiento.

Que no existe precepto alguno que limite el número de asuntos incluidos en el orden del día propuesto.

Porque, al menos, en una ocasión anterior, en concreto el 5 de diciembre de 2011 se había convocado (y celebrado) Pleno extraordinario como más de un asunto en el orden del día.

Añadiéndose que no consta el momento en que el Alcalde interesó del Secretario la emisión del informe.

Como antes se dijo, la Jurisdicción Contenciosa ya declaró la nulidad del Decreto denegando la convocatoria en un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso 5 de esta capital, con sentencia de fecha 29 de noviembre de 2013 en la que se declaró la vulneración denunciada por los recurrentes al no existir precepto alguno que limite el número de asuntos en el orden del día; sentencia que resultó confirmada por la dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso de fecha 21 de marzo de 2014, que añade la obligatoriedad de convocatoria “en el plazo legal”.

Por otro lado, y en atención a la idea que se trasluce en los escritos de apelación, en suma y se nos permite “la culpa fue del otro”, señalar que la resolución que se tacha de prevaricadora es una, el Decreto 1293/2013 de 2 de mayo en el que se deniega la convocatoria de pleno extraordinario interesada por los Concejales de la oposición, reputándose como prevaricadora al ser obligatoria la misma, habiéndose escudado el Alcalde en un informe interesado de forma extemporánea. Con evidente acierto la Magistrado de instancia no considera al entonces Secretario del Ayuntamiento autor del delito, siendo evidente que el Mismo no dictó resolución alguna, sino cooperador necesario por la emisión del informe en el que se apoyó el entonces Alcalde (sin que debamos entrar en el debate sobre si es posible la variación del título de imputación, pues no ha sido objeto del recurso), siendo, además, indiferente que el mismo no convocara al pleno una vez vencidos los plazos, pues se había denegado su celebración. Realizar una última consideración sobre el recurso interpuesto por la representación de Francisco González, y es que a la Sala le resulta cuando menos curioso que en el mismo se “denuncien” la “continúas interrupciones” que la Magistrado efectuó en la declaración del otro coacusado, cuando el recurso de este nada dice, máxime si se tiene en cuenta que estas “continúas interrupciones” se efectuaron en aquellos momentos en los que el declarante no contestaba de forma directa a la pregunta realizada.

Por lo tanto el debate es muy simple, nos debemos limitar en primer lugar a determinar si es claro y manifiesto el plazo para convocar un pleno extraordinario; seguidamente si la convocatoria es obligatoria y por fin si a la luz de la legislación sectorial resultaría admisible el entender que solo cabe limitar el orden del día a un solo punto. Y estas preguntas las hemos





de responder en el momento anterior al dictado en el orden contencioso de las sentencias antes señaladas.

TERCERO.- Para solucionar las referidas cuestiones hemos de acudir, como no puede ser de otra manera, tanto a la normativa administrativa, como a diversos pronunciamientos de Salas de lo Contencioso. Por lo que hace a la primera el bloque normativo es claro: Ley 7/85 Reguladora de las Bases del Régimen Local (en la redacción dada por la Ley 11/99 de 21 de abril); en segundo lugar el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y por fin el Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Mogán aprobado en Sesión Plenaria de 29 de noviembre de 2012 y publicado en el BOP de 10 de diciembre del mismo año (sin tener en cuenta la modificación publicada en el BOP de 30 de noviembre de 2016).

Por lo que hace a este bloque normativo señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Las Palmas) de 30 de junio de 2006:

“Ahora bien, ya dijimos que la prelación de fuentes en materia organizativa para los municipios canarios se inicia con la legislación básica de régimen local, siguen sus reglamentos orgánicos y, solo en su defecto, los preceptos de la ley territorial 14/1990, configurándose la legislación autonómica como supletoria tanto de la legislación básica de régimen local como de la autorregulación municipal por vía de los reglamentos orgánicos, tal y como se deduce del artículo 61 de la Ley 14/90 conforme al cual:”1. La organización y funcionamiento de los municipios canarios se regirán por la legislación básica de régimen local y por sus respectivos Reglamentos orgánicos”.

Aclarando que a la fecha del dictado del Decreto que ahora nos ocupa nada afecta la derogación posterior del referido artículo 61 por la Ley 8/2015 de 1 de abril de Cabildos Insulares.

Tres son los artículos que nos interesan, respectivamente el 46.2; el 78 y el 94, teniendo en cuenta que el artículo 46.2 de la Ley 7/85 se ha de estimar como de preferente aplicación, así las prescripciones del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades locales y del Reglamento de Orgánico del Ayuntamiento de Mogán que que resulten de aplicación, los antes citados 78 y 94 respectivamente, deben interpretarse y aplicarse a la luz de la literalidad y finalidad el precepto de la Ley básica, nunca a la inversa, obviamente.

Pues bien tanto el artículo 78 del Reglamento estatal, como el 94 del Municipal, establecían un plazo de convocatoria de 4 días (en la actualidad el Segundo no fija un plazo), plazo de 4 días al que también alude el Secretario en su informe, sin embargo el 46.2.a) de la Ley 7/85 establece:

“El Pleno celebra sesión extraordinaria cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación, sin que ningún concejal pueda solicitar más de tres anualmente. En este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada, no pudiendo incorporarse el asunto al orden del día de un Pleno ordinario o de otro extraordinario con más asuntos si no lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria.





Si el Presidente no convocase el Pleno extraordinario solicitado por el número de concejales indicado dentro del plazo señalado, quedará automáticamente convocado para el décimo día hábil siguiente al de la finalización de dicho plazo, a las doce horas, lo que será notificado por el Secretario de la Corporación a todos los miembros de la misma al día siguiente de la finalización del plazo citado anteriormente. En ausencia del Presidente o de quien legalmente haya de sustituirle, el Pleno quedará válidamente constituido siempre que concurra el quórum requerido en la letra c) de este precepto, en cuyo caso será presidido por el miembro de la Corporación de mayor edad entre los presentes”.

Así las cosas el plazo de 4 días (antes de las sentencias de lo contencioso repetimos), no resulta claro, de hecho la Ley de preferente aplicación solo señala un plazo máximo en el que se ha de celebrar y en el punto b) un plazo mínimo de antelación, dos días, por lo que bien puede concluirse con que el Pleno se puede convocar hasta 13 días (hábiles) después de la solicitud, por tanto y aún cuando no conste la fecha de solicitud de informe, la misma no puede ser considerada como (acudiendo a los mismos términos que se utilizan para una resolución constitutiva de prevaricación) como “manifiestamente” extemporánea. De hecho incluso en la propia sede contenciosa los aludidos plazos no siempre son considerados como tempestivos, en este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de septiembre de 2009 al declarar la validez de un pleno extraordinario una vez vencidos los plazos legales.

Por lo que hace a la obligatoriedad de la convocatoria, en este momento es indiscutible que lo es pues así se ha resuelto por el Tribunal Superior de Canarias, sin embargo se han dictado sentencias en sentido contrario, a título de ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de junio de 2015, que en todo caso exige la motivación de la denegación, Madrid de 24 de mayo de 2017, o la del mismo Tribunal de 8 de septiembre de 2014 que se ocupa de aclarar:

“el Alcalde sólo podrá excluir del orden del día algún asunto solicitado, o no convocar la sesión, cuando la petición no reúna los requisitos formales legalmente exigidos (escrito razonado firmado al menos por la cuarta parte del número legal de miembros de la Corporación, solicitando el pronunciamiento del Pleno sobre un asunto de la competencia de este órgano, formulando una propuesta concreta de acuerdo). Y en todo caso, después de haber permitido a los solicitantes subsanar la carencia de alguno de estos requisitos en la solicitud inicial. Fuera de estos supuestos, el Presidente de la Corporación se excedería de una potestad que se limita a controlar la legalidad de la petición (que no del acuerdo).

La facultad del alcalde de fijar discrecionalmente el orden del día de las sesiones (artículo 82.1 del ROF) debe ceder, pues, en estos casos, frente al derecho de los concejales promotores de la sesión extraordinaria a que ésta se celebre en los términos interesados, máxime contemplando el artículo 46. LBRL una importante limitación en cuanto al número de sesiones extraordinarias del Pleno susceptibles de ser promovidas por las electos”.

A la luz de esta doctrina no parece indiscutida la posibilidad de no convocar; de hecho la norma no señala la obligatoria convocatoria y solo lo hace cuando se guarda silencio ante la solicitud, si bien es cierto que esta decisión debe ser la última en adoptar, de hecho la última de





las sentencias citadas establece su obligada convocatoria si reúne los requisitos, y en nuestro caso se viene a decir que no reúne estos requisitos por interesarse más de un punto en el orden del día, y ello en base al término “el asunto” que se recoge en el Reglamento Orgánico Municipal.

Es evidente, y no solo porque así se ha resuelto en la sede contenciosa, que no cabe admitir esta interpretación, en primer lugar porque esta limitación no se establece en la Ley 7/85, en segundo lugar por el espíritu de Ley, el fomentar la participación, de hechos la reforma operada por la Ley 11/99 se efectuó precisamente para favorecer la participación de los miembros de las entidades locales no integrantes de los denominados “equipos de gobierno”, y por último y por más que contemos con una “interpretación auténtica” de la norma (en la medida que el entonces Secretario fue el redactor del Reglamento municipal) el aceptar que la mención “el asunto” limita a uno el número de asuntos a tratar (para evitar según el redactor que se encontraran de forma sorpresiva con una multitud de asuntos), supone una interpretación excesivamente rigorista.

Ahora bien una cosa es que se trate de una interpretación en exceso rigurosa y contraria al espíritu de la Ley, y otra bien distinta es que se deba considerar como manifiestamente arbitraria, carente de sentido, y de todo punto apartada de una posible interpretación de la norma. Que se trata de una resolución injusta, ya hemos repetido que sí; que no se actuó de manera adecuada ante una correcta solicitud de la oposición, aún más cierto; sin embargo no se aprecia una arbitraria y manifiestamente injusta decisión administrativa, debiendo quedar su sanción limitada al ámbito contencioso como ya se hizo.

Por último se señala la convocatoria de 5 de diciembre de 2011 (folios 131 y 132) como indicativa del injusto del Decreto que nos ocupa. Ciertamente es que en la misma se efectúan dos convocatorias para plenos extraordinarios, uno a propuesta de la Alcaldía y el segundo a propuesta de la oposición, y cierto también que en este último el orden del día estaba compuesto por más de un asunto; no obstante lo anterior esta convocatoria no consigue el efecto pretendido por las siguientes razones:

En primer lugar en cuanto al plazo de convocatoria, véase que la solicitud de la oposición se efectúa el 17 de noviembre y que el Decreto de convocatoria es de 1 de diciembre, es decir fuera del plazo de 4 días hábiles que se decía era el legal.

En segundo lugar, y como ocurre en el Decreto objeto de los presentes autos, previa a la convocatoria se interesó informe jurídico emitido el 30 de noviembre (cumplido por tanto el plazo de 4 días).

Y por fin, en cuanto a los puntos del orden del día, la limitación de asuntos a tratar esgrimida como motivo de denegación (en interpretación, repetimos, excesivamente rigorista) se basó en el Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Mogan de fecha posterior a esta convocatoria de 5 de diciembre de 2011.

CUARTO.- Por disposición de los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las costas serán declaradas de oficio

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación





FALLO

LA SALA RESUELVE.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de **DOMINGO ARIAS RODRÍGUEZ y FRANCISCO GONZÁLEZ GONZÁLEZ** y en su consecuencia **REVOCAR** la sentencia de fecha 8 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal N°2 de Las Palmas, **ABSOLVIENDO** a los apelantes del delito de prevaricación por el que habían sido condenados, declarando de oficio las costas causadas.

Así por nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese la presente resolución haciendo saber que frente a la misma por ser firme no cabe recurso alguno.

PUBLICACIÓN- Publicada ha sido la anterior resolución por los/a Ilmos/a Sres/a que la han dictado, doy fe.

