



**REMITENTE:** Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1. Puerto de la Cruz

**DESTINATARIOS**

<u>Nombre</u>	<u>Nº colegiado</u>	<u>Colegio</u>
Maria Mercedes O´donnell Hernandez	359	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Patricia Carracedo Garcia	234	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

**DATOS DEL PROCEDIMIENTO**

NIG: 3802841220160000111  
Orden Jurisdiccional: Penal  
Procedimiento: Procedimiento abreviado 0000042/2016

**RESOLUCIÓN NOTIFICADA**

AUTO TRANSFORMANDO DILIGENCIA PREVIAS EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO

# NOTIFICADO 20-9-2016



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E  
INSTRUCCIÓN Nº 1  
C/ Santo Domingo nº 8  
Puerto de la Cruz  
Teléfono: 922 36 61 10/14  
Fax.: 922 36 61 13  
eMail: mixto1.ptocruz@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Diligencias previas  
Nº Procedimiento: 0000042/2016  
NIG: 3802841220160000111  
Resolución: Auto 000543/2016  
IUP: ZI2016000087

<u>Intervención:</u> Investigado	<u>Interviniente:</u> Lope Domingo Afonso Hernandez	<u>Abogado:</u> Esteban Sola Reche	<u>Procurador:</u> Patricia Carracedo Garcia
Denunciante Acción popular	MINISTERIO FISCAL ASOCIACION VIGIA DE LOS DERECHOS PUBLICOS Y PRIVADOS	Jose Regalado Exposito	Maria Mercedes O'Donnell Hernandez

## AUTO

En Puerto de la Cruz, a 19 de septiembre de 2016.

### ANTECEDENTES DE HECHOS

**ÚNICO.-** Las presentes diligencias se incoaron, por un presunto delito de prevaricación administrativa, delito de los comprendidos en el art. 757 de la LEcrim contra D. Lope Domingo Afonso Hernández, habiéndose practicado cuantas diligencias se estimaron necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, de las personas que en ellos tuvieron participación, así como del órgano competente para el enjuiciamiento.

De este modo, los hechos presuntos cuya comisión se atribuye al investigado son los siguientes: D. Lope Domingo Afonso Hernández, en el ejercicio de su cargo como Concejal del Área de Desarrollo Económico, Comercio y Concesiones Administrativas del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, para el que fue nombrado en virtud e de Decreto de 14 de junio de 2011 dictado por el entonces Alcalde D. Marcos Brito y ostentando por delegación expresa del citado Alcalde la competencia para la concesión de licencias o autorizaciones para la utilización de espacio público destinado a mercadillos o ventas ambulantes, procedió a conceder autorizaciones para el referido uso, sin la previa tramitación de procedimiento administrativo alguno y con vulneración de las normas administrativas aplicables a la materia (Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz Reguladora de la Venta Fuera de Establecimiento Comercial Permanente, aprobada en sesión del pleno de fecha de 5 de noviembre de 2004, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife de 16 de diciembre de 2004, vigente hasta la el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial correspondiente de la nueva Ordenanza reguladora de la materia, aprobada en el pleno del Ayuntamiento en marzo de 2015). De esta forma, resulta indiciariamente que el investigado concedió al representante legal de la entidad Compañía Mercadillos del Atlántico, D. Álvaro Luis Rodríguez, autorización verbal para el uso y ocupación del suelo público mediante la colocación de un mercadillo de venta ambulante en la plaza de Europa, en Puerto de la Cruz, a celebrar los domingos, desarrollándose dicha actividad, al menos, desde el 25 de noviembre de 2012 hasta finales de noviembre de 2014. Asimismo resulta de forma indiciaria que D. Lope Domingo Afonso Hernández concedió por escrito y verbalmente a D. David Semelak, sin la previa tramitación de procedimiento alguno, autorizaciones para el uso y ocupación del suelo





público mediante la colocación de un mercadillo de venta ambulante en la avda. Marqués de Villanueva del Prado, en Puerto de la Cruz, desarrollando al menos tal actividad, en días discontinuos, desde el 3 de febrero de 2013 hasta el 27 de julio de 2014; igualmente concedió de forma verbal al Sr. Semelak autorización para el uso y ocupación del suelo público mediante la colocación de un mercadillo de de venta ambulante en la plaza Afonso Carrillo (antigua plaza de la estación de guaguas) desarrollando tal actividad, al menos, en fecha de 14 de enero de 2014.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Desprendiéndose de lo actuado que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de un presunto delito investigado a D. LOPE DOMINGO AFONSO HERNANDEZ, delitos de los comprendidos en los Art. 14.3 y 757 nueva LECrim., procede seguir los trámites que establece el Capítulo II y Capítulo III Libro IV de dicha Ley Procesal para el Procedimiento Abreviado, por así establecerlo el art. 779,1,4ª del repetido Cuerpo Legal.

**SEGUNDO.-** El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada sobre la naturaleza del auto al que se refiere el actual artículo 779.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (antes art. 789.5.4º), señalando en reiterada jurisprudencia, que la citada resolución tiene por objeto, de un lado el concluir provisoriamente la instrucción de las diligencias previas, de otro el continuar el trámite por entender que los hechos son constitutivos de un delito de los comprendidos en el actual art. 757 de la LECrim, desestimando implícitamente las otras posibilidades previstas en el art. 779 y finalmente y con efectos de mera ordenación del proceso, adoptar la primera resolución que el ordenamiento prevé para la la fase intermedia del procedimiento abreviado, con inmediato traslado a las partes acusadoras para que formulen acusación, insten el sobreseimiento o excepcionalmente, la práctica de alguna diligencia complementaria. Como bien señala el citado tribunal, la presente resolución no tiene por finalidad la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Público (y/o acusaciones particulares), anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria, sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, así como expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia, tal y como también recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990. La resolución transformadora del procedimiento objeto del presente recurso, aún cuando no sea una resolución de mero trámite, no puede equipararse al auto de procesamiento, inexistente en el procedimiento abreviado por decisión del legislador y que no procede resucitar por vías indirectas, ni tampoco a un anticipo de las calificaciones acusatorias.

En el presente caso, ha de establecerse que concurren indicios racionales bastantes de la presunta comisión por el investigado de un delito tipificado en el art. 404 del Código Penal, al constar de forma indiciaria en las actuaciones que, durante un periodo de tiempo prolongado, que abarca los dos años en el supuesto relativo a la Compañía Mercadillos del Atlántico, el Sr. Lope Afonso, en el ejercicio de su cargo como Concejal del Área de Desarrollo Económico, Comercio y Concesiones Administrativas del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, con competencia delegada por el Alcalde para la conseción de licencias o autorizaciones para la ocupación y uso de espacio público a los fines de venta ambulante, concedió autorizaciones verbales y escritas a las personas y entidades descritas en el Antecedente de Hecho Único de la presente resolución con vulneración de la normativa aplicable, la citada Ordenanza de 5 de noviembre de 2004, que recoge en su art. 3 los requisitos que obligatoriamente se han de





cumplir para poder ejercer la venta ambulante, cuyo cumplimiento es preceptivo para la concesión de la correspondiente autorización, precepto que ha de ponerse en conexión con los arts. 5 y 8 de la citada Ordenanza. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que tal trámite y el cumplimiento de los requisitos tasados como presupuesto obligatorio para el ejercicio de la venta ambulante (y, consecuentemente, de la obtención de la correspondiente autorización) se recoge igualmente en la vigente Ordenanza reguladora de la materia, aprobada en el Pleno del Ayuntamiento en marzo de 2015. De los preceptos de la normativa municipal resulta igualmente la procedencia de la tramitación del correspondiente expediente o procedimiento administrativo.

Tal y como ha establecido la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias 181/2012, de 15 de marzo, "la prevaricación no sólo es apreciable cuando el contenido sustancial de la resolución sea inadmisibles en Derecho, sino también cuando se haya prescindido absolutamente del procedimiento establecido. Se recordaba en la STS nº 331/2003, que tal omisión "...ha sido considerada también como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho ( STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre ). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones".

Pero no todas las normas de procedimiento pueden reputarse esenciales a estos efectos. Lo son, desde luego, si con su infracción o no aplicación se suprime el control que la norma pretendía establecer sobre determinadas actuaciones administrativas. En la STS nº 331/2003 , antes citada, se decía que "...no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992 ( RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246) , en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución". Y, más adelante se añadía que la valoración deberá ser diferente cuando la omisión de "...las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales".

En el supuesto de autos no consta mínimamente que se llevara a cabo actuación alguna ni que se exigiera o recabara de las personas y entidades a las que se concedió la correspondiente autorización, el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa aplicable para el ejercicio de la venta ambulante, existiendo indicios bastantes de que las autorizaciones se concedieron por el investigado eludiendo cualquier forma de control y trámite administrativo correspondiente (solicitud previa del comerciante por escrito, incoación del expediente administrativo, emisión de informe jurídico con propuesta de acuerdo sobre





autorización o denegación de la solicitud y posterior adopción del acuerdo). De acuerdo con lo expuesto y el resultado de las diligencias de instrucción practicadas, ha de entenderse procedente la clausura de la fase instructora y la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**CONTINÚESE LA TRAMITACIÓN DE LAS SIGUIENTES DILIGENCIAS PREVIAS** por los trámites del **PROCEDIMIENTO ABREVIADO**, por si los hechos investigados a D. LOPE DOMINGO AFONSO HERNANDEZ fueren constitutivos de un presunto delito de los comprendidos en el art. 404 del Código Penal en conexión con el art. 757 de la LECrim, a cuyo efecto DÉSE TRASLADO AL MINISTERIO FISCAL, y en su caso, a las ACUSACIONES PARTICULARES PERSONADAS, a fin de que en el plazo común DIEZ DÍAS, formulen escrito de acusación, solicitando la apertura de juicio oral en la forma prescrita por la Ley o bien el sobreseimiento de la causa, sin perjuicio de que puedan solicitar excepcionalmente la práctica de diligencias complementarias que consideren imprescindibles para formular la acusación.

**PÓNGASE ESTA RESOLUCIÓN EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL Y DEMÁS PARTES PERSONADAS**, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, **RECURSO DE REFORMA** en el plazo de **TRES DÍAS**.

Así por este Auto lo pronuncia, manda y firma D/Dña. MARÍA ANTONIA BENITO BETHENCOURT, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Puerto de la Cruz y de su cumplimiento, yo el/la Letrado/a de la Administración de Justicia doy fe.

LA MAGISTRADO-JUEZ

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

