



Roj: **STS 4046/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4046**

Id Cendoj: **28079120012018100603**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **2615/2017**

Nº de Resolución: **613/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 613/2018

Fecha de sentencia: 29/11/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2615/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 11/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCION N. 9

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: MMD

Nota:

Secreto del sumario. Motivación del auto que lo acuerda. Interpretación restrictiva.

La publicidad de las actuaciones judiciales constituye un principio constitucional, art. 120.1 CE pero la declaración de secreto no resulta en sí misma limitativa del derecho a un proceso público sino, en su caso, del derecho de defensa.

Intervenciones telefónicas. Principio especialidad.

Prescripción delito continuado se inicia a partir de la comisión de la última infracción.

Delitos conexos. En casos de conexidad natural se consideran una unidad y no se aprecia la prescripción por separado y mientras el delito más grave no prescriba, tampoco prescribe el delito con el que está conectado.

Inadmisión de prueba. Doctrina de la Sala. No cabe admitir la prueba sobre cuestiones jurídicas sobre las que debe versar la preparación profesional del juez.

Prueba sumarial, la incorporación al proceso de declaraciones sumariales resulta constitucionalmente aceptable, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y se hayan respetado los derechos de defensa del acusado.

Principio de contradicción, hasta que se haya dado a la defensa la oportunidad de intervenir en su práctica y que el testimonio no integre la prueba definitiva de la condena.

Principio acusatorio. Doctrina jurisprudencia. Conclusiones definitivas.



Dictámenes periciales. Naturaleza. Libertad de valoración por el tribunal.

Malversación de caudales públicos. Naturaleza pluriofensiva. Se viola también el deber personal de fidelidad respecto a la Administración. Presupuestos del delito. Delito especial que admite tipos de participación: cooperación necesaria e inducción.

Concepto de caudales y efectos públicos. Problemática de la enajenación de aprovechamientos urbanísticos de propiedad municipal. No reclamación de deuda. Delitos de omisión. Posición de garante.

Delito de fraude, art. 436. Delito de simple actividad con la finalidad de defraudar a la Administración. No requiere el perjuicio efectivo. Se produce en el caso de aplazamiento del pago del precio y el impago de plazos, sin adoptar las necesarias garantías.

Delito de prevaricación urbanística. Infracción a sabiendas de las obligaciones de observar la normativa urbanística. Prevaricación especial por razón de la materia, debe afectar o poner en peligro el interés consistente en la explotación racional del suelo orientada a la satisfacción del interés general.

Delito de cohecho. Prueba indiciaria. Distintos tipos de cohecho. Análisis de los mismos.

Tutela judicial efectiva y presunción de inocencia. Relación ente ambos derechos fundamentales.

Prueba de descargo. Necesidad de su valoración.

Unidad natural de acción en el delito de malversación. Doctrina jurisprudencial. Delito de blanqueo. Posibilidad de autoblanqueo. Pleno Sala 18-07-2006.

Derecho a la intimidad. El Fiscal puede solicitar información patrimonial de los investigados; art. 11.2 de LO 13/99 de Protección de datos de carácter personal.

Conocimiento procedencia ilícita en el blanqueo. No requiere un conocimiento preciso del delito previo, solo eventual. Participe a título lucrativo, doctrina jurisprudencial.

Afirmaciones fácticas en fundamentación jurídica que perjudican al reo.

RECURSO CASACION núm.: 2615/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 613/2018

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2615/2017 interpuesto por **D. José**, representado por la procuradora D^a. María del Carmen Iglesias Saavedra, bajo la dirección letrada de D. José María Suárez Domínguez; por **D. Luis**, representado por la procuradora D^a. Esther Ana Gómez de Enterría Bazán, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Choclán Montalvo; por **D^a. Amparo**, representada por la procuradora D^a. Blanca Murillo de la Cuadra, bajo la dirección letrada de D. Juan José Simón Infante; y por **D. Nemesio**, representado por el procurador D. José Antonio López Guerrero, bajo la dirección letrada de D^a. Rocío Amigo González, contra sentencia de fecha 4 de julio de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena.

Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Estepona instruyó Procedimiento Abreviado núm. 32/2015 contra D. José , D. Luis , D^a. Amparo y D. Nemesio , por delito de fraude en la contratación, malversación de caudales públicos, prevaricación urbanística, cohecho, blanqueo de capitales y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado núm. 2008/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Probado y así se declara expresamente que:

PRIMERO.- El acusado, Luis , Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Casares durante distintos periodos a partir del año 1.979 y, concretamente y en lo que respecta a los hechos enjuiciados en la presente causa, entre los años 2.000 y 2.006, guiado por un ánimo de enriquecimiento injusto y en connivencia con el también acusado José , aprovechando el cargo público que ostentaba, pactó con José los convenios urbanísticos que, a continuación, se relacionan y que motivaron la modificación del Planeamiento Urbanístico de Casares con la única intención de beneficiar al entramado societario de Magestic, dedicado a la promoción inmobiliaria y representado por el José , a cambio de una contraprestación económica para el Alcalde:

PRIMERO A: Convenio Urbanístico de 27.10.00.

Convenio Urbanístico para la modificación puntual de elementos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Casares, Sector UR-7, suscrito entre el Alcalde de Casares y hoy acusado. Luis , por una parte, y, por otra, Lázaro (NUM000), en nombre y representación de Magestic Land. SA. (A-92148196) y Marino (NUM001) administrador único de Alelar Casaresx, (B-92089580), mercantiles propietarias del Sector UR-7.

En dicho convenio se pactó la división del Sector UR-7 en UR-7A y UR-7B y el aumento de edificabilidad en ambos sectores, incrementando de 7 a 13 viviendas por hectárea.

Al concertar dicho convenio, ambos acusados tenían pleno conocimiento de que era perjudicial para el municipio y que, de materializarse jurídicamente a través de las correspondientes modificaciones urbanísticas, detrarían ilícitamente un valor patrimonial público evaluable económicamente que pertenecía al municipio de Casares. Dicho perjuicio patrimonial se concretó de la siguiente forma:

a) En la cláusula séptima del mencionado convenio se acordó la adjudicación directa por el

Ayuntamiento a la entidad Magestic Land SA de los terrenos correspondientes a la cesión obligatoria al municipio de Casares del 10% del aprovechamiento urbanístico por el precio de noventa millones de pesetas (90.000.000 pesetas/540.910,89 euros), valor inferior al de mercado, cifrado éste en seiscientos setenta y seis mil ochocientos veintinueve euros (676.829 euros), logrando con ello los acusados, Luis y José , la sustracción al Ayuntamiento de Casares de fondos públicos a favor de la mercantil Magestic Land SA por importe de ciento treinta y cinco mil novecientos dieciocho euros con once céntimos de euro (135.918,11 euros).

b) En la misma cláusula se acordó el aplazamiento del pago del precio de los aprovechamientos urbanísticos enajenados a Magestic Land, S.A., en cinco plazos mensuales a contar desde la fecha del otorgamiento de la licencia de obras de urbanización, sin embargo, la mercantil Magestic Land SA sólo abonó al Ayuntamiento de Casares tres de los cinco pagos derivados del convenio: a) el 17.12.01: dieciocho millones de pesetas (108.182,18 euros); b) el 24.07.02: ciento ocho mil ciento ochenta y dos euros con dieciocho céntimos de euro (108.182,18 euros);

c) el 24.01.03: ciento ocho mil ciento ochenta y dos euros con dieciocho céntimos de euro (108.182,18 euros).

El pago aplazado de la enajenación de derechos está prohibido por la legislación patrimonial y, por tanto, la venta no se debió formalizar hasta que se hubiera efectuado el pago en la cuenta municipal o se hubieran adoptado las garantías necesarias pues resulta preceptivo legalmente garantizar el pago de los aprovechamientos adjudicados.

A tal fin, Magestic Land SA presentó como aval del pago del 10% de aprovechamiento medio de la UR-7 A, la parcela NUM002 , finca registral nº NUM003 , Libro NUM004 , Tomo NUM005 del Registro de la Propiedad de Manilva. Dicha garantía, sin embargo, ni era admisible conforme a las normas urbanísticas -pues se trataba de una garantía privada-, ni fue anotada al margen de la inscripción registral de la finca. En consecuencia, no consta garantía que avalase dicha deuda. Luis omitió de forma consciente e intencionada exigir garantía válida y suficiente.

En consecuencia, Magestic Land SA dejó de abonar doscientos dieciséis mil trescientos sesenta y cuatro euros con treinta y seis céntimos de euro (216.364,36 euros) por los aprovechamientos urbanísticos adquiridos. Ello no obstante, el acusado, Luis , en su condición de Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Casares y máximo

responsable de este convenio en el municipio, con pleno conocimiento de la falta de pago, omitió ordenar su reclamación administrativa.

Finalmente, la perfección de la monetarización del 10% del aprovechamiento medio y su inscripción en el Registro de la Propiedad de Manilva se realizó mediante el Acuerdo de Parcelación aprobado por la comisión de gobierno en fecha 05.09.01 y formalizado el 12.09.01, certificado por el Secretario Interventor, Juan Ramón , con el visto bueno, consentimiento y anuencia del Alcalde, y ello aunque no se debió formalizar la venta hasta que se hubiera hecho efectivo el pago en la cuenta municipal o se hubieran adoptado las garantías legales.

La entidad Almar Casares S.L no compró aprovechamiento urbanístico alguno.

Este convenio de 27.10.00 se concertó. además, con graves deficiencias jurídicas: se firmó sin verificar extremos esenciales como la capacidad jurídica y de obrar de las mercantiles intervinientes, Magestic Land S.A. y Almax Casares S.L. ni la representación que ostentaban los firmantes y si la misma era suficiente para la firma del convenio, no constando tampoco el preceptivo informe del secretario municipal (pese a que se trataba de impulsar la Modificación de Elementos de las NNSS, esto es, Planeamiento General y, por tanto, se requiere mayoría absoluta) ni su firma como fedatario público.

El citado convenio, que inspiró la Modificación de Elementos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Casares para la división del Sector UR 7 en UR 7-A y UR 7-B y en el que se establecen las condiciones urbanísticas de cada sector tras la aprobación de la modificación de elementos, además de fijarse edificabilidad (se aumenta), densidad, ordenanza de edificación aplicable y Sistema de Compensación como Sistema de Actuación, sin embargo, se formuló sin que previamente se hubiese emitido informe favorable por los servicios técnicos y jurídicos pese a ser una materia compleja y afectar a normas imperativas: tampoco consta que se requiriese dicho informe ni para la firma del convenio ni para su posterior ratificación por el pleno: no se justificó previamente el interés general necesario para el cambio de los parámetros urbanísticos, ni el interés público o general en la enajenación de los excesos de aprovechamientos urbanísticos de propiedad municipal y, pese a ser preceptiva tasación pericial previa, la misma no existía a la firma del convenio, elaborándose con posterioridad, concretamente en fecha 30.10.00 por el arquitecto jefe de la Mancomunidad de Municipios, Ángel Jesús .

Dicho convenio fue ratificado por el pleno del Ayuntamiento de Casares de fecha 13 de diciembre de 2000, con el apoyo del Alcalde, no constando que los concejales que votaron a favor de la aprobación del convenio hubiesen tenido conocimiento de las irregularidades cometidas con anterioridad al pleno ni de los pactos a los que habían llegado Luis y José . La aprobación provisional de la modificación tuvo lugar el 09.02.01 y la definitiva el 14.03.01. también se modificaron los elementos del Plan parcial de Ordenación del Sector UR-7A, a iniciativa de la mercantil Magestic Land, S.a.. que solicitó un incremento de la edificabilidad para la construcción de 443 viviendas. aprobándose inicialmente esta modificación el 19.12.00, provisionalmente el 09.02.01 y definitivamente, el 14.03.01. Finalmente, tras la modificación anterior, Magestic Land, S.A. solicitó una redistribución entre las parcelas edificables, aprobándose inicialmente el 09.08.02, provisionalmente el 20.11.02 y definitivamente el 17.12.02.

Con todas las actuaciones descritas, el acusado José , obtuvo ilícitamente este incremento patrimonial en detrimento de las arcas municipales, al ser el administrador real de la mercantil Magestic Land SA.

PRIMERO B. Convenio urbanístico de fecha 02.06.04.

Convenio firmado entre Luis , como Alcalde-Presidente de la Corporación Municipal de Casares, y José , en representación de Magestic Land, S.A., en el cual conciertan incrementar la densidad de viviendas aplicable, proponiendo mejorar dicho parámetro de 13 viv/hect a 16 viv/hect en el sector UR7-A del término municipal de Casares, siendo la mercantil "Magestic" la beneficiada por el incremento de la construcción de viviendas al afectar únicamente a las parcelas de su propiedad que, precisamente, la promotora no había conseguido vender.

En virtud de este convenio de 02.06.04 la mercantil Magestic Land S.A., se comprometía, a cambio, a abonar a las arcas municipales, de manera gratuita y para su destino a la satisfacción de necesidades públicas, la cantidad de 130.000 euros, pese a la inexistencia de valoración técnica que justificase esa donación ni informe jurídico ni informe técnico previo preceptivo: tampoco valoración de las plusvalías que se generaban con la actuación municipal ni se motiva el interés público que podía haber en el aumento de densidad en la parcela de Magestic.

El convenio se ratifica en el pleno de 06.11.04, incumpléndose los requisitos de tramitación de la LOUA y omitiendo la publicación en el B.O.P., omisión por la que resulta legalmente ineficaz.

PRIMERO C. Convenio Urbanístico de 22.07.04

Convenio suscrito entre el Alcalde Luis y José (NUM006) en nombre y representación de las mercantiles Magestic Constructions and Developemenet Group. S.L., (B-92336809) y Corporación Inmobiliaria Doña Julia, S.L.

El objeto de este convenio era incluir en el nuevo PGOU de Casares la recalificación de Suelos No Urbanizables a Suelo Urbanizable Sectorizados situados en Paraje Linares de Casares, privilegiando en la modificación urbanística a las fincas propiedad de Magestic al transformar su calificación urbanística.

Este convenio, aprobado con el apoyo y voto favorable de Luis , se firmó deliberadamente con infracciones burdas y groseras de la legalidad administrativa, pues no se acredita la representación que dice ostentar el particular sobre las mercantiles citadas ni se solicitan los informes jurídicos y técnicos previos precisos para su realización. Contiene, además, graves irregularidades administrativas pues se firma antes de su aprobación por el Pleno y sin que se haya producido el trámite de información pública. No se inscribe ni deposita en el Registro Autonómico ni municipal.

En la cláusula novena la mercantil cede unos terrenos de suelo no urbanizable en la BARRIADA000 , concretamente, las fincas registrales nº NUM007 , NUM008 , NUM009 y NUM010 del Registro de la Propiedad de Manilva. Dicha cesión, aceptada por el Pleno, se ratifica el 23.05.06.

No consta la publicación de aprobación definitiva en el BOPMA ni su depósito e inscripción en los Registros Urbanísticos correspondientes, lo que supone la dejación deliberada de sus funciones por parte del Alcalde, Luis .

SEGUNDO.- MODIFICACIONES URBANISTICAS DEL SECTOR UR-7A DEL MUNICIPIO DE CASARES DERIVADAS DE LOS ANTERIORES CONVENIOS.

A fin de normativizar los pactos ilícitos descritos en el hecho anterior, existentes entre el Alcalde de Casares, Luis , y José , como representante de Magestic, entre los años 2.000 a 2.005 se realizaron cinco modificaciones urbanísticas en el planeamiento municipal de Casares, con objeto de beneficiar a Magestic a cambio de una contraprestación económica para el Alcalde.

Dichas modificaciones son las siguientes:

1ª). Modificación de las Normas Subsidiarias de Casares.

Aunque figura en la Propuesta "Iniciativa Municipal-. esta modificación tiene su origen en el Convenio Urbanístico de fecha 27.10.00, ya referido. y afecta a la división del Sector UR-7 en UR-7A y UR-7B, y al aumento de edificabilidad en cada uno de los resultantes. Se aprueba inicialmente el 13.12.00, provisionalmente el 09.02.01 y definitivamente el 14.03.01.

2ª). Modificación de Elementos del Plan Parcial de Ordenación (P.P.O.) del Sector UR-7-A. Propuesta: "Iniciativa Privada (Majestic Latid)", a causa de la anterior Aprobación Inicial de la Modificación de las NNSS de Casares, la mercantil Magestic Land, S.A. solicita un incremento de edificabilidad, planteando la construcción de 433 Viv. (Exp. Junt. And. CA-13). Se aprueba inicialmente el 19.12.00, provisionalmente el 09.02.01 y definitivamente el 14.03.01.

La aprobación inicial tiene lugar tan solo 6 días después de la aprobación inicial de la Modificación anterior, así como la aprobación Provisional y Definitiva coinciden en las mismas fechas que las mismas de la modificación de NN.SS. anterior.

3ª). Modificación de Elementos del P.P.O. del Sector UR-7A. Propuesta: "Iniciativa Privada (Majestic Land)", la citada mercantil solicitó una redistribución entre las parcelas edificables con el número de viviendas y el techo otorgado. como consecuencia de la aprobación anterior.

Se aprueba inicialmente el 09.08.02. provisionalmente el 20.11.02 y definitivamente el 17.12.02.

4ª). Modificación de Elementos de NN.SS. del Sector UR-7A. Propuesta: "Iniciativa Municipal". se vuelve a solicitar un aumento en la densidad de viviendas, pasando de 13 a 16 Viv./Ha.

A raíz del Convenio Urbanístico firmado entre el Ayuntamiento y Magestic Land, SA con fecha

02.06.04, dirigido exclusivamente a beneficiar a las parcelas de ésta última en detrimento de los demás propietarios del sector, el Ayuntamiento de Casares propuso la modificación de los elementos de las normas subsidiarias del Sector UR-7A a los efectos de establecer un aumento en la densidad de viviendas que pasó de 13 a 16 Viv./Ha. La aprobación inicial se realizó en sesión ordinaria del pleno del ayuntamiento de Casares el día 11.06.04 que, en el punto 9 aprobó el anterior Convenio y en el punto 10 aprobó inicialmente la modificación de Elementos de las Normas subsidiarias, que estableció el aumento de densidad de viviendas pactado en el convenio urbanístico de 02.06.04. Dicha modificación se aprobó definitivamente por el pleno del ayuntamiento



de Casares el día 14.12.04 (punto 6), sin el preceptivo informe de los técnicos municipales y con un informe jurídico que realizó el acusado, Nemesio, el día 03.09.04 emitido solo para dar respuesta a las cuestiones planteadas en las alegaciones que hicieron algunos propietarios sobre la modificación proyectada. Por último, esta modificación no se publicó en el BOPMA, requisito preceptivo e indispensable para la validez de dicha modificación.

Al igual que en la Modificación de NN. SS. indicada como la, aunque la propuesta es de "Iniciativa Municipal" dicha modificación es solicitada a raíz de Convenio Urbanístico firmado entre el Ayuntamiento y Magestic Land S.A., con fecha 02.06.04, no constado la publicación en B.O.P. de dicho convenio, contraviniendo lo marcado por la LOUA.

5ª). Modificación de Elementos del P.P.O. del Sector UR-7A. Propuesta: "Iniciativa Privada (Magestic Land)".

Concretamente, en un escrito con registro de entrada en el Ayuntamiento de Casares de fecha 20.07.04, se solicitó, por persona no identificada, la modificación de elementos del plan parcial de ordenación del Sector UR-7 A. Dicho escrito, pese a carecer de los requisitos imprescindibles para ser atendido en una Administración Pública -desconocimiento del solicitante de la modificación y de la sociedad a la que representa, inconcreción del pedimento y ausencia de proyecto técnico que avalase la modificación instada-, fue tramitado, en virtud del pacto ilícito existente entre los acusados, Luis y José, motivando la tramitación y aprobación inmediata de la modificación solicitada, siendo la pretensión que se deducía del escrito, cambiar parte de la zona de actuación de vivienda unifamiliar aislada por viviendas adosadas. Merced a las ilícitas gestiones del Alcalde Luis, aquella solicitud dio lugar a la sustitución de parte de la zona UA-1 (Unifamiliar Aislada) por UAD (Viviendas adosadas) "Con el objeto de crear un nuevo producto inmobiliario más acorde con el mercado actual", (Memoria del Proyecto de Modificación de Elementos), pese a la inexistencia de informe jurídico municipal previo a la aprobación inicial, ni informe de la Comisión Provincial de Urbanismo previo a la aprobación definitiva ni publicación en el BOPMA, requisito preceptivo e indispensable para la validez de dicha modificación. Esta modificación fue inicialmente aprobada en fecha 27.08.04, esto es, tan solo 37 días después de la presentación de tan improcedente escrito, provisionalmente el día 31.03.05 y definitivamente el 09.06.05. No fue publicada en el BOP ni existe informe de la Junta de Andalucía.

Las dos primeras modificaciones son prácticamente aprobadas a la vez, ya que la aprobación

inicial de la indicada como 1 a Modificación de las NN.SS. se realiza el 13.12.00 y la aprobación inicial de la indicada como 2" Modificación de elementos del P.P.O. lo hace seis días después, el 19.12.00, coincidiendo ambas en las fechas de la aprobación provisional y definitiva. Como consecuencia de la aprobación definitiva de estas dos modificaciones es solicitada la indicada como 3", la Modificación de Elementos del P.P.O. del Sector UR-7 A, la cual está motivada en la redistribución entre las parcelas edificables del número de viviendas y el techo otorgado, a consecuencia de dichas aprobaciones.

Las dos últimas modificaciones enumeradas. concretamente en la 4a.- Modificación de Elementos de las NN.SS. del Sector UR-7 A y en la 5".- Modificación de Elementos del P.P.O. de dicho Sector, al ser estas Modificaciones posteriores a la legislación vigente (Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía) posibilitaron la creación de una nueva zona denominada UAD (Viviendas Adosadas), dentro de la denominada UA-1 (la cual era de viviendas unifamiliares), con la posterior construcción de 82 viviendas más, de las que tan solo sale beneficiado la Sociedad Magestic Land, S.A. Estas modificaciones se tramitaron de forma simultánea, aunque en expedientes independientes, avalados por el artículo 13.4 de la L.O.U.A. v ambas se encuentran fuera de planeamiento, en claro beneficio del entramado Magestic.

Los expedientes administrativos relativos a dichas modificaciones están plagados de irregularidades que hubieran impedido su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de no existir el pacto ilícito tantas veces referido entre el Alcalde del Ayuntamiento de Casares. Luis y el representante de hecho del entramado Magestic, José. Estas irregularidades son las siguientes:

1º: Expediente administrativo de Modificación de Elementos de las NNSS del Sector UR 7 A del término municipal de Casares. No consta en el expediente la siguiente documentación: a) solicitud del interesado para inicio del trámite del expediente administrativo, con registro de entrada municipal; b) informe Técnico Municipal de Urbanismo previo a la Aprobación Inicial del Expediente; e) el documento de Modificación de Elementos de las NN.SS. del Sector UR7A, carece del correspondiente sello con la aprobación definitiva; d) no consta copia de la publicación en el B.O.P. de Málaga de la Aprobación Definitiva del Documento.

2º: Expediente administrativo de Modificación de Elementos del P.P.O. del Sector UR 7.A del término municipal de Casares. No consta en el expediente la siguiente documentación: a) el informe jurídico municipal previo a la aprobación inicial del expediente; b) el informe de la Comisión Provincial de Urbanismo, si lo hubiera o en su defecto, Informe Jurídico previo a la aprobación definitiva del expediente, por lo que dicha aprobación



definitiva se realizó sin informe alguno contraviniendo lo indicado por la L.O.U.A. (Art. 32); c) no consta copia de la publicación en el B.O.P. de Málaga de la Aprobación Definitiva del Documento.

Estas dos últimas modificaciones urbanísticas, realizadas quebrantando bruscamente la legalidad, no llegaron a estar vigentes.

De hecho, desde el Servicio de Urbanismo de la Delegación Provincial de Málaga se informa que la normativa de "planeamiento urbanístico vigente" que afecta al Sector UR-7 A del municipio de Casares es el siguiente: a) Para Normas Subsidiarias del Sector UR-7, con fecha de acuerdo correspondiente al 14.03.2001, publicado en B.O.P. el día 02.05.2001. (referido antes como la.- Modificación de las NN.SS. de Casares) y b) Para Plan Parcial del Sector UR-7 A, con fecha de acuerdo correspondiente al 17.12.2002 y publicado en el B.O.P. con fecha 30.01.2003.

TERCERO.- LICENCIAS URBANISTICAS.

3.1.- El acusado José solicitó, en fecha 02.06.05, licencia municipal de obras para la ejecución de las obras de nueva planta de 115 viviendas unifamiliares adosadas sitas en la parcela propiedad de la mercantil "Magestic Construction and Development Group, S.L".

Tras dicha solicitud, el Arquitecto Jefe de la Mancomunidad de Municipios, Ángel Jesús, informó, en fecha 14.06.05, desfavorablemente a su concesión porque faltaba el estudio de seguridad y salud, el proyecto de ICT, 2 ejemplares visados del proyecto y ubicación dentro del conjunto de un recinto cerrado para los restos de poda de jardines y otro para la ubicación de contenedores de basura; asimismo informaba que *"previamente a la concesión de la licencia que pudiera concederse deberá aprobarse la correspondiente modificación del Proyecto de Reparcelación"*; en informe de fecha 26.07.05, vuelve a reiterar su negativa diciendo que deberán de subsanarse deficiencias para que sea concedida la licencia solicitada.

Pese a esos informes negativos, el acusado, Nemesio, asesor jurídico externo contratado por el Ayuntamiento de Casares como experto en derecho urbanístico, emitió en fecha 12.09.05 un informe jurídico en el que informaba favorablemente al otorgamiento de la licencia, a sabiendas de que, con los informes técnicos negativos precedentes, dicha licencia no debía ser concedida, reflejando en su dictamen, no obstante, que *"en relación con las observaciones realizadas en el informe de los Servicios Técnicos, se hace notar que la Modificación del Proyecto de Reparcelación cuenta con informe jurídico favorable a sus previsiones, que ha sido sometida al trámite de información pública, existiendo constancia de la comparecencia de la entidad bancaria consintiendo la distribución del crédito hipotecario. En aras del principio de celeridad, tratándose de una modificación promovida por propietario único y siendo de todo orden previsible el resultado de esta tramitación, el aspecto observado por los servicios técnicos no se aprecia como inconveniente para el eventual otorgamiento de la licencia. Con la sola prevención de la necesidad de presentar antes del inicio de las obras el proyecto visado"*, posibilitando así con su favorable informe la concesión de una licencia de obras que nunca debió ser otorgada, tal y como se expone a continuación.

Efectivamente, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Casares concedió, en sesión celebrada en fecha 16.09.05, a la mercantil Magestic Construction and Development Group SL, licencia municipal de obras para la ejecución de 115 viviendas unifamiliares adosadas, según se refleja en el extracto del acuerdo, no constando acta de la mencionada Junta de Gobierno porque las actas, habitualmente, no se confeccionaban. En el acuerdo se reflejaba que la licencia se otorgaba de conformidad con el proyecto básico y los informes favorables emitidos por el Servicio Técnico Municipal de fecha 26.07.05 y por los Servicios Jurídicos Municipales con fecha 12.09.05, pese, a que, como se ha expuesto, los informes emitidos por el Servicio Técnico referido, imprescindibles para conceder la licencia de obras, no eran favorables, antes al contrario, precisaban que, previamente a la concesión de la licencia, se aprobase el correspondiente proyecto de reparcelación. Empero, lo dictaminado en ese informe técnico no se cumple pues la licencia se otorga en fecha 16.09.05 sin proyecto de reparcelación, proyecto que finalmente se aprueba por la Junta Gobierno celebrada el 11.10.05, esto es, un mes después del otorgamiento de la licencia de obras, contraviniéndose con ello la legalidad urbanística. El acuerdo es firmado en fecha 07.10.05 por el Concejal de Urbanismo y también acusado. Andrés.

Tras ello, el acusado, José, en connivencia con el también acusado, Luis, acudió el día 12.04.06 al Ayuntamiento de Casares para retirar la licencia de obras concedida; sin embargo, cuando el Secretario, Juan Ramón, le solicitó que abonase las tasas, como requisito sine qua non para retirar la licencia. José le dijo que ya había tratado con el Alcalde el asunto del abono de las tasas y que hablase con el Alcalde. Efectivamente, puesto al habla telefónicamente el Secretario Municipal con el Alcalde Luis, éste le dijo al Secretario que entregase la licencia de obras a José y que reflejase en la copia de la misma que la retiraba sin abonar su importe; así hizo el Secretario Municipal que entregó la licencia a José sin abonar previamente las tasas, pese a ser preceptivo, plasmando el Sr. José, de forma manuscrita, al dorso de la copia que se archiva en el



expediente, lo siguiente: " Recibí el original quedando pendiente de pago de conformidad con lo tratado con el Sr. Alcalde. Casares, 12 de abril de 2.006". Los importes de los derechos liquidados por la licencia de obras no abonados por José al Ayuntamiento ascienden a 413.077'63 euros.

Dichas tasas fueron finalmente abonadas por otra mercantil. Geprolar Promociones Inmobiliarias, S.L. (expediente NUM011), tras autorizarse un cambio de titularidad de la licencia a su favor por acuerdo de la Junta de Gobierno de 23 de Octubre de 2.007.

El acusado, Luis . controló y gestionó de forma exclusiva en el Ayuntamiento de Casares todas las actuaciones urbanísticas reseñadas; conocía las ilegalidades señaladas así como que la normativa urbanística no permitía el otorgamiento de la licencia de obras finalmente concedida con su apoyo y su voto favorable pues no se había aprobado la modificación del Proyecto de Parcelación. referido por el Arquitecto de la Mancomunidad de Municipios.

3.2.- Por último, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Casares celebrada el 16.06.06 concedió a la mercantil Majestic Construction and Development Group SL licencia de primera ocupación para 40 viviendas en bloques aislados y 48 plazas de aparcamiento en sótanos. Dicha licencia fue firmada por el concejal de urbanismo acusado, Andrés . en fecha 20.06.06 a pesar de todos los incumplimientos e irregularidades expuestas y a pesar de no estar terminadas las obras de urbanización ni estar suficientemente garantizadas la terminación de dichas obras, sorprendentemente para lo cual el Ayuntamiento de Casares había conferido de plazo a la promotora hasta el 29.05.03, supeditando la concesión de primera ocupación a su finalización.

No consta que el acusado, Andrés , Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Casares, conociera de las artimañas de Alcalde, Luis ni los pactos secretos e ilícitos concertados por éste con el también acusado, José .

CUARTO.- INCREMENTO PATRIMONIAL DE Luis

El acusado, José , como representante real del entramado societario Magestic, formado por las entidades Magestic Land SA y Magestic Construction and Development Group SL, entregó a Luis entre los años 2.000 a 2.005 diversas cantidades de dinero no cuantificadas con exactitud pero, en ningún caso inferiores a doscientos ochenta y seis mil doscientos euros (286.200 euros), con el fin de obtener un trato privilegiado y beneficioso por parte del alcalde de Casares en todas las actuaciones urbanísticas que proyectaron sobre el sector UR-7 A del municipio de Casares, movido con la intención de que el alcalde gestionara, dirigiera y ejecutara los hechos descritos en los apartados anteriores en beneficio de Magestic y en perjuicio del resto de los propietarios del sector UR-7 A y del Municipio de Casares, obteniendo las mercantiles citadas pingües beneficios económicos con la desviada actuación administrativa.

QUINTO. ACTOS PARA INTRODUCIR EN EL MERCADO LOS CAPITALES RECIBIDOS ILICITAMENTE.

El matrimonio constituido por los acusados, Luis y Amparo , a fin de aflorar el dinero ilegalmente obtenido a cambio de beneficiar urbanísticamente al entramado societario de Magestic y darle apariencia de legalidad adquirieron, el día 03.02.04 la totalidad de las participaciones de las sociedades Mafasa Kim, SL, Ureña Iberia, SL y 1.,iniurn Fir, SL, sociedades que habían sido constituidas en el año 2.003 por la mercantil Empresas Urgentes 241-1 SL, carentes de actividad y constituidas exclusivamente para su posterior transmisión a terceras personas. La transmisión de participaciones sociales no se inscribió en el registro.

La adquisición de las participaciones sociales se realizó a través de sucesivas transmisiones artificiosas de forma que se dificultara la averiguación de la identidad del verdadero titular último de las sociedades.

En el Registro de Mercantil, no se hizo constar dato alguno que vinculara a los acusados Luis y Amparo con dichas sociedades por cualquier título legal, siendo nombrado administrador una persona de confianza de los acusados, Justino .

En concreto los acusados adquirieron las sociedades por las operaciones siguientes, todas realizadas el día 03.02.04: a) En el protocolo notarial nº 538 del Notario D. José Castaño Casanova, se acordó la transmisión a Justino de 50 participaciones (de un total de 100) de la mercantil Kinium Fir, SL que pertenecían a la sociedad Empresas Urgentes 24H SL; b) En protocolo notarial nº 539 del mismo Notario, se elevaron a públicos los acuerdos sociales por los que se cambió el domicilio social de la sociedad, se nombró administrador a Justino se hizo constar la pérdida del carácter unipersonal de la sociedad por la transmisión de participaciones a Justino , de modo que no fuese obligatorio la inscripción en el Registro Mercantil de la identidad del socio único; e) En protocolo nº 540, la mercantil Empresas Urgentes 24H SL y Justino , vendieron respectivamente sus participaciones a los acusados Luis y Amparo ; d) En protocolo notarial nº 541 del Notario D. José Castaño Casanova, se acordó la transmisión a Justino de 50 participaciones (de un total de 100) de la mercantil Ureña Iberia, SL que pertenecían a la sociedad Empresas Urgentes 24H SL.; e) En protocolo notarial nº 542



del mismo Notario, se elevaron a públicos los acuerdos sociales por los que se cambió el domicilio social de la sociedad, se nombró administrador a Justino y se hizo constar la pérdida del carácter unipersonal de la sociedad por la transmisión de participaciones a Justino de modo que no fuese obligatorio la inscripción en el Registro Mercantil de la identidad del socio único; f) En protocolo nº 543, la mercantil Empresas Urgentes 24H SL y Justino . vendieron respectivamente sus participaciones a los esposos Luis y Amparo ; g) En protocolo notarial nº 544 del Notario D. José Castaño Casanova, se acordó la transmisión a Justino de 50 participaciones (de un total de 100) de la mercantil Mafasa Kim, SL, que pertenecían a la sociedad Empresas Urgentes 24H h) En protocolo notarial nº 545 del mismo Notario, se elevaron a públicos los acuerdos sociales por los que se cambió el domicilio social de la sociedad, se nombró administrador a Justino y se hizo constar la pérdida del carácter unipersonal de la sociedad por la transmisión de participaciones a Justino de modo que no fuese obligatorio la inscripción en el Registro Mercantil de la identidad del socio único; i) En protocolo nº 546. la mercantil Empresas Urgentes 2411 SL y Justino . vendieron respectivamente sus participaciones a los acusados Luis y Amparo .

En fecha 03.03.04 los acusados, Luis y Amparo , realizaron un ingreso de treinta mil euros (30.000 euros), procedentes del dinero que José había entregado a Luis , en la cuenta nº NUM012 cuyo titular era la mercantil Mafasa Kim SL.

Igualmente ocurrió con el ingreso efectuado por importe de treinta mil euros (30.000 euros) recibidos de José en la cuenta nº NUM013 cuyo titular era la mercantil Kinium Fir SL.

El acusado, Luis , sabedor, entre otras vías de conocimiento, por la información publicada en el periódico "La Tribuna" de fecha 19.10.05. que el también acusado. Carlos , había resultado agraciado en el sorteo de la Organización Nacional de Ciegos Española (O.N.C.E.) celebrado el día 17.10.05 al resultar premiados los diez cupones del premio a las cinco cifras de las series comprendidas entre la NUM014 y NUM015 correspondientes al número NUM016 , y, con el fin de aflorar y dar apariencia de legalidad a parte de los capitales recibidos de José , antes descritos, le compraron cinco de los cupones premiados. Dichos cupones fueron presentados al cobro por Amparo , en connivencia con su marido y sabedora del origen delictivo del dinero, y su importe ingresado en la libreta de ahorro nº NUM017 , cuyos titulares son Luis y Amparo , consiguiendo así sacar con apariencia de legalidad ciento sesenta y cinco mil euros (165.000 euros), solicitando Amparo la emisión de un cheque bancario librado contra la libreta de ahorro antes dicha por importe de 154.948'16 euros, siendo la mercantil Oncisa, S.L., la beneficiaria del cheque bancario.

Con este capital los acusados, Luis y Amparo , adquirieron el día 04.05.06 dos locales en el conjunto residencial la Noria de Maniva (Málaga) a la mercantil ONCISA SL por un precio de ciento sesenta y seis mil novecientos setenta euros sin incluir el IVA (166.970 euros).

Los datos registrales de estos dos locales son:

- 1) La finca registral nº 25.738, local sito en el conjunto residencial la Noria de Manilva (Málaga), inscrita en el Registro de la Propiedad de Manilva en el Tomo 1320, Libro 432, folio 185.
- 2) La finca registral nº 25.740, local sito en el conjunto residencial la Noria de Manilva (Málaga), inscrita en el Registro de la Propiedad de Manilva en el Tomo 1320, Libro 432, folio 187.

El 21.10.05 los acusados Luis y Amparo adquirieron a la mercantil Autos Benitez, S.L., a nombre de su hija, Carmen , un vehículo marca Opel Corsa, matrículaGXF , por un importe de diez' doscientos euros 0.900 euros). La hija del matrimonio carecía de ingresos para realizar dicha adquisición.

El 28.12.05 persona no identificada efectuó un ingreso en efectivo por importe de seis mil euros (6.000 euros) en la cuenta bancaria de los esposos nº NUM018 .

El 26.07.09 los acusados adquirieron a la mercantil Star Car Sistemas, S.L., a nombre de Amparo , un vehículo marca Mercedes C220, matrículaKHQ por importe de treinta y seis mil novecientos euros (36.900 euros), entregando los acusados un cheque bancario de fecha 29.12.09 por importe de veintiún mil novecientos euros (21.900 euros) y el resto en efectivo, aflorando así al mercado lícito la cantidad de quince mil euros (15.000 euros).

El día 16.03.09 los acusados Luis y Amparo realizaron un ingreso no justificado de treinta mil euros (30.000 euros) en la cuenta nº NUM019 cuyo titular era la mercantil Kinium Fir SL.

SEXTO. BLANQUEO DE CAPITAL. Carlos .

El acusado, Carlos , mayor de edad y sin antecedentes penales, adquirió del vendedor de la ONCE, adscrito a la Agencia de Marbella, concretamente al Área de venta del Polígono Industrial "La Ermita", Carlos Antonio , 10 cupones del número NUM016 , número que, como se ha descrito en el expositivo anterior, resultó premiado



en el sorteo celebrado el 17.10.05 con 33.000 euros por cupón, vendiendo, a su vez, 5 de dichos cupones agraciados, concretamente los boletos con las series NUM014, NUM020, NUM021, NUM022 y NUM023, a los también acusados Luis y Amparo, ignorando Carlos, no obstante, la procedencia delictiva del dinero recibido de los compradores.

SEPTIMO. ALZAMIENTO DE BIENES. Carlos .

Carlos resultó agraciado en el sorteo de la ONCE celebrado el 17.05.05 con 33.000 euros por cada uno de los diez cupones adquiridos al vendedor Carlos Antonio .

El acusado, Carlos, con anterioridad a resultar premiado, tenía deudas pendientes con la Agencia Tributaria y con la Tesorería General de la Seguridad Social, que no satisfizo con el importe del premio obtenido.

Carlos fue traído al procedimiento como investigado en fecha 09.05.12.

A esa fecha había transcurrido siete años desde que Carlos fuese agraciado con el premio de la ONCE, antes referido.

OCTAVO.- Andrés, Concejel Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Casares, participaba como tal en las Juntas de Gobierno en las que se llevaron a cabo las

modificaciones urbanísticas del planeamiento de Casares y, aunque bien es cierto que participó en la Junta de Gobierno del día 16.06.04 que concedió la licencia de primera ocupación a la mercantil "Magestic & Developement Group, S.L.", para 40 viviendas plurifamiliares en bloques aislados y 48 plazas de aparcamiento en sótano en la parcela RM del Sector UR-7A, no ha quedado acreditado que lo hiciera a sabiendas de que la misma era contraria a las normas urbanísticas, actuando subordinado ciegamente al Alcalde, Luis, y haciendo dejación de sus funciones como concejal de urbanismo. >>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Fallo. 1.- *Debemos condenar y condenamos* al acusado Luis como autor criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, previsto y penado en los artículos 432 y 74 CP, en su redacción anterior a la L.O. 15/03 y 5/2.010, a la pena de prisión de cuatro años y seis meses (04-06-00), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años; como autor criminalmente responsable de un delito de fraude en la contratación, del artículo 436 CP, a la pena de prisión de un año (01-00-00), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años; como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 y 2 CP, en su redacción anterior a la L.O. 5/2.010, a la pena de prisión de seis meses (00-06-00) e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años; como autor criminalmente responsable de un delito de cohecho de los artículos 419 y 423 CP, en su redacción anterior a la LO 5/2.010, a la pena de prisión de dos años (02-00-00) inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 300.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años y por el delito de blanqueo de capitales, previsto y penado en el artículo 301.1 y 2 CP, en su redacción anterior a la LO 5/2.010, a la pena de prisión de seis meses (00-06-00), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 300.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días en caso de impago. Se le impone 5/14 partes de las costas causadas.

Debemos absolver y absolvemos a este acusado del delito continuado de fraude en la contratación del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal con relación al convenio urbanístico de 27.10.00, referido en el apartado "A" de su escrito de conclusiones definitivas, al haber quedado absorbido por el delito continuado de malversación de caudales públicos.

2.- *Debemos condenar y condenamos* al acusado José como autor criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, previsto y penado en los artículos 432 y 74 CP, en su redacción anterior a la L.O. 15/03 y 5/2.010, a la pena de prisión de cuatro años y seis meses (04-06-00), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años; como autor criminalmente responsable de un delito de fraude en la contratación, del artículo 436 CP, a la pena de prisión de un año (01-00-00), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años; como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 y 2 CP, en su redacción anterior a la L.O. 5/2.010, a la pena de prisión de seis meses (00-06-00) e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la



condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años; como autor criminalmente responsable de un delito de cohecho de los artículos 419 y 423 CP, en su redacción anterior a la LO 5/2.010, a la pena de prisión de dos años (02-00-00) inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 300.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años. Se le impone 4/14 partes de las costas causadas.

Debemos absolver y absolvemos a este acusado del delito continuado de fraude en la

contratación del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal con relación al convenio urbanístico de 27.10.00, referido en el apartado "A" de su escrito de conclusiones definitivas, al haber quedado absorbido por el delito continuado de malversación de caudales públicos.

3.- *Debemos condenar y condenamos* a la acusada *Amparo* como autora criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales, previsto y penado en el artículo 301.1 y 2 CP, en su redacción anterior a la LO 5/2.010, a la pena de prisión de seis meses (00-06-00), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 300.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días en caso de impago. Se le impone 1/14 parte de las costas causadas.

4.- *Debemos condenar y condenamos* al acusado *Nemesio* como autor de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 y 2 CP, en su redacción anterior a la L.O. 5/2.010, a la pena de multa de doce meses con una cuota diaria de 50 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 CP, en caso de impago, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años y al pago de 1/14 parte de las costas causadas.

5.- *Debemos absolver y absolvemos* al acusado *Andrés* del delito de prevaricación urbanística del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio parte de las costas causadas.

6.- *Debemos absolver y absolvemos* al acusado *Carlos* de los delitos de blanqueo de capitales y de alzamiento de bienes de los que venía siendo acusados por el Ministerio Fiscal (éste último delito al haber prescrito la acción penal), declarando de oficio 2/14 parte de las costas causadas.

7.- *Debemos absolver y absolvemos* a la acusada *Carla* del delito por el que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas.

8.- *Debemos absolver y absolvemos* a la acusada *Catalina* del delito por el que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas.

9.- *Debemos absolver y absolvemos* al acusado *Juan Ramón*, del delito por el que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas.

En materia de responsabilidad civil, los acusados *José* y *Luis* deberán indemnizar, conjunta y solidariamente, al Ayuntamiento de Casares en la cantidad de trescientos cincuenta y dos mil doscientos ochenta y dos euros con cuarenta y siete céntimos de euro (352.282,47 euros), que se incrementarán en el interés legal.

Se decreta el decomiso de los siguientes bienes: a) La finca registral nº25.738, local sito en el conjunto residencial la Noria de Manilva (Málaga) propiedad de los esposos *Luis* y *Amparo*, inscrita en el Registro de la Propiedad de Manilva en el Tomo 1320, Libro 432, folio 185; b) La finca registral nº 25.740, local sito en el conjunto residencial la Noria de Manilva (Málaga) propiedad de los esposos *Luis* y *Amparo*, inscrita en el Registro de la Propiedad de Manilva en el Tomo 1320, Libro 432, folio 187; c) el vehículo marca Mercedes C220, matrículaKHQ; d) el vehículo marca Opel Corsa, matrículaGXF.

No procede deducir testimonio contra los testigos que depusieron en el plenario, familiares y allegados del acusado *Carlos*, al haber sido declarada la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito de alzamiento de bienes por el que venía siendo acusado.

Líbrese oficio al Ayuntamiento de Casares a fin de que, vista la grave apariencia de ilegalidad de la licencia de obras y de primera ocupación que fuesen otorgadas a la mercantil Magestic Construction and Development Group, S.L., referidas en el tercero de los expositivos del relato de hechos probados, inicie la revisión de oficio de esos actos por la vía del art. 106 ley 39/2015 (aplicable por DT 1ª) al concurrir causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1 d) ley 30/92 o 47.1 d) ley 39/2015 (acto constitutivo de infracción penal o que se dicte como consecuencia de esta). >>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por los recurrentes que se tuvo por anunciado, remitiéndose a



esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de los recurrentes, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente D. José

Primero.- Secreto de sumario. Por infracción constitucional al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 y 11 LOPJ y 852 LECr, por infracción del derecho a un proceso con garantías, derecho de defensa y proscripción de indefensión del art. 24 CE, en relación al auto de 30-09-2010, que decretó el secreto sumarial (f. 778 y 779 de las DP 1566/10), como sus sucesivas prórrogas (02-12-10 (f. 922 de las DP 1566/10), 02-01-11 (f. 1178 de las DP 1566/10), 02-02-11 (f. 1430 de las DP 1566/10, 02-04-11 (2251 de las DP 1566/10) y f. 3595 a 3635 de estas actuaciones), resoluciones todas ellas inmotivadas, claramente estereotipadas, que impiden fijar su legalidad a partir de los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad, presentándose tales medidas como objetivamente injustificadas, irracionales, innecesarias, desproporcionadas e inadecuadas, lo que ha de conllevar la declaración de nulidad radical y absoluta de dichas resoluciones y la consiguiente nulidad de todo cuanto se ha instruido al amparo de aquel secreto al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión. A ello hay que añadir la existencia de un secreto de sumario prorrogado cuando ya estaba vencido el plazo por el que se acuerda. Los defectos fueron puestos de manifiesto, tanto en el escrito de defensa, como en las cuestiones previas de la vista.

Segundo.- Intervenciones telefónicas y registros. Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se denuncia infracción del art. 24-1 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, y referida a las intervenciones telefónicas y registros acordados por unos delitos y que se usan para condenar por otros. Los defectos fueron puestos de manifiesto, tanto en el escrito de defensa, como en las cuestiones previas de la vista.

Tercero.- Escritos de defensa ante la AP. Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, en relación con el artículo 784-1 de la LECr, se denuncia infracción del art. 24-1 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, y que se produce cuando se deja pendiente de resolver el recurso de reforma interpuesto contra la providencia de fecha 29-03-16, no se acuerda en auto 13-06-16 la nulidad de actuaciones, y se acuerda que las defensas formulen su escrito de defensa ante el órgano enjuiciador, en lugar de ante el órgano instructor. Los defectos fueron puestos de manifiesto, tanto en el escrito de defensa, como en las cuestiones previas de la vista.

Cuarto.- Prescripción malversación. Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr, por vulneración de los arts. 432, así como 131 y 132 del C. Penal en relación con la prescripción del delito de malversación, por cuanto el delito de malversación estaba prescrito, y ningún precepto, en contra del principio de legalidad penal autoriza a modificar las normas de prescripción por el hecho de que en la sentencia se haya entendido que un delito concurre junto a otro.

Quinto.- Prescripción cohecho. Al amparo del art. 849.1 LECr., por vulneración de los arts. 419, así como 131 y 132 del C. Penal en relación con la prescripción del delito de cohecho, por cuanto el delito de cohecho estaba prescrito, y ningún precepto, en contra del

principio de legalidad penal autoriza a modificar las normas de prescripción por el

hecho de que en la sentencia se haya entendido que un delito concurre junto a otro.

Sexto.- Prueba pericial. Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 y 850-1 de la LECrim, se denuncia infracción del art. 24-1 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, y por inadmisión de prueba pericial esencial para la defensa, prueba que había sido admitida previamente por el Tribunal y declarada pertinente. Se puso de manifiesto la infracción y se formuló recurso y protesta contra la inadmisión.

Séptimo.- Prueba testifical Miguel. Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 y 850-1 de la LECrim en relación con el art. 730 LECr, se denuncia infracción del art. 24-1 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, y por admisión de la prueba testifical de D. Miguel mediante lectura de su declaración sumarial, declaración que es valorada luego en la sentencia. Esta parte se opuso a la práctica de la prueba en la forma en que se acordaba su práctica por el Tribunal, formulando protesta.

Octavo.- Principio acusatorio. Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se denuncia infracción del art. 24-2 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y un proceso con garantías, en relación con el principio acusatorio y derecho del acusado a ser informado con la suficiente claridad del hecho que constituye el delito por el que se formula la acusación.



Noveno.- Hecho malversación. Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se denuncia infracción del art. 24-2 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar al acusado por delito continuado de malversación de caudales públicos.

Décimo.- Hecho malversación. Por infracción de Ley del art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que resulta de los siguientes documentos literosuficientes y auténticos obrantes en autos, y ello en relación al hecho probado primero A) y considerar que los hechos constituyen un delito continuado de malversación de caudales públicos.

Undécimo.- Hecho malversación. Por infracción de Ley del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto por aplicación incorrecta del art. 432 del Código penal al considerar que los hechos constituyen un delito continuado de malversación de caudales públicos.

Duodécimo.- Hecho fraude. Por quebrantamiento de forma del art. 851-1º de la LECr, y en concreto por la falta de expresión en la sentencia clara y terminantemente de los hechos que se consideran probados y que constituyen el delito de fraude en la contratación.

Décimotercero.- Hecho fraude. Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 y 850-1 de la LECrim, se denuncia infracción del art. 24-1 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, y por condena por un delito de fraude en la contratación por los convenios de 02-06-2004 y 22-07-2004 cuando el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas no formuló acusación por delito de fraude por dichos convenios.

Décimocuarto.- Hecho fraude. Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se denuncia infracción del art. 24-2 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar al acusado por delito de fraude en la contratación.

Décimoquinto.- Hecho fraude. Por infracción de Ley del art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que resulta de los siguientes documentos literosuficientes y auténticos obrantes en autos, y ello en relación al hecho probado primero B) y C) y segundo y considerar que los hechos constituyen un delito de fraude.

Décimosexto.- Hecho fraude. Por infracción de Ley del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto por aplicación incorrecta del art. 436 del Código penal al considerar que los hechos constituyen un delito de fraude en la contratación.

Décimoséptimo.- Hecho prevaricación urbanística. Por quebrantamiento de forma del art. 851-1º de la LECr, y en concreto por la falta de expresión en la sentencia clara y terminantemente de los hechos que se consideran probados y que constituyen el delito de prevaricación urbanística.

Décimooctavo.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se denuncia infracción del art. 24-2 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar al acusado por delito de prevaricación urbanística.

Décimonoveno.- Por infracción de Ley del art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que resulta de los siguientes documentos literosuficientes y auténticos obrantes en autos, y ello en relación al hecho probado segundo y tercero y considerar que los hechos constituyen un delito de prevaricación urbanística.

Vigésimo.- Hecho prevaricación urbanística. Por infracción de Ley del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto por aplicación incorrecta del art. 320 del Código penal al considerar que los hechos constituyen un delito de prevaricación urbanística.

Vigésimoprimer.- Por quebrantamiento de forma del art. 851-1º de la LECr, y en concreto por la falta de expresión en la sentencia clara y terminantemente de los hechos que se consideran probados y que constituyen el delito de cohecho.

Vigésimosegundo.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se denuncia infracción del art. 24-2 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar al acusado por delito de cohecho.

Vigésimotercero.- Hecho cohecho. Por infracción de Ley del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto por aplicación incorrecta del art. 419 del Código penal al considerar que los hechos constituyen un delito de cohecho.

Motivos aducidos en nombre del recurrente D. Luis

Primero.- Por infracción constitucional. Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al lesionar la sentencia recurrida los derechos de mi mandante a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción



de la arbitrariedad, por omisión de la valoración de la prueba de descargo y por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Ilma. Sala de instancia.

Segundo.- Por infracción constitucional. Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), que se ha producido al haber realizado la sentencia recurrida una interpretación extensiva de la norma penal del delito de malversación de caudales públicos, al considerar la Sala de instancia que los aprovechamientos urbanísticos pueden integrar el concepto de caudal público en el sentido del tipo.

Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por indebida aplicación del 432.1 del Código Penal, en relación al primero de los hechos constitutivos del delito de malversación, al considerar objeto material del delito la infravaloración de los aprovechamientos urbanísticos.

Tercero.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por indebida aplicación del artículo 432.1 en relación con el art. 11 del Código Penal, al haber sido condenado el recurrente por un segundo hecho de malversación en comisión por omisión.

Cuarto.- Por infracción constitucional. Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al lesionar la sentencia recurrida los derechos de mi mandante a la tutela judicial efectiva, y a la presunción de inocencia, en relación con el art. 432.1, por haberse presumido la existencia de dolo en la conducta de mi patrocinado, de modo contrario al contenido objetivo de la prueba

Quinto.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por indebida aplicación del artículo 432.1 en relación con el art. 74.1 del Código Penal, al haberse apreciado el delito de malversación con el carácter de continuado.

Sexto.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, y concretamente, por indebida aplicación de los artículos 432.1 y 74.1 del Código Penal, y correlativa inaplicación del art. 436 del mismo Código, constitutivo de un delito de fraude.

Séptimo.- Por infracción constitucional. Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al lesionar la sentencia recurrida los derechos de mi mandante a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, por omisión de la valoración de la prueba de descargo y por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Ilma. Sala de instancia, en relación con la condena por el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 y 2 del Código Penal.

Octavo.- Por infracción constitucional. Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al lesionar la sentencia recurrida los derechos de mi mandante a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, en relación con la condena por el delito de cohecho del art. 419 del Código Penal.

Noveno.- Por infracción constitucional. Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al lesionar la sentencia recurrida los derechos de mi mandante a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, en relación con la condena por el delito de blanqueo de capitales del art. 301 del Código Penal.

Décimo.- Por infracción de ley. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21.6 CP en relación del artículo 66.1.2º CP, al no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas.

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Doña Amparo

Primero.- Por la vía del núm. 4 del art.5 de la Ley Orgánica 6/1985,

de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales, se preparó como **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES**, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



Segundo.- Por la vía del núm. 4 del art.5 de la Ley Orgánica 6/1985,

de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales, se preparó como **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES**, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Tercero.- - Por la vía del núm. 4 del art.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales, se preparó como número uno, que resulta más adecuado sea tratado en este momento, **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES**, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Cuarto.- Por la vía del núm. 1º del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo fin es determinar, dados los hechos que se declaran probado en la sentencia recurrida, que han de ser respetados en toda su integridad, orden y significación, si se procedió a la correcta aplicación de los preceptos sustantivos en los que se subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían o fueron los aplicados o dejados de aplicar, erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación, el **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY**, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quinto.- Por la vía del núm. 1º del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo fin es determinar, dados los hechos que se declaran probado en la sentencia recurrida, que han de ser respetados en toda su integridad, orden y significación, si se procedió a la correcta aplicación de los preceptos sustantivos en los que se subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían o fueron los aplicados o dejados de aplicar, erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación, el **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY**, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sexto.- Por la vía del núm. 1º del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, cuyo fin es determinar, dados los hechos que se declaran probado en la sentencia recurrida, que han de ser respetados en toda su integridad, orden y significación, si se procedió a la correcta aplicación de los preceptos sustantivos en los que se subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían o fueron los aplicados o dejados de aplicar, erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación, el **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY**, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivos aducidos en nombre del recurrente D. Nemesio

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 L.E.Crim., por vulneración del artículo 24.1 C.E. con afectación del artículo 24.2 C.E., en relación con las afirmaciones sobre elementos fácticos contenidas en dos Fundamentos Jurídicos: el Tercero, Apartado 3.3.- y el Séptimo, apartado 7.3.-

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 28, párrafo segundo b), en relación con los artículos 320.2 y 404 del Código Penal, e incorrecta aplicación de los artículos 41 y 42 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, así como de los artículos 55.1, 148 y 149 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.-

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 28, párrafo segundo b), en relación con los artículos 320.2 y 404 del Código Penal, e incorrecta aplicación de los artículos 62, 63 y 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como de los artículos 89 y 105 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la legalidad penal recogido en el artículo 25.1 de la Constitución Española, por el modo en el que ha sido aplicado el artículo 320 del Código Penal en relación con los preceptos administrativos que se dicen vulnerados.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849, 1 L.E.Crim., por infracción del artículo 320 CP en relación con el artículo 404 CP, esta vez respecto del elemento subjetivo del tipo: inexistencia de dolo en el Sr. Nemesio . Y en relación con este mismo elemento, en su vertiente fáctica, por vulneración de precepto constitucional (art. 852 LECrim.).

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 65.3 del Código Penal a la calificación de la conducta del Sr. Nemesio como participación necesaria en un delito de prevaricación.



Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 21.7ª del Código Penal en consideración a que el delito que se atribuye al Sr. Nemesio estuvo cerca de prescribir.

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 72 del Código Penal, por falta de motivación de la cuantía de la pena de inhabilitación.

Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 72 del Código Penal, en relación con el artículo 50, por falta de motivación de la cuantía de la pena de multa.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 11 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO José

PRIMERO.- El motivo primero por infracción constitucional al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 y 11 LOPJ y 852 LECrim, por infracción del derecho a un proceso con garantías, derecho de defensa y proscripción de indefensión del art. 24 CE en relación con el auto de 30 de septiembre de 2010 que decretó el secreto sumarial, como sus respectivas prórrogas.

Resoluciones todas ellas inmotivadas, claramente estereotipadas, que impiden fijar su legalidad a partir de los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad, presentándose tales medidas como objetivamente injustificadas, irracionales, innecesarias, desproporcionadas e inadecuadas, lo que ha de conllevar la declaración de nulidad radical y absoluta de dichas resoluciones y la consiguiente nulidad de todo cuanto se ha instruido al amparo de aquel secreto al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión. A ello hay que añadir la existencia de un secreto de sumario prorrogado cuando ya estaba vencido el plazo por el que se acuerda. Los defectos fueron puestos de manifiesto, tanto en el escrito de defensa, como en las cuestiones previas de la vista.

Denuncia, en síntesis, que el auto de 30 de septiembre de 2010 por el que se acuerda el secreto de la causa, recoge en su fundamento tercero una motivación excesivamente genérica, sustentada exclusivamente en las especiales circunstancias que concurren en el caso, cuyo conocimiento podría perjudicar la investigación, motivación que impide conocer la corrección jurídica de la decisión y que vicia desde el inicio el secreto sumarial, así como las diligencias de prueba que se hubieran obtenido durante su vigencia.

Argumenta, además, que esta medida se adoptó como consecuencia de la denuncia formulada por la Fiscalía Especial contra la corrupción de Málaga, a raíz de sus Diligencias de Investigación 1/09 para la investigación por los delitos contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales, contra la ordenación del territorio y cualquier otro que de la investigación pudiera derivarse, y aunque el auto dictado solamente menciona, según consta, el delito contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales, la parte recurrente no ve inconveniente en extender el secreto sumarial al resto de los delitos mencionados en la denuncia, pero considera que dicho auto no amparaba la investigación de los delitos por lo que finalmente se acusó (fraude en la contratación, malversación de caudales públicos, prevaricación urbanística y cohecho.)

En relación a las prórrogas alega que la primera se acuerda por auto de 2 de noviembre de 2010, una vez vencido el plazo de un mes de vigencia del secreto de las actuaciones (art. 302 LECrim) dictándose sucesivas prórrogas mensuales hasta que el 21 de marzo de 2013 se acuerda el levantamiento del secreto del sumario.

En definitiva, el secreto de la causa se decretó indebidamente durante dos años y seis meses y si bien una vez alzado el secreto pudo la defensa del recurrente intervenir en el proceso, lo decisivo es que la prueba preconstituida se obtuvo durante este irregular secreto sumarial y por ello, al no poder el acusado contradecirla, no podían aportarse al proceso (SSTConstitucional 62/85, de 10 de mayo; 137/88, de 7 de julio; 182/89, de 3 de noviembre; 10/92, de 16 de enero; 200/96, de 3 de diciembre; 40/97, de 27 de febrero; 49/98, de 2 de marzo; 7/99 de 8 de febrero.

El motivo se desestima.

En efecto la jurisprudencia ha abordado en numerosas ocasiones el tema relativo al secreto de sumario, SS. 1179/2001 de 20.7, 296/2007 de 15.3, entre otras, recordando que: "...sólo desde el reconocimiento del



carácter de la instrucción penal como fase preparatoria del Juicio Oral, pueden comprenderse una serie de características que pueden ser opuestas a las que rigen el Plenario.

Entre otras, podemos citar como características de la fase de instrucción:

- a) El carácter escrito de esta fase de instrucción opuesto a la oralidad e inmediación que tiene el Plenario exige el art. 120 de la Constitución.
- b) La competencia funcional diferenciada entre una y otra fase --instrucción y plenario--, de suerte que en la fase de Plenario intervengan Jueces imparciales diferentes de aquél que haya efectuado la instrucción, pues por ello, puede haber perdido la imparcialidad --basta la apariencia de su pérdida--, también aquí podemos citar la previsión de la LECriminal cuya Exposición de Motivos se refiere al "...Tribunal extraño a la instrucción...".
- c) Y con especial relevancia para la denuncia efectuada, el secreto de las actuaciones de instrucción, se justifica, precisamente por la naturaleza puramente preparatoria pero no enjuiciadora de la instrucción. Por ello el art. 301 establece el principio general de secreto del sumario, y el art. 302 prevé dicho secreto incluso para todas las partes personadas, excepto el Ministerio Fiscal.

La actual redacción del art. 302 es consecuencia de la extensión del principio acusatorio al sumario, de suerte que si por virtud del art. 118 --modificado, al igual que el 302, por la Ley 53/78 de 4 de Diciembre-- desde el mismo momento de la imputación puede ejercitar toda persona el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, adelantando al momento del traslado de la imputación lo que en el sistema original de la LECriminal se situaba en el procesamiento, paralelamente, este mayor protagonismo tiene como límite que dicho conocimiento pueda perjudicar la investigación, y por ello se arbitra la posibilidad de declararlo secreto para las partes en el art. 302, que no es sino una excepción al principio general de defensa e intervención en el sumario de toda persona desde el traslado de la imputación, entendiéndose por tal la sospecha de haber participado la persona concernida en la comisión de un hecho punible, sin que como se recuerda en la STC 152/93 de 3 de Mayo, pueda retrasarse el momento de la imputación.

Ciertamente que la posibilidad de declarar secreto el sumario, como toda norma limitativa de derechos fundamentales, debe ser interpretada de forma restrictiva, y por tanto efectuarse el correspondiente juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa en la fase de instrucción con la generosidad y amplitud que le reconoció la reforma del citado artículo 118 ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática, pues no debe olvidarse que la realización de la justicia constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico -- art. 1 C.E.--, por lo que es preciso establecer precauciones de salvaguarda cuando la intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar lugar a interferencias, manipulaciones u obstaculizaciones de investigación con riesgo de frustrar sus objetivos --en tal sentido STS de 19 de Octubre de 1995--.

Por ello la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta las circunstancias del caso y la finalidad de evitar rápidas reacciones defensivas con posible destrucción de pruebas, y que no cabe exigir el respeto escrupuloso de unos plazos pensados para la generalidad de los casos, especialmente cuando el acusado conoció con la debida antelación, respecto del juicio oral, cuanto podía perjudicarlo y pudo preparar su defensa con todas las garantías; y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/2001, de 26 de julio, recuerda que la posible vulneración de derechos constitucionales como consecuencia de que se hubiese acordado el secreto del sumario, como este Tribunal declaró en la STC 176/1988, de 4 de octubre, haciendo suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S TEDH de 8 de diciembre de 1983, casos Pretto y otros, y Axen; de 22 de febrero de 1984, caso Sutter), y en concreto respecto el derecho al proceso público reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sólo es aplicable al proceso en sentido estricto, esto es, "al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad". La publicidad del proceso protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (STEDH 8 de diciembre de 1983, caso Axen). La publicidad de las actuaciones judiciales constituye, por su parte, un principio constitucional, que aparece recogido en el art. 120.1 CE con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones. Este es el caso de la legislación procesal penal, que parte de que el sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas "que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento" (arts. 301,



302 LECr.), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto, "por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario". Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECr., no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto. La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal (STC 176/1988, de 4 de octubre), ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla (STC 176/1988); de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado "en disposición de preparar su defensa de manera adecuada" (STEDH de 18 de marzo de 1997, caso Foucher). De otra parte, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituídas, pues, como hemos declarado de forma reiterada (entre muchas, SSTC 62/1985, de 10 de mayo, 137/1988, de 7 de julio; 182/1989, de 3 de noviembre, 10/1992, de 16 de enero, 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 49/1998, de 2 de marzo, 7/1999, de 8 de febrero), la legitimidad constitucional de la prueba preconstituída exige no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción. Añade el Tribunal Constitucional, en la sentencia antes reseñada, que a la luz de esta doctrina ha de negarse que se haya producido al recurrente ninguna lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión debido a las irregularidades, presuntamente cometidas, en la forma en que se acordó la prórroga del secreto del sumario, debido a su duración y al hecho de que en todo el período no se dictara ninguna resolución judicial justificativa del mismo, pues ninguno de estos datos tienen relevancia constitucional en sí mismos considerados en el marco del derecho invocado. Si la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir "que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos" (STC 176/1988, de 4 de octubre), no puede sostenerse que el secreto del sumario fuera acordado en el caso analizado sin una ponderación razonable de su necesidad. De otra parte, adoptado el secreto del sumario por el Juez de Instrucción y dirigida la investigación sumarial por el propio Juez, carece de sentido sostener que el secreto se adoptó sin garantía de control judicial. A partir de esta consideración, la duración del secreto del sumario no constituye, en este caso, un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales (art. 302 LECr.) que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva, pues, como hemos afirmado en múltiples ocasiones, y reiterado en la STC 87/2001, de 2 de abril, la infracción de las normas o reglas procesales produce la lesión del derecho fundamental únicamente cuando suponga una merma significativa y definitiva de las posibilidades de defensa. A ello se refiere el recurrente cuando sostiene que la adopción del secreto del sumario y su duración tuvo por objeto impedir que éste conociera la existencia del proceso, retrasando el momento en que el encausado adquirió la condición de imputado y conoció las imputaciones existentes contra él, así como impedirle la posibilidad de recurrir el secreto y contradecir las pruebas testificales practicadas durante la instrucción. Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede otorgarse razón al recurrente. Como hemos afirmado (por todas SSTC 41/1998, de 24 de febrero, 87/2001, de 2 de abril, recogiendo la doctrina anterior), el art. 24 de la Constitución prohíbe que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se "haya fraguado a sus espaldas", de forma que el objetivo y finalidad del art. 118 LECr. reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal. Reiterando esta doctrina y extractando la anterior, en la STC 14/1999, de 23 de febrero, (igualmente, STC 19/2000, de 31 de enero), hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas (STC 273/1993, de 20 de septiembre FJ 2):

- a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado;
- b) como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación;



c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testifícales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario.

Ahora bien, "si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985, 135/1989 y 273/1993). Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado". Sigue diciendo el Tribunal Constitucional que en el caso, el imputado conoció la existencia del proceso y las imputaciones existentes contra él, una vez levantado el secreto del sumario, en un momento en el que podía preparar su defensa y ejercerla sin ninguna limitación contestando el escrito de acusación, proponiendo las pruebas que estimó pertinentes y sometiendo a contradicción las pruebas de la acusación en el juicio oral, como así sucedió y resulta de la lectura de las actuaciones.

Por consiguiente, ni la imposibilidad de recurrir el secreto del sumario o de contradecir las pruebas testifícales practicadas durante la instrucción, de otra parte consecuencia del mismo carácter secreto del sumario, ni el momento en que tuvo conocimiento de la imputación evidencian la indefensión alegada.

En el marco de lo alegado en este bloque, sólo podría tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testifícales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario si se hubieran introducido en el proceso como pruebas preconstituidas, pues, como acabamos de advertir, la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida requiere que se haya practicado con garantía de contradicción. Sin embargo, como se expondrá a continuación, tampoco se observa infracción de las garantías procesales, pues las declaraciones de los acusados y testifícales no fueron introducidas en el proceso como pruebas preconstituidas, sino a través de las declaraciones, prestadas en el juicio oral de aquellos mismos.

En definitiva, la declaración del secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECrim, no resulta en sí misma limitativa del derecho a un proceso público, sino a lo sumo del derecho de defensa (STC. 100/2002 de 6.5), y tan sólo está adoptando una decisión con base a la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto (STC. 174/2000 de 26.7).

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa la presente causa tiene su origen en las diligencias previas 1366/2010, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Estepona, incoadas por denuncia de la Fiscalía Especial contra la corrupción, en virtud de sus Diligencias de Investigación de 1/2009, por los delitos contra Hacienda Pública, ordenación del territorio y blanqueo de capitales, así como cualquier otro que se derive de la investigación judicial, respecto de un Grupo de personas de distintas nacionalidades que a través de un entramado societario estaban presuntamente blanqueando capitales en la Costa del Sol y podrían estar involucrados en una trama de corrupción urbanística en diversos Ayuntamientos de la zona. De estas Diligencias previas 1566/2010, como pieza separada se incoaron con fecha 21 de marzo de 2013 las Diligencias Previas 548/2013 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Estepona y ya solamente por los hechos objeto de enjuiciamiento en la sentencia impugnada.

Siendo así, y conforme la anterior doctrina jurisprudencial, el auto inicial de 30 de septiembre de 2010 que acordó el secreto de las actuaciones se encuentra insuficientemente motivado al referirse a "las especiales circunstancias que concurren en este procedimiento aconsejan que las diligencias de instrucción no sean conocidas por las partes, pues su conocimiento podría perjudicar la investigación en curso."

Además la sentencia recurrida hace referencia a que con fecha 15 de noviembre de 2010, se decretó la intervención telefónica por aquellos delitos, incluyendo el delito de prevaricación, medida que requiere precisamente la declaración de secreto sumarial. En efecto como hemos dicho en SSTS 704/2009, de 29 de junio; 38/2010, de 10 de febrero, en supuestos de intervenciones telefónicas, como elemento esencial implícito en la medida y presupuesto de su efectividad y utilidad, debe entenderse comprendido el secreto de la diligencia, y no solo por la necesidad inmanente de la propia diligencia, sino porque su notificación la privaría de la practicidad a la misma y uno de los condicionamientos de la medida injerencial es su utilidad.

La STS 889/2000, de 8 de junio de 2001 expresa claramente que cuando judicialmente se autoriza la observación de las comunicaciones telefónicas de una persona en virtud de las sospechas sólidas acerca de su conducta delictiva, el buen sentido impone que la notificación de que se le imputa un hecho punible sea demorada hasta que la observación confirme las sospechas, puesto que, de otra forma, la finalidad de la misma quedaría seguramente frustrada.



- Respecto a la alegación del recurrente de que algunos de los autos prorrogando el secreto se dictaron una vez vencido el plazo de un mes que justificaba el secreto de la anterior resolución, ello es reconocido por la sentencia recurrida que considera que efectivamente, estamos ante un defecto procesal, es lo cierto que tampoco podemos entender que ello haya generado indefensión a los acusados pues, por un lado, las defensas no concretan disminución alguna de las posibilidades de defensa; de hecho, ninguno e los acusados esboza siquiera un mínimo razonamiento tendente a mostrar qué estrategia defensiva en fase de investigación le ha sido hurtada por ese secreto sumaria! (STS a 1073/2012, de 19 de diciembre): por otro lado, la causa penal ha de ser vista como una unidad y, en este sentido, como se ha expuesto, desde el inicio de la investigación se acuerdan intervenciones técnicas de números de teléfono correspondientes a investigados en las que se decreta el secreto, resoluciones que amparaban, en todo caso, el secreto de todas las actuaciones, por tanto, y, por ello. las razones que se tuvieron en cuenta para acordar tales intervenciones justificaban el secreto acordado que se prolongó hasta que cesaron las intervenciones y las diligencias de investigación esenciales relativas a los investigados que luego resultaron acusados en las Diligencias Previas nº 548/13.

Razonamiento correcto por cuanto "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (SSTC 185/2003, 164/2005)

Por último refiere el recurrente la indefensión que se le ha ocasionado por no haber tenido acceso a la prueba preconstituida en el periodo del secreto sumarial, pero no señala cual fue esa prueba preconstituida practicada durante la instrucción del sumario y sin posibilidad de ejercer la contradicción.

Queja inasumible pues examinada la sentencia, la única diligencia sumarial que se menciona es el testimonio de Miguel , socio de la entidad "La Bella Sociedad Inmobiliaria" propietaria de una parcela que adquirió la sociedad a la que representaba el acusado José . La declaración de este testigo fue introducida en el juicio oral por la vía del art. 730 de la LECR, dado que no existía ningún reparo para su valoración, al haberse practicado con citación de todas las defensas, que por ello tuvieron la posibilidad de intervenir, salvo la defensa del recurrente por encontrarse en ese momento en rebeldía. La ausencia de contradicción carece de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas. Así sucede, por ejemplo, cuando el acusado se ha situado conscientemente en rebeldía, (STC 80/2003, de 28 de abril); o cuando, debidamente citado, no ha asistido al interrogatorio efectuado en fase de instrucción. En esos casos hubo posibilidad de contradicción; otra cosa es que no fuera aprovechada por la defensa. El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable" (SSTC 80/2003, 187/2003, 134/2010).

De modo que ninguno de estos reparos le ha ocasionado una indefensión real y efectiva, pues el secreto sumarial en las Diligencias Previas 548/2013 se alzó con fecha 21 de marzo de 2013 y, por consiguiente, con una antelación de dos años a la incoación del Procedimiento Abreviado registrado con el número 32/2015, pudiendo a partir de ese momento ejercer su derecho de defensa sin restricción alguna.

TERCERO.- El motivo segundo al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim denuncia infracción del art. 24.1 CE al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, y referida a las intervenciones telefónicas y registros acordados por unos delitos y que se usan para condenar por otros.

Argumenta que los delitos imputados en la querrella son "blanqueo de capitales, delito contra la Hacienda Pública y delito contra la ordenación del territorio. Por auto de 15 de noviembre de 2010 se acuerda la intervención telefónica de determinados teléfonos, entre ellos los de José y Jose María , y se acuerda por el mismo por el que se ha formulado querrella, no por otro.

En ningún lugar ni de la denuncia ni de la solicitud de intervención, se refiere la posible existencia de delitos de fraude en la contratación, malversación de caudales públicos, prevaricación urbanística o cohecho.

Por ello solicitud que, como en el ámbito de las intervenciones telefónicas rige el principio de especialidad, si se entendiera que las escuchas no están suficientemente motivadas, ello debe llevar a su expulsión del procedimiento, y si se entiende que la motivación es suficiente, a que las mismas no puedan ser utilizadas para aquellos delitos para los que se pidieron y se acordaron. Ello implica que las escuchas no podrán ser utilizadas para condenar por los delitos de fraude en la contratación, malversación de caudales públicos, prevaricación urbanística o cohecho.

El motivo deviene inadmisibile.



En efecto, tal como precisa el Ministerio Fiscal en su documentado informe oponiéndose al motivo las Diligencias Previas 1566/2010 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Estepona, de las que deriva la presente causa, se iniciaron por denuncia de la Fiscalía contra la Corrupción de Málaga, que había llevado a cabo en su seno una investigación como consecuencia de una comisión rogatoria de la que la Fiscalía Nacional de Varsovia (Polonia) solicitando el auxilio para la investigación y comprobación de determinados datos con relación a una presunta organización criminal que era investigada en aquel país por los delitos contra la hacienda pública y fraude, lo que dio lugar a un informe conjunto de la Guardia Civil y de la UDYCO de la Policía Nacional.

En esta denuncia de la Fiscalía, acompañada de informes policiales y de la Agencia Tributaria, se da cuenta, según resulta del informe policial, de los indicios existentes contra varias personas por la posible comisión en España de delitos de blanqueo de capitales, contra la hacienda pública, contra la ordenación del territorio y delitos contra la administración pública conexos a los anteriores.

La denuncia se presentó contra Jose María , José , Gema , Gracia , Carlos Miguel , Luis Angel , Luis Andrés y Luis Pedro , y, en síntesis, relata que Jose María y José son los representantes en la Costa del Sol de una organización criminal ruso-polaca denominada "KREMLYOSKAYA", liderada por Jesus Miguel , cumpliendo en ese momento condenas por delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales en EE.UU. Estos dos sospechosos junto con los otros investigados habían creado un entramado societario dedicado a blanquear capitales de procedencia presuntamente ilícita y que les eran transferidos desde determinados países (fundamentalmente divisas) para su inversión en negocios o promociones inmobiliarias en la Costa del Sol. Además, Jose María y José participan también en sociedades relacionadas con las apuestas deportivas.

Dentro de este entramado societario aparece MAJESTIC CONSTRUCTION AND DEVELOPMENT GROUP, de cuya administración se encargan Jose María , José y Gema . Esta sociedad está integrada por otras sociedades y en lo que a esta causa se refiere por MAJESTIC LAND, cuyos apoderados son igualmente Jose María , José y Gema . Esta sociedad se encuentra detrás de la promoción inmobiliaria en el Sector UR-7, del término municipal de Casares. Del informe policial que se acompaña con la denuncia de la Fiscalía resulta que la aprobación del Plan Parcial de Ordenación Urbana (PPO) de dicho Sector supone un claro beneficio para MAJESTIC LAND, que ha instado la modificación de elementos de las Normas Subsidiarias, al conseguir un considerable incremento de densidad de viviendas de hasta 85 unidades en sus parcelas. Se interesa asimismo en la denuncia que se investigue la retirada del recurso contra dicha revisión, en base a un documento de desistimiento que presentó el abogado de MAJESTIC LAND, Luis Angel , así como el convenio para la construcción de un parking a cambio de parcelas municipales. Incide la denuncia que en la modificación de las Normas Subsidiarias podría concurrir un caso de corrupción, dado que Luis Pedro figura como apoderado de la sociedad y asimismo fue Consejero y Asesor del Ayuntamiento durante los años 2000/2003. Añade que ante la revisión del plan parcial se presentó recurso ante el Ayuntamiento de Casares y esta entidad a través de su asesor de urbanismo, Nemesio (imputado en el caso ASTAPA de Estepona) pudo favorecer los intereses de MAJESTIC aprobando la transformación del proyecto urbanístico en casas adosadas, ante las dificultades de vender chalets individuales, lo que supuso un perjuicio para otros promotores que estaban urbanizando el mismo Sector, algunos de los cuales presentaron recursos contra dichas modificaciones, por lo que podría existir un delito de prevaricación, ya que parece ser que José se puso en contacto con algunos recurrentes, planteándoles que debían retirar el recurso, lo que dio lugar al escrito de desistimiento presentado por el abogado Luis Angel .

En amplio informe conjunto del Grupo de Delitos Urbanísticos de la Guardia Civil y de la UDYCO de la Policía Nacional (folio 789 y ss del Tomo 4 de las Diligencias Previas 1566/2010) se solicitó la intervención de los teléfonos de José , Gracia y Luis Angel , así como autorización para investigar de las cuentas bancarias y obtener datos fiscales y de la Tesorería General de la Seguridad Social de las personas investigadas y de sus sociedades.

En el razonamiento jurídico tercero del auto de 15 de noviembre de 2010, autorizando la intervención solicitada, se recoge, entre otros extremos, que "de la investigación llevada a cabo por el Equipo de Delitos Urbanísticos (EDU) del Grupo de Patrimonio de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Málaga se ha constatado la existencia de posibles irregularidades urbanísticas y casos de corrupción en los que podrían estar involucrados la Corporación Municipal del Ayuntamiento de Casares (Málaga) y los representantes de la sociedad MAJESTIC CONSTRUCTION AND DEVELOPMENT GROUP, así como otras sociedades relacionadas con la misma, coincidiendo todas ellas con el entramado societario formado por Jose María , evidenciándose la existencia de posibles delitos contra la ordenación del territorio y delitos contra la Administración Pública (prevaricación) conexos a los anteriores...", es decir, a los delitos de blanqueo de capitales, contra la Hacienda Pública, contra la ordenación del territorio, prevaricación e insolvencias punibles.

Los posteriores autos y prórrogas reproducen los aspectos fácticos de este inicial auto de 15 de noviembre.



Por oficio de ambas unidades policiales de 4 de abril de 2011 (folios 2259 y ss del Tomo 9 de las Diligencias Previas 1566/2010), acompañado de la pertinente documentación que se había podido recabar, se informa sobre las investigaciones practicadas con relación a la modificación de las Normas Subsidiarias del Sector UR7A del Ayuntamiento de Casares, así como del Convenio de 22 de julio de 2004 suscrito entre MAJESTIC CONSTRUCTION AND DEVELOPMENT GROUP y el Ayuntamiento de Casares. Asimismo, se informa que, sospechando, como consecuencia de una conversación mantenida el día 7 de enero de 2011 entre Jose María y Jose Daniel en la que el primero habla del Alcalde de Casares con quien " *ya ha hecho negocios*", de la existencia de posibles cobros ilegales por la aprobación de los instrumentos de planeamiento necesarios para la urbanización, se abrió otra investigación policial sobre el incremento de patrimonio que a partir del año 2004 tuvo el que fuera Alcalde Luis y su familia, exponiendo la relación de inmuebles adquiridos por éste y su esposa, Amparo, así como los datos que permitían establecer su vinculación de las sociedades instrumentales Ureña Iberia, Mafasa Kim S.L y Kinium Fir S.L, adquiridas para encubrir sus ganancias ilícitas. Con este informe la policía solicitó autorización para investigar las cuentas bancarias y los datos fiscales del matrimonio y de sus hijas, así como de las citadas sociedades.

Por auto de 13 de abril de 2011 (folios 2.361 y ss. de las Diligencias Previas 1566/2010), se autorizan las intervenciones telefónicas solicitadas y se autoriza a la policía para recabar de la Asociación Española de Banca Privada, de la Confederación Española de las Cajas de Ahorros y de la Agencia Tributaria la documentación precisa para investigar los incrementos patrimoniales obtenidos por Luis y su familia por posibles cobros ilegales por las irregularidades urbanísticas cometidas en su condición de Alcalde.

Por oficio policial de 2 de agosto de 2011 (folio 4.085 y ss. del Tomo 14 de las Diligencias Previas 1566/2010) se da cuenta del resultado de las intervenciones telefónicas y de la actividad delictiva desplegada por los inicialmente investigados y por otros que han ido apareciendo, y existiendo la sospecha de un delito de blanqueo de capitales por parte de Amparo al haber sido agraciada con unos premios de la O.N.C.E, ya que es bastante habitual en las personas investigadas por esta clase de delitos que compren los números premiados a los realmente gratificados, para de esta forma justificar un incremento patrimonial no acorde con sus circunstancias. Por auto de 8 de agosto de 2011 (folio 4.119 y ss. del Tomo 14) se acordó autorizar nuevas intervenciones, la prórroga de otras anteriores y librar mandamiento a la Dirección Provincial de la ONCE para que con relación al número de boleto con el que había sido premiada Amparo se aportaran determinados datos (como la identificación del vendedor, el número de cuenta a la que fue transferido el importe del premio...).

Tras ampliar las fuerzas policiales su investigación, se aportó informe de 16 de abril de 2012 con el resultado de la investigación llevada a cabo (Tomo 23), solicitando la detención de los investigados en este procedimiento y en concreto la de José por los delitos de prevaricación, cohecho, alzamiento de bienes y blanqueo de capitales cometido dentro de una organización criminal dedicada a tal finalidad, acordándose así por auto de 9 de mayo de 2012 (folio 7.811 del Tomo 24).

Pues bien, como se puede comprobar la investigación desde su inicio comprendía las presuntas irregularidades urbanísticas cometidas en el Ayuntamiento de Casares para favorecer los intereses de la empresa MAJESTIC LAND, hechos de los que podría derivarse la comisión de delitos contra la Administración Pública, denominación que bajo el Título XIX del CP cobija los delitos de prevaricación, cohecho, malversación y fraudes y exacciones ilegales. En el auto de 15 de noviembre de 2010 se justifica también la intervención telefónica por la concurrencia de indicios de posible comisión, entre otros, de delitos contra la Administración Pública y aunque entre paréntesis parece que lo acota al delito de prevaricación, la mención a los delitos contra la Administración Pública sugiere que no descarta la investigación de cualquier otro dentro del mismo Título del CP.

Todo el avance de la investigación se dedica no sólo a las actividades delictivas de la organización criminal ruso-polaca en el territorio de la Costa del Sol, sino también a las irregulares modificaciones urbanísticas del Sector UR-7A, que beneficiaron las parcelas propiedad de la sociedad MAJESTIC LAND en perjuicio de otros propietarios, así como al provecho o ganancia que el acusado Luis hubiera podido obtener con su delictivo comportamiento; hecho que es objeto de investigación a raíz de la conversación entre Jose María y Jose Daniel en la que se habla de haber hecho negocios con el Alcalde de Casares, autorizándose a las fuerzas policiales por auto de 13 de abril de 2011 recabar datos bancarios y fiscales de Luis y de su entorno familiar por la sospecha de haber percibido comisiones ilegales por tales irregularidades urbanísticas.

Pero, además, conviene destacar que las intervenciones telefónicas autorizadas en el procedimiento han tenido escasa relevancia en la investigación de los delitos objeto de esta causa, salvo la conversación mencionada, ya que toda la prueba obtenida por el Grupo de Delitos Urbanísticos de la Guardia Civil y de la UDYCO de la Policía Nacional ha sido prueba documental obtenida de los organismos oficiales.



El principio de especialidad exige que se debe concretar el hecho delictivo objeto de investigación, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general, o indiscriminada, actos delictivos, pero siendo el objeto del proceso penal de cristalización progresiva (SSTS 385/2011, de 5 de mayo, 412/2011, de 11 de mayo y 738/2015, de 26 de noviembre), es evidente que en su inicio la delimitación objetiva y también subjetiva se presenta con una nitidez que no siempre es definitiva. Por ello los hallazgos delictivos ocasionales son "*notitia criminis*", sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida a seguir investigando el nuevo delito (STS 792/2007 de 30-5). Y esto es lo que ha ocurrido en este caso, ya que a medida que se iban perfilando nuevas conductas delictivas, la policía informaba al Juez de Instrucción y le solicitaba autorización para obtener de los organismos pertinentes datos con relación a la nueva actividad delictiva surgida, lo que era resuelto expresamente por el Juez de Instrucción para el esclarecimiento de ese nuevo delito y que culminó con el auto de detención de este recurrente por los delitos los delitos de prevaricación, cohecho, alzamiento de bienes y blanqueo de capitales, surgiendo durante la instrucción posterior de la causa mediante el examen de los expedientes urbanísticos los delitos de malversación de caudales y de fraude en la contratación por el perjuicio causado a los aprovechamientos urbanísticos con las modificaciones de las Normas Subsidiarias y del Plan Parcial de Ordenación del Sector UR-7ª con claro favorecimiento de los intereses de MAJESTIC LAND.

CUARTO.- El motivo tercero al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en relación con el art. 784.1 LECrim al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión y que se produce cuando se deja pendiente de resolver el recurso de reforma interpuesto contra la providencia de 29 de marzo de 2016, no se acuerda en auto de 13 de junio de 2016 la nulidad de actuaciones y se acuerda que las defensas formulen un escrito de defensa ante el órgano enjuiciador, en lugar de ante el órgano instructor.

Alega en síntesis que por diligencia de ordenación de 11 de febrero de 2016 se acordó, conforme al art. 784.1 LECrim, dar traslado a las representaciones procesales de los procesados para que formularan escrito de defensa, sin que dicho traslado comprendiera sus anexos (tomo 1 a 22) de prueba documental, ni las bridas 205 a 250 a que se refiere el índice de anexos que consta al folio 3380.

Por escrito de 25 de febrero de 2016, cuando habían transcurrido tres días de los diez conferidos legalmente, se solicitó la suspensión de dicho trámite y se les hiciera entrega de copias de los referidos tomos y bridas. La diligencia de ordenación de 14 de marzo de 2016, sin proveer sobre dicha petición, acordó remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento.

Añade que contra la anterior diligencia de ordenación se interpuso recurso de reforma, que fue inadmitido por providencia de 29 de marzo de 2016, contra la que también se interpuso recurso de reforma, que no se resolvió, pues se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial.

La Audiencia Provincial por auto de 13 de junio de 2016 acordó denegar la petición de nulidad de las actuaciones, al no adolecer de ningún defecto procesal, y asimismo dar traslado a las defensas, que no habían aportado sus conclusiones en el traslado conferido en la instrucción, para que formulen escrito de defensa, lo que así se hizo por parte de la representación procesal de este recurrente, pero haciendo constar la vulneración constitucional del principio de igual que dicha forma de proceder comporta, ya que, si bien en el auto se menciona que los tomos del ramo de la prueba documental se encuentran en la Secretaría a disposición de las partes, en cambio, al Fiscal sí se le entregó copia de dicha documentación.

En conclusión, señala que la falta de entrega de las actuaciones completas en el Juzgado de Instrucción vulnera lo dispuesto en el art. 784.1 de la LECR., originándose vulneración constitucional del derecho a la defensa del acusado y dicho trámite no puede ser subsanado por la Audiencia Provincial para que el escrito de defensa se presente ante ella, porque está asumiendo una fase del procedimiento que no le corresponde y para la que carece manifiestamente de competencia, que compromete gravemente la imparcialidad de dicho órgano enjuiciador. Se trata de un vicio insubsanable por el órgano enjuiciador, que lo único que puede hacer es declarar la nulidad y devolver las actuaciones al órgano instructor.

Examinada la causa consta lo siguiente:

1º.- Presentado escrito de acusación por el Fiscal, se acordó por auto de 10 de diciembre de 2015 (folio 7.061 del tomo 18) la apertura del juicio oral contra Luis , Amparo , Andrés , Carla , Catalina , Juan Ramón , Nemesio , José y Carlos .

2º.- Por Diligencia de Ordenación de 11 de febrero de 2016 (folio 7.196 del Tomo 18) se resolvió dar traslado de las actuaciones a las representaciones procesales de los procesados para que, conforme a lo dispuesto en el art. 784.1 LECR, presenten escrito de defensa en el plazo de 10 días. No obstante, por determinadas representaciones procesales y, además, por las de Nemesio (folio 7.203), Luis y Amparo (folio 7.205) y



José (folio 7.207, todos del Tomo 18), se les diera traslado, mediante entrega de los originales o bien mediante fotocopia, de los 22 tomos de prueba documental.

3°.- Por Diligencia de Ordenación de 14 de marzo de 2016 (folio 7.298) se tuvieron por presentados los escritos de defensa de Carlos, Juan Ramón, Carla y Catalina, se acordó remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento; y respecto de los anteriores escritos se resolvió estar a lo acordado por providencia de 28 de mayo de 2013 (folio 4.756 del Tomo 13, por la que se acuerda la formación de pieza separada de documentación incautada en la entrada y registro del Ayuntamiento de Casares).

4°.- Por Diligencia de Ordenación de 29 de marzo de 2016 (folio 7320) se tienen por interpuestos, sin efectos suspensivos, los recursos de reposición interpuestos contra la anterior Diligencia de Ordenación, salvo el recurso de reforma, y subsidiario de apelación, interpuesto por la representación de José, que es inadmitido a trámite por providencia de 29 de marzo de 2016, porque, de conformidad con lo establecido en el art. 238 bis LECR, contra las Diligencias de Ordenación de los Secretarios Judiciales podrá ejercitarse ante ellos mismos recurso de reposición.

Por Diligencia de Ordenación de 5 de mayo de 2016 de la Secretaría Judicial del Juzgado de Instrucción nº 2 de Estepona se desestimaron los anteriores recursos de reposición, por la imposibilidad, en el caso de entrega de los originales, de asumir el control de su correcta devolución, como por carecer de medios de reprografía que permitiesen el copiado de la multitud de planos que la conforman (folios 128 y 129 del Tomo 1 del Rollo).

5°.- La queja sobre la falta de entrega de los originales o de copia de los documentos que componían la pieza de la prueba documental fue reproducida por las partes ante la Audiencia Provincial, órgano que, dada la pretensión de nulidad formulada por la representación de Andrés, con retroacción de las actuaciones al momento en que debió dársele traslado de las actuaciones, resolvió por auto de 13 de junio de 2016 (folios 148 y 149 del Tomo 1 del Rollo) no acceder a la nulidad de las actuaciones por no adolecer de ningún defecto procesal; no obstante lo cual, y a fin de no causar indefensión a ninguna de las partes, se decidió conceder a las partes el plazo de 15 días para que, con la causa a su disposición en la Secretaría de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial, obtuvieran los datos que considerasen necesarios, y finalizado dicho plazo 5 días más para que aporten escrito de defensa si lo estiman conveniente.

La Sala rechazó la pretensión de la manera correcta y razonada que se plasma en el primer fundamento de Derecho de la sentencia, pues lo veintidós tomos del ramo de la prueba documental se pusieron a disposición de las partes en la Secretaría del Tribunal, donde pudieron examinarlos y tomar nota de aquellos documentos que estimaron precisos.

- En base a lo expuesto el motivo carece de fundamento, como ya hemos indicado anteriormente, no basta con la realidad de una infracción procesal ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia; no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente real y efectivo perjuicio para los intereses de la parte afectada (STS 974/2012, de 5 de diciembre).

Esta es la situación producida en el caso que nos ocupa, la parte recurrente no ha acreditado qué perjuicio le ha ocasionado en la defensa de sus derechos e intereses legítimos, esa privación de acceso material a algunos de los documentos que integraban la prueba documental.

Y tampoco se razona en qué medida se ha podido ver comprometida la imparcialidad del tribunal, al ser la decisión adoptada por el auto de 13 de junio de 2016 de naturaleza puramente formal, sin valoración alguna, siquiera provisional, de la culpabilidad del recurrente.

QUINTO.- El motivo cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim por vulneración de los arts. 432, 131 y 132 CP, en relación con la prescripción de la malversación por cuanto dicho delito estaba prescrito y ningún precepto, en contra del principio de legalidad penal, autoriza a modificar las normas de prescripción por el hecho de que la sentencia haya entendido que el delito concurre junto a otro.

Afirma el recurrente que la sentencia declara la existencia de dos delitos, uno cuando se monetizaron los aprovechamientos urbanísticos del convenio de 27 de octubre de 2000 por un valor inferior al de mercado, porque fueron vendidos por 90 millones de pesetas (540.910'89 euros), siendo el valor de mercado 676.829 euros, y un segundo delito cuando se dejó de abonar el importe íntegro de dicha monetización.

Razona que, según la sentencia, el día final para el cómputo en relación a José es el 9 de mayo de 2012, afirmando que no habían transcurrido los diez años que la ley marca de prescripción -plazo este que no se cuestiona en el motivo-.



Afirma el recurrente que por escrito de 19 de julio de 2017 solicitó aclaración en cuanto al día inicial de cómputo, pero el auto de 23 de septiembre de 2017 solamente argumentó que la prescripción debe computarse a partir del día en que se cometió el delito o último de los delitos en caso de ser continuados, pero no determinándose dicho día inicial.

Por ello el recurrente fija el día inicial del cómputo para cada uno de los delitos de malversación:

1. En cuanto al primero tiene que ser necesariamente el día 27 de octubre de 2000 fecha de la firma del convenio.

2. En cuanto a la falta del precio aplazado, según el hecho probado, el pago habría de hacerse "en cinco plazos mensuales a contar desde la fecha del otorgamiento de la licencia de urbanización", añadiendo que "la perfección de la monetarización del 10% del aprovechamiento medio y su inscripción en el Registro de la Propiedad de Manilva se realizó mediante Acuerdo de Reparcelación aprobado por la Comisión de Gobierno en fecha 5 de septiembre de 2001 y formalizado el 12 de septiembre de 2001". Añade que en ningún lugar de los hechos probados de la sentencia ni en fundamento de derecho referido a la prescripción se refiere la fecha del otorgamiento de la licencia de urbanización a que se refiere el convenio de 27 de octubre de 2000.

- Por ello, partiendo de que considera no aplicable el Pleno de la Sala Segunda de Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010, que mantiene el criterio para cuando concurre un tipo básico y otro subtipo agravado, lo que no es el caso, y de que no concurren los requisitos para hablar de delito continuado, insiste en fijar la fecha de prescripción del primer delito en el 27 de octubre de 2000, y en cuanto al segundo, el delito se cometería en el momento de la aprobación del proyecto de urbanización, 29 de mayo de 2001 (certificado folio 1534) o, a lo sumo en los cinco meses posteriores (29 de octubre de 2001), e incluso podría tomarse como día inicial el 5 de septiembre de 2001, fecha en que se perfeccionó la amortización del 10% del aprovechamiento medio y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La conclusión es que en cualquiera de los casos que sea el día inicial del cómputo en la fecha de detención del acusado ocurrida el 9 de mayo de 2012 habría transcurrido el plazo de 10 años fijado por el art. 131 CP.

El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar hemos de partir de que la sentencia de instancia considera los hechos constitutivos de un delito continuado de malversación en la medida en que existen dos actos diferenciados.

1º Cuando se monetarizan los aprovechamientos urbanísticos de forma irregular y por un precio inferior al de mercado.

2º Cuando este acusado José deja de abonar el importe de dicha monetarización y además el coacusado Luis no actúa ni ordena reclamar su abono, todo ello en detrimento de las arcas municipales.

Pues bien, en el delito continuado, como en todos los delitos de tracto sucesivo la prescripción se inicia a partir del día en que se cometió la última infracción, con lo que el art. 132.1 CP acoge un criterio jurisprudencial consolidado a lo largo de múltiples sentencias (SSTS 1620/97, de 30 de diciembre; 2520/98, de 9 de diciembre; 797/99, de 20 de mayo; 1590/2003, de 22 de abril de 2004; 217/2004, de 18 de febrero; 743/2005, de 15 de junio; 309/2006, de 16 de marzo; 1025/2007, de 21 de noviembre; 570/2008, de 30 de septiembre).

Esta doctrina jurisprudencial considera que en la hipótesis de continuidad delictiva el cómputo del plazo de prescripción no empieza hasta la realización del último acto integrante de esa cadena de actuaciones obedientes al mismo y único plan concebido por el sujeto agente. El punto de partida o "dies a quo" para el cómputo del tiempo de prescripción, aún tratándose de delito continuado empieza cuando se termina la actuación dolosa enjuiciada (STS 30 de septiembre de 2008). Ello es así porque la actuación delictiva, realizada por el recurrente se enmarca en una pluralidad de acciones que se analiza como una unidad derivada de un único proyecto que se materializa en diferentes acciones, por lo que el marco del conjunto prescriptivo se realiza desde la finalización de la última de las acciones en cuyo plan se integraba.

En el caso presente cuando el segundo acto de la malversación se materializa, esto es cuando el recurrente dejó de pagar sus dos últimos plazos del precio de los aprovechamientos, lo cual no se produjo sino a partir del 24 de enero de 2003, fecha en que se abonó el tercer plazo por importe de 108.182'18 euros, por lo que desde esa fecha hasta el día en que se interrumpió la prescripción -9 de mayo de 2012- no había transcurrido el plazo prescriptivo señalado en el art. 131.3 CP.

SEXTO.- El motivo quinto al amparo del art. 849.1 LECrim por vulneración de los arts. 419, 131 y 132 CP en relación con la prescripción del delito de cohecho.

Argumenta que la sentencia declara probado que José entregó a Luis entre los años 2000 a 2005 diversas cantidades no cuantificadas con exactitud pero en ningún caso inferiores a 286.200 euros. La sentencia no



condena por un delito continuado de cohecho sino por "un" delito de cohecho, y un delito de cohecho no puede cometerse entre los años 2000 a 2005 porque cada supuesta "dádiva" vendría a responder a una actuación concreta, lo que daría lugar a un delito continuado de cohecho.

Como no se puede hacer una interpretación del "dies a quo" en perjuicio del reo, por lo que si el supuesto delito de cohecho se cometió inicialmente en el año 2000, ante la falta de constancia de la fecha concreta, debe entenderse cometido, en interpretación más favorable para el reo, el día 1 de enero 2000 y por tanto, el delito estaría prescrito.

El motivo deviene improsperable.

Es cierto que en caso de conexidad meramente procesal no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un único proceso (STS 630/2002, de 16 de abril), pero en los casos de conexidad natural hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado (SSTS 758/1999, de 12 de mayo; 544/2007, de 18 de marzo; 2040/2003, de 9 de diciembre; 590/2004, de 6 de mayo; 1182/2006, de 12 de mayo; 964/2008, de 23 de diciembre).

En la STS 1.026/2009, de 16 de octubre, se dice. "Así pues, en la hipótesis de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un medio para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva, prescindiendo de aquéllas que se estimasen previamente prescritas y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. En estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Como destaca la STS 29-7-98, las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable a supuestos de mera conexidad procesal (SS 1247/2002 de 3-7; 1242/2005 de 3-10; 1182/2006 de 29-11 y 600/2007 de 11-9).

Junto a las hipótesis de concurso ideal o medial de delitos (art. 77 C.Penal) la doctrina de esta Sala incluye con igual régimen jurídico -como acabamos de apuntar- los supuestos en que se hace imprescindible contemplar la realidad global proyectada por el autor o autores de los delitos, para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, en cuyas situaciones la prescripción debe entenderse de modo conjunto mientras no prescriba el delito más grave o principal.

Se suman pues a los supuestos del art. 77 del C.Penal, los casos de conexidad, pero, como tenemos dicho, no entendida en sentido o acepción procesal(art. 17 L.E.Cr.), sino con asiento en una base sustantiva o material, de tal suerte que las causas de mera conexidad procesal (art. 17-5° L.E.Cr.) deberán apreciarse separadamente en orden a la prescripción de los delitos que se enjuician en un sólo proceso.

Podemos incluir dentro de la consideración conjunta de los delitos a efectos de prescripción:

- a) Concurso ideal de delitos (art. 77 C.Penal).
- b) Concurso medial o instrumental (art. 77 C.Penal y 17.3 L.E.Cr.).
- c) Comisión de un delito para procurar la impunidad de otro u otros (conexión instrumental: art. 17-4 L.E.Cr.).
- d) Conexión entre los diversos delitos imputados a una persona si se proyectaron y ejecutaron según un plan o diseño conjunto, dentro del mismo contexto espacio-temporal (conexión material: art. 17-1°, 2° y 5° L.E.Cr.).

Fuera de estas situaciones la imputación conjunta de varios delitos a una persona (art. 17-5° L.E.Cr.) no puede impedir que en cada uno de ellos opere la prescripción que es propia del delito de que se trate, considerados individualmente".

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 26 de octubre de 2010 adoptó el siguiente Acuerdo: "En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

En el mismo sentido precisa la STS 1006/2013, de 7 de enero de 2014, que "como recuerda la reciente STS 600/2013, de 10 de julio, el artículo 131.5° del Código Penal vigente, dispone desde la entrada en vigor de la reforma operada por la L.O. 5/2010, que en los casos de concurso de infracciones o de infracciones conexas el plazo de prescripción será el que corresponde al delito más grave. Pero esta disposición es coincidente con la doctrina jurisprudencial que ya venía aplicando este Tribunal, por lo que puede ser aplicada a hechos anteriores a la citada reforma legal. Así se recordaba también en la STS 1100/2011, con cita de la STS núm.



912/2010, que señalaba que "... que no cabe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlos como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no pudiendo apreciarse la prescripción autónoma de las infracciones enjuiciadas..."

SÉPTIMO.- El motivo sexto al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 y 850.1 LECrim denuncia infracción del art. 24.1 CE al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, por inadmisión de una prueba pericial esencial para la defensa, que había sido admitida previamente por el tribunal y declarada pertinente

Argumenta que en su escrito de calificación propuso la prueba pericial de un catedrático de Derecho Administrativo, añadiendo que el informe se aportaría con anterioridad al juicio oral. Dicha prueba fue admitida por providencia de 27 de julio de 2016 y el informe pericial aportado con escrito de 20 de octubre de 2016.

Al inicio del juicio oral señalado para los días 24 de octubre de 2016 y ss, que fue suspendido a petición de las defensas, la defensa del recurrente solicitó que se tuvieran por aportados los informes periciales presentados en el escrito de 20 de octubre de 2016, sin que el Fiscal se opusiera a ello, señalándose de nuevo el juicio para los días 27 de marzo de 2017 y ss.

Durante este periodo se produjo la baja por enfermedad del Presidente y Ponente del tribunal, pasando a sustituirle como Presidente otro Magistrado y designándose nuevo ponente por sustitución.

Iniciado el juicio oral el día 27 de marzo, en el trámite de cuestiones previas el Presidente acordó denegar la prueba pericial del catedrático de Derecho Administrativo, formulándose por la defensa del recurrente la preceptiva protesta.

Añade el motivo que no solo se trataba de una prueba que fue admitida y pertinente, sino que, además, era necesaria y relevante, porque versaba sobre monetarización del 10% de los aprovechamientos urbanísticos y también porque era una opinión jurídica importante, al versar el juicio oral sobre materias de alta especialidad o de particular dificultad.

Previamente conviene precisar que, aun siendo cierto lo alegado por la defensa, el tribunal admitió como prueba documental el informe que ya se había aportado, razonando su decisión en que "no se trataba de una prueba en sentido estricto, pues no debe admitirse una prueba sobre Derecho cuando el juzgador está obligado a conocerlo -"iura novit curia"-.

En esta dirección las SSTS 343/2007, de 20 de abril y 700/2016, de 9 de septiembre, excluyen los informes jurídicos de la naturaleza de pruebas periciales, dado el contenido que a su objeto da el art. 456 LECrim y el tribunal a quo incurre en el extendido error de valerse de peritajes jurídicos para resolver aquello que tenía que haber resuelto por sí solo.

El mismo sentido excluyente tiene la STS 941/2009, de 29 de septiembre, citada por la parte recurrente. En esta Sentencia se examinaba la condena de un Registrador de la Propiedad por, entre otros, el delito de exacciones ilegales, cuya conducta se concretó en el cobro de aranceles indebidos por su actuación profesional, habiéndose practicado en el juicio oral prueba pericial, propuesta tanto por el Fiscal como por la defensa, de otros Registradores de la Propiedad para informar o ilustrar al Tribunal sobre el correcto devengo de aranceles conforme a la catalogación de los actos propios de su profesión (inscripción, anotación o despacho de certificaciones o notas simples). La STS 941/2009, tras proclamar que "no cabe admitir en el proceso la proposición y práctica de pruebas periciales sobre cuestiones jurídicas, respecto de las cuales debe versar la preparación profesional del juzgador -perito en Derecho-, conforme también al principio iura novit curia, pues la prueba pericial procederá "cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos" (v. art. 335 LEC y art. 456 LECrim)", señala la excepción, como era este caso en el que se discutía el arancel que debía devengarse por las actuaciones profesionales que se enjuiciaban, "cuando se trate de materias de alta especialización o de particular dificultad, o en las que pueda ser jurídicamente relevante conocer el modus operandi generalizado de los correspondientes operadores jurídicos a la hora de pronunciarse sobre la concurrencia en la conducta enjuiciada del elemento subjetivo del correspondiente tipo penal. Lo verdaderamente importante es que, a la vista de todos los elementos de juicio de que haya dispuesto el Tribunal, éste dé fundadamente la respuesta que estime procedente sobre la cuestión de que se trate".

A mayor abundamiento esta Sala, SSTS 643/2016, de 14 de julio; 881/2016, de 23 de noviembre; 641/2017, de 28 de septiembre, ha sintetizado el alcance de la casación por motivo de denegación de prueba, en el sentido de requerirse para su prosperabilidad las siguientes condiciones:



1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2). 2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona. 3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa. Y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTS. 1661/2000 de 27-11; 869/2004, de 2-7; 705/2006, de 28-6; y 849/2013, de 12-11).

Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio *ex post*. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar *a posteriori* y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable *a posteriori* convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)>>.

- En aplicación de la anterior doctrina la prueba -que si fue admitida como documental y valorada como tal- carece de relevancia necesaria para establecer el valor del 10% de los aprovechamientos urbanísticos, al no ser materia propia de la especialidad del perito y existir sobre ese particular la prueba pericial practicada en juicio de los arquitectos propuestos por las partes.

En definitiva, como dice la sentencia (fundamento de derecho tercero pág. 57) el informe daba solamente una opinión, muy docta si se quiere, pero que por mucho que trate " de dar trazas de legalidad a la actuación administrativa a que se refiere el presente procedimiento, el resultado de la prueba practicada evidencia más bien lo contrario, esto es, que la misma no solo era contraria a la legalidad urbanística vigente, sino también arbitraria e injusta".

El informe admite irregularidades urbanísticas relativas al Sector UR-7º, pero frente al tribunal que hace la valoración conjunta de toda la prueba (declaraciones de los acusados, testigos, peritos y documental), concluye, basándose solo en la prueba documental, que no ha existido una omisión burda de la legalidad vigente, calificativo este último que excede de sus atribuciones y exclusivo del tribunal de enjuiciamiento.



OCTAVO.- El motivo séptimo al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 y 850.1 de la LECrim en relación con el art. 730 LECr, se denuncia infracción del art. 24-1 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, y por admisión de la prueba testifical de D. Miguel mediante lectura de su declaración sumarial, declaración que es valorada luego en la sentencia. Esta parte se opuso a la práctica de la prueba en la forma en que se acordaba su práctica por el Tribunal, formulando protesta.

Pretende el recurrente que se elimine del conjunto probatorio la declaración sumarial de aquel testigo, que fue leída en el juicio debido a su incomparecencia, pese a que había sido citado a través de su empleada del hogar, lo que privó a la defensa del recurrente del derecho a someterle a contradicción.

Argumenta el recurrente que en la sesión del día 3 de abril de 2017 el Presidente del tribunal informó de la incomparecencia del testigo pese a estar citado. En la sesión del 5 de abril, el Presidente da cuenta del oficio recibido por fax en el que participa que han sido infructuosas las gestiones de localización del testigo para ese día, que hace tiempo que no va por su domicilio, ignorándose su paradero. Ante esto el Fiscal solicitó que se diera lectura de su declaración en fase de instrucción en aplicación del art. 730 LECrim. La defensa se opuso y la Sala acordó dar lectura a la declaración del testigo y que posteriormente valorará si esta declaración reúne los requisitos para ser tenida en cuenta.

En efecto la sentencia para entender acreditada la comisión del delito de cohecho por parte de este recurrente refiere una serie de indicios que acreditaban el poder de influencia que José tenía en el Ayuntamiento de Casares, basándose para ello, entre otras pruebas, en numerosa prueba testifical que refiere. Entre ellos el testigo Miguel cuyo testimonio refiere y que fue leído en el juicio, a petición del Fiscal, de conformidad con el art. 730 LECrim, no advirtiendo el tribunal inconveniente alguno para su valoración, pese a la protesta de las defensas, puesto que todas estuvieron presentes en la declaración sumarial o tuvieron oportunidad de estarlo, a excepción de la de José que en ese momento se encontraba en situación de rebeldía.

Pues bien, como hemos dicho en SSTs 139/2010, de 2 de diciembre; 306/2012, de 15 de mayo; 164/2015, de 24 de marzo; 225/2018, de 16 de mayo; 392/2018, de 26 de julio, la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, S 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, S 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, S 51).

Esa naturaleza de cauce excepcional, obliga a la estricta observancia de los requisitos legalmente impuestos al efecto. Estos han sido definidos en la jurisprudencia, la Constitucional y la de este Tribunal, partiendo del propio texto legal citado.

En la Sentencia de esta Sala nº 89/2011 de 18 de febrero, recordábamos que en la sentencia de la misma Sala nº 788/2010, de 22 de septiembre volvimos a indicar que la utilización del material probatorio personal producido en la fase sumarial solamente puede fundar la condena cuando, concurren los requisitos que el Tribunal Constitucional exige.

Y en la Sentencia nº 134/2010 de 2 de diciembre dijimos: la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad (en este sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 148/2005, de 6 de junio, FJ 2, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 4). En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)].

Ciertamente también indicábamos que lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3), resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la



posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

No obstante reclamábamos la efectividad en la posibilidad de tal contradicción indicando que: una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada después mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial [así, SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 e)].

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

Sólo excepcionalmente la LECr., cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral sustituyéndola por soluciones en que reproduce una mayor o menor observancia, según los casos, de la inmediación ante el tribunal Juzgador.

La STC 155/2002, de 22 de julio atribuye también al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso. No obstante en la STC 1/2006, se encuentran algunas precisiones:

En primer lugar, que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpativa "pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. <<Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial>> (SSTC 155/2002, de 22 de julio, F. 10; y 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2). En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, <<aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa>> (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4)" (STC 1/2006).

Y en segundo lugar que <<el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable>> (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4, que considera cumplida la exigencia cuando la declaración sumarial del coimputado que incriminaba al acusado fue prestada antes de que éste se personara en la causa debido a que se encontraba huido; o cuando el acusado se encontraba en rebeldía, STC 115/1998; o cuando las declaraciones han sido prestadas en una instrucción sumarial declarada secreta, STC 174/2001). En este sentido, se ha precisado que la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 de la LECRIM, se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 y STC 148/2005, entre otras). Esta doctrina del Tribunal Constitucional parece haber sido matizada, aunque no expresamente, en su STC nº 134/2010, en la que se admite el valor probatorio de la declaración cuanto la ausencia de contradicción efectiva sea imputable al propio acusado o a su defensa.

De donde no siempre la ausencia de contradicción obliga a prescindir del testimonio vertido antes de la vista (vd. las exigencias para tal conclusión en Tseber c. República checa, de 22 de noviembre de 2012 ó Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011, como sucede en ambos, en el que el tribunal si realizó una actividad tendente a asegurar la presencia del testigo en el juicio, sin que a la vista del contenido del fax fuese posible asegurar aquella en un tiempo razonable, y por tanto, estaba justificado acceder a la vía del art. 730 LECrim, dado que aun cuando debe salvaguardarse el derecho de las partes a la práctica de las pruebas propuestas, también lo es el de evitar dilaciones indebidas, máxime en el caso presente en el que ya se había producido una suspensión del juicio oral.

Además la validez de la declaración sumarial en el caso que nos ocupa no puede ser cuestionada, al haberse prestado ante el juez de instrucción y se concedió a las defensas de los acusados la oportunidad de intervenir en el interrogatorio del testigo, haciendo algunas de ellas efectivo este derecho. Asimismo, como ya hechos advertido, el principio de contradicción se respeta también cuando esta efectiva contradicción no llega a producirse por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable, como ocurrió en el caso en que el acusado se colocó voluntariamente en situación de rebeldía, por lo que solamente a él es achacable la pérdida de la oportunidad de interrogar al testigo.



Por último aquel testimonio no integra la "prueba definitiva" en el contenido que le otorga la jurisprudencia del Tribunal Europeo (véase Bonev c. Bulgaria de 8 de junio de 2006; Guilloury v. Francia de 22 de junio de 2006; Brenkoven v. República checa de 21 de julio de 2011) pues aún prescindiendo del mismo, restan elementos probatorios suficientes para obtener una conclusión condenatoria.

NOVENO.- El motivo octavo al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncia infracción del art. 24-2 de la Constitución Española al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías, en relación con el principio acusatorio y derecho del acusado a ser informado con la suficiente claridad del hecho que constituye el delito por el que se formula la acusación.

Partiendo de que el Fiscal en el juicio oral elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, introduciendo unas concreciones fácticas y modificaciones jurídicas introducidas en el escrito de conclusiones definitivas presentado al finalizar el juicio oral; el recurrente concreta la vulneración del principio acusatorio en los siguientes apartados del referido escrito de conclusiones del Fiscal.

1º) En cuanto al apartado A) alega que se limita a una vaga e imprecisa narración de los hechos, sin especificar cual de ellos en concreto constituye un delito de malversación de caudales públicos y de fraude en la contratación.

2º) En cuanto al apartado B) que recoge las modificaciones urbanísticas realizadas entre los años 2000 a 2005 e igualmente alega la indeterminación de los hechos constitutivos del delito de prevaricación urbanística y del delito de fraude en la contratación, al no especificarse la relación de las modificaciones urbanísticas con el delito vigente de prevaricación del art. 320 CP con anterioridad a la LO 5/2010, ya que este precepto sancionaba la conducta consistente en haber informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes. Tampoco se precisa en la calificación a cuál de las dos licencias concedidas se refiere, si la de obras otorgada para la construcción de 115 viviendas por la Junta de Gobierno el 16 de septiembre de 2005, o la licencia de primera ocupación para 40 viviendas y 48 plazas de aparcamiento otorgada por la Junta de Gobierno de 16 de junio de 2006.

Suscita asimismo si existe homogeneidad entre la calificación como delito de prevaricación del art. 404 respecto del hecho del apartado B.3) del escrito de calificación provisional (no abono de los derechos económicos derivados de la licencia de construcción y su posterior modificación como delito de prevaricación urbanística del art. 320 en el escrito de conclusiones definitivas.

3º Por último, respecto del delito de cohecho se pregunta si cabe configurar como un solo delito de cohecho y no como un delito continuado, una conducta que se realiza durante un periodo de cinco años.

El motivo se desestima.

Concretamente entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra -dice la STS 86/2018, de 19 de febrero, la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4).

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9.2, 143/2009 de 15.6, precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.



Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC. 87/2001 de 2.4). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3, 33/2003 de 13.2, 299/2006 de 23.10, 347/2006 de 11.12).

Asimismo la Sala 2ª TS -STS 655/2010, de 13-7, 1278/2009, de 23-12; 313/2007, de 19-6; tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que " el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(s. T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (s. T.S. 15/7/91). "Los hechos básicos de la acusación y constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en S. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto - s. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan - SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero- y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89, teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuándo han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S. 9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, SS. 15/3/97 y 12/4/99, entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad



del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (s. T.S. 4/3/99).

Ahora conviene insistir en que "la jurisprudencia de la Sala 2 -por todas STS 203/2006, de 28-2: admite la posibilidad de modificación de las conclusiones provisionales y considera que no se ha infringido el principio acusatorio básico del proceso penal, porque éste, lo que impide es que se traspasen los límites de la acción, que queda acotada, en la calificación provisional por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen, pero no que se califiquen adecuadamente esos hechos al evacuarse el trámite de conclusiones definitivas autorizado por el art. 732 LECrim. para el procedimiento ordinario y por el art. 793.7 (ahora 788.4) para el abreviado, en el que, manteniéndose la identidad esencial del hecho objeto de la acusación se puede variar, sin infringir la Ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados, tipo de delito cometido y grados de ejecución, pero ningún sentido tendría el trámite de modificación de conclusiones si fuesen las provisionales las que acotasen los términos del debate (SSTS. 1436/98 de 18.11, 7.6.85).

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (entre otras STS 609/2007, de 10-7) que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, y por ello ha dicho reiteradamente que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido a los artículos 732 y 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC. 19.2.87, 16.5.89, 284/2001 de 28.2). Ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación a juicio e de congruencia del fallo (SSTS. 7.9.89, 30.6.92, 14.2.94, 1/98 de 12.1 y STC. 13.2.2003).

En esta dirección la STC. 228/2002 de 9.12, precisa que si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que imponga una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación.

Ahora bien -como dice la STS. 1185/2004 de 22.10- tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la LECrim., en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues esto puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim.). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicasen que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim.).

Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones substanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art 746.6 en relación con el art. 747 LECrim).

Con mayor precisión la LECrim. prevé para el procedimiento abreviado, art. 793.7 (actual 788.4), que "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecia un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes.

Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la LECrim. se permite su ejercicio respecto a esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Por ello una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas puede lesionar el derecho de defensa cuando el acusado haya ejercido las facultades en orden a la suspensión de la vista y proponiendo



nuevas pruebas y le haya sido denegada, por cuanto la aplicación de la doctrina general sobre la necesidad de que la practica de prueba inadmitida fuese relevante para la modificación del fallo, no es aplicable en los casos de inadmisión o falta de practica de toda prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial (STC. 13.2.2003).

Situación ésta que no se ha producido en la presente causa.

Por tanto, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, al contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no momentos previos como el de las conclusiones provisionales (SSTC. 141/86 de 12.11, 11/92 de 27.1, 278/2000 de 27.11). Igualmente, dada la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión (SSTC. 20/87 de 19.2, 17/88 de 16.2). Si el defensor del acusado estimaba que la calificación de la acusación particular era sorpresiva al introducir hechos nuevos y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debió conforme al actual art. 788.4 LECrim, solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa, lo que no hizo".

DÉCIMO.- Partiendo de esta doctrina jurisprudencial habría que analizar las impugnaciones formuladas siguiendo el escrito de oposición del Ministerio Fiscal: "**Primero.** - Comenzando por el apartado A) del escrito de conclusiones provisionales, denominado "Convenios Urbanísticos", se integra por tres apartados. En el primero, referido al Convenio Urbanístico de 27 de octubre de 2000, se relatan las irregularidades administrativas cometidas en su adopción (ausencia de informes jurídicos y técnico previos a su firma y ratificación por el Pleno; tampoco se acreditó ni justificó previamente el interés general necesario para el cambio de los parámetros urbanísticos, ni el interés público en la transferencia de los aprovechamientos urbanísticos de propiedad municipal; no se respetaron los principios de concurrencia y publicidad, etc).

En este convenio se pactó la división del Sector UR-7, en dos sectores: UR7A y UR-7B, el aumento de edificabilidad de cada uno de los sectores y la adjudicación directa de los terrenos correspondientes a la cesión obligatoria del 10% del aprovechamiento urbanístico por la cantidad de 540.090,89 euros (90.000.000 ptas.), cuando su valor real era de 1.065.506,40 euros.

Tanto las irregularidades administrativas como la infravaloración de los aprovechamientos urbanísticos se debió al concierto existente entre Luis , Alcalde del Ayuntamiento de Casares, y José , logrando el desvío de fondos públicos a favor de la mercantil MAGESTIC LAND por importe de 524.595,51 euros.

Incluso, continua el relato, respecto del importe de 540.090,89 euros se pactó en el convenio que se abonaría en cinco plazos mensuales a partir de la fecha de otorgamiento de la licencia de obras de urbanización, sin que la mercantil prestara garantía alguna que afianzara dicho pago, ya que, aunque la Comisión de gobierno del Ayuntamiento de Casares de 5 de septiembre de 2001, aprobó el proyecto de compensación del Sector UR-7A que presentó MAGESTIC LAND y se acordó que la parcela NUM002 quedaría afectada para garantizar el cumplimiento del 10% del aprovechamiento medio, es lo cierto que dicha garantía nunca se inscribió en el Registro de la Propiedad de Manilva, omitiendo el acusado Luis de forma consciente y deliberada el cumplimiento de su ejecución.

Pero, además, la mercantil MAGESTIC LAND abonó tan sólo tres pagos en las fechas y por los importes que se indican en el escrito de conclusiones provisionales, dejando de abonar la cantidad de 216.364,36 euros, sin que Luis , siendo consciente de ellos, iniciara su reclamación.

Con relación al segundo Convenio de fecha 2 de junio de 2004, en el escrito de conclusiones se describen las irregularidades administrativas cometidas en su elaboración (se firmó antes de su aprobación por el Pleno y sin cumplir el trámite de audiencia pública; no se inscribió ni depositó en el correspondiente registro público legalmente establecido, a pesar de que tal inscripción tenía carácter imperativo; total ausencia previa de informes de los servicios jurídicos y técnicos del Ayuntamiento; etc.).

En este Convenio, firmado el día 2 de junio y aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el día 11 de junio de 2004, se pactó un aumento de la densidad de viviendas, que pasó de 13 viviendas por hectárea a 16 viviendas por hectárea, de modo que se incrementó el número de viviendas previstas en total de 81, y, por los derechos de cesión obligatoria a la administración actuante, se pactó que MAGESTIC LAND abonaría al Ayuntamiento la cantidad de 130.000 euros, siendo su valor real de 698.539,88 euros, por lo que los acusados Luis José lograron un desvío de fondos públicos a favor de MAGESTIC LAND por importe de 568.539,88 euros.

Por último, en el Convenio urbanístico de 22 de julio de 2004, en cuya elaboración, firma y aprobación se cometieron las mismas irregularidades administrativas descritas en los otros dos, se pactó entre Luis , en representación del Ayuntamiento de Casares, y José , en representación de MAGESTIC CONSTRUCTION AND



DEVELOPMENT GROUP S.L y CORPORACIÓN INMOBILIARIA DOÑA JULIANA SL., la transformación urbanística de fincas propiedad de estas mercantiles de suelo no urbanizable común a suelo urbanizable a cambio de la cesión al Ayuntamiento de cuatro fincas inscritas en el Registro de la Propiedad de Manilva. Y asimismo se pactó la adjudicación directa de los aprovechamientos urbanísticos a MAGESTIC, sin ser tasados previamente por los técnicos municipales, siendo su valor de 1.200.096,73 euros.

Estos hechos en el escrito de conclusiones provisionales fueron calificados por el Fiscal como (1) un delito continuado de prevaricación de los arts. 404 y 74 en su redacción anterior a la L.O. 5/2010 por la arbitrariedad de los convenios; (2) un delito continuado de fraude en la contratación de los arts. 436 y 74 del CP en su redacción anterior a la L.O. 5/2010, por la adjudicación directa de los aprovechamientos urbanísticos a MAGESTIC, sin observar los principios de publicidad y concurrencia; y (3) de un delito continuado de malversación de caudales públicos de los arts. 432.1º y 2º y 74 del CP en su redacción anterior a la L.O. 5/2010, reputando autores a los acusados Luis y José, si bien a éste último se le reputó autor por inducción del delito de prevaricación.

Tras la práctica de la prueba, el Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales en lo que no estuvieran afectadas por el escrito de conclusiones definitivas que presentó en dicho acto. En este escrito de conclusiones definitivas se retiró la acusación formulada contra dos concejales y contra el Secretario del Ayuntamiento. Y en lo que se refiere a los hechos de este apartado A) mantuvo la acusación por los delitos continuados de fraude en la contratación y malversación de caudales públicos, suprimiendo la calificación por el delito continuado de prevaricación del art. 404 del CP, sobre la base de hechos sustancialmente semejantes a los de la calificación provisional, si bien se añadió lo siguiente: **a)** la negociación y acuerdo en fechas previas al 27 de octubre de 2000 entre los acusados Luis y José para la celebración de un convenio urbanístico para el Sector UR-7ª, con pleno conocimiento por parte de ambos de que "era perjudicial para el municipio y que, de materializarse jurídicamente a través de las correspondientes modificaciones urbanísticas, detraerían ilícitamente un valor patrimonial público evaluable económicamente que pertenecía al municipio de Casares"; **b)** se incluyó en este apartado las modificaciones urbanísticas a que dio lugar el Convenio de 27 de octubre de 2000, especificando que estas tres modificaciones se tramitaron conforme a derecho y se publicaron en el BOPMA; y **c)** se fijó el valor real de los aprovechamientos urbanísticos en 676.829 euros, en lugar del 1.065.506,40 euros en que se habían valorado en el escrito de conclusiones provisionales, por lo que la detracción de los fondos públicos a favor de MAGESTIC LAND alcanzó el importe de 135.918,11 euros.

La narración de los hechos que contiene tanto el escrito de conclusiones provisionales como el escrito de calificación definitiva que adiciona el anterior es totalmente precisa y completa en la descripción de las conductas que integran cada uno de los delitos por los que fue acusado, de tal modo que ha podido conocer de forma comprensible los hechos objeto de acusación y los tipos penales que se aplicaban, posibilitando sin merma alguna que pudiera articular su defensa.

Segundo.-Respecto del apartado B) sobre las modificaciones urbanísticas del Sector UR-7ª, se relata en el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal que, como consecuencia del Convenio Urbanístico de 27 de octubre de 2000, José promovió las siguientes modificaciones que afectaban al Sector UR-7A: 1º) Modificación de las Normas Subsidiarias para recoger la división del Sector en UR7ª y UR-7B y el aumento de la edificabilidad en cada Sector; 2º) Modificación del plan parcial de ordenación del Sector UR-7ª con un incremento de la edificabilidad para la construcción de 433 viviendas; 3º) Se aprobó, con carácter definitivo el día 17 de diciembre de 2002, una redistribución entre las parcelas edificables con el número de viviendas y el techo otorgado como consecuencia de la anterior modificación, publicándose este acuerdo en el BOPMA de 30 de enero de 2003.

Como consecuencia del Convenio Urbanístico de 2 de junio de 2004, se aprobó, con carácter definitivo por el Pleno del Ayuntamiento de Casares celebrado el día 14 de diciembre de 2004, la modificación de los elementos de las normas subsidiarias del Sector-7ª para establecer un aumento de la densidad de las viviendas que pasó de 13 a 16 viviendas/hectárea. Este acuerdo, que no se publicó en el BOPMA, requisito preceptivo e indispensable para la validez de la modificación, se adoptó sin el previo preceptivo informe técnico municipal y tan sólo con un informe jurídico del acusado Nemesio de 3 de septiembre de 2004, en el que se dio una respuesta arbitraria a las alegaciones formuladas por otros interesados y se omitieron datos esenciales sobre el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para las modificaciones urbanísticas planteadas.

Asimismo, por MAGESTIC LAND se solicitó la modificación de elementos del plan parcial de ordenación del Sector UR-7A, para cambiar parte de la zona de actuación de vivienda unifamiliar aislada por viviendas adosadas. Esta modificación, que beneficiaba exclusivamente a las parcelas propiedad de MAGESTIC LAND al posibilitarle la construcción de 81 viviendas más, se aprobó definitivamente el 9 de junio de 2005, sin el informe jurídico previo a su aprobación inicial, ni con el informe de la Comisión Provincial de Urbanismo previo



a su aprobación definitiva y tampoco se publicó en el BOPMA, requisito preceptivo e indispensable para la validez de la modificación.

Con el amparo de estas dos últimas ilegales modificaciones y conociendo que el instrumento realmente vigente era la modificación aprobada el día 17 de diciembre de 2002 y publicada en el BOPMA el día 30 de junio de 2003, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Casares, integrada por el acusado Luis y otros concejales que han sido absueltos, en sesión celebrada el día 16 de septiembre de 2005 concedió a MAGESTIC CONSTRUCTION AND DEVELOPMENT GROUP licencia para la construcción de 115 viviendas, pese a existir igualmente dos informes del arquitecto municipal contrarios a su concesión, pero contando, pues sin ello no hubiera sido posible su concesión, con el preceptivo dictamen jurídico emitido por el acusado Nemesio con fecha 12 de septiembre de 2005, en el que de forma totalmente arbitraria informó favorablemente la concesión de la licencia a la vez que injustificadamente desautorizaba el informe negativo del arquitecto municipal.

El día 7 de octubre de 2005 se acordó por el concejal de urbanismo Andrés la liquidación de los derechos económicos derivados de la licencia de construcción, fijándose en la cantidad de 413.077,63 euros; sin embargo, el acusado Luis ordenó que dicha cantidad no se abonase con carácter previo a la entrega de las licencias y el Secretario del Ayuntamiento en la notificación del acuerdo efectuada el día 12 de abril de 2006 al acusado José hizo constar: "recibí el original quedando pendiente de pago de conformidad con lo tratado con el Sr. Alcalde". Esta cantidad nunca fue satisfecha por MAGESTIC CONSTRUCTION AND DEVELOPMENT GROUP, sino que su abono fue realizado el día 19 de diciembre de 2007 por la entidad GEPROLAR PROMOCIONES INMOBILIARIAS S.L., que adquirió de la primera los derechos de construcción mediante escritura notarial de compraventa de 8 de agosto de 2007.

Finalmente, dentro de este apartado, se relata en el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal que la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Casares de 16 de junio de 2006, formada por Luis y los concejales absueltos, concedió a MAGESTIC CONSTRUCTION AND DEVELOPMENT GROUP SL licencia de primera ocupación para 40 viviendas y 48 plazas de aparcamiento, a pesar de todos los incumplimientos constatados y de no estar terminadas las obras de urbanización ni garantizada suficientemente la terminación de dichas obras.

Estos hechos son calificados en el escrito de calificación provisional como constitutivos de un (1) delito de prevaricación urbanística previsto en el art. 320.1 y 2 en su redacción anterior a la L.O.5/2010, por las irregulares modificaciones llevadas a cabo en los elementos de planeamiento y en las normas subsidiarias que posibilitaba una mayor edificabilidad de viviendas en beneficio exclusivo de la sociedad a favor de la cual se concedió la licencia de construcción y la licencia de primera ocupación de determinadas viviendas y plazas de aparcamiento, del que respondían en concepto de autor el acusado Luis, así como los concejales absueltos en la sentencia, y en concepto de inductor José; (2) y por igual concepto de autor material y de inductor respondían los acusados Luis y José por un delito de prevaricación administrativa del art. 404 en su redacción anterior a la L.O. 5/2010, por la decisión arbitraria adoptada por Luis, en connivencia con José, de permitirle retirar las licencias de obras sin abonar previamente las tasas por importe de 413.077,63 euros.

En el escrito de conclusiones definitivas también con relación a este apartado B) se mantuvo en lo sustancial los hechos del escrito provisional con los siguientes añadidos: a) Con relación a la modificación de elementos del plan parcial de ordenación del Sector UR-7^a, aprobado definitivamente el 9 de junio de 2005, que comportó en beneficio exclusivo de MAGESTIC LAND el cambio de actuación de viviendas aisladas a viviendas adosadas, se explica que dicha modificación se inició mediante solicitud por escrito registrada en el Ayuntamiento el día 20 de julio de 2004, escrito que no reunía los requisitos necesarios para ser atendido (no se identificó al solicitante de la modificación, ni la sociedad a la que presuntamente representaba, no se concretó lo que se pedía y tampoco se acompañó el proyecto técnico de la pretensión que instaba), a pesar de lo cual, en virtud del convenio ilícito entre José y Luis, se admitió su tramitación; y b) Respecto del informe emitido por Nemesio con fecha 12 de septiembre de 2005 favorable a la concesión de la licencia de construcción de 115 viviendas, se completó el escrito de calificación provisional, exponiendo que este acusado, que era asesor jurídico del Ayuntamiento de Casares desde al menos el año 2001, y concretó la arbitrariedad de su informe de la siguiente forma: no advirtió de la falta de expediente para la tramitación de las modificaciones que amparaban las licencias, ni de la ausencia de publicación en el BOPMA y desautorizó injustificadamente el informe negativo del arquitecto municipal; señaló que era una modificación promovida por un propietario único, omitiendo a sabiendas que existían múltiples propietarios afectados y que podían resultar perjudicados; y en la misma línea de lograr a ultranza la concesión de las licencias, señaló que era de todo orden previsible el resultado de la tramitación (se entiende del proyecto de reparcelación), sin que en dicho momento contase con la conformidad de los propietarios afectados.

En el escrito de conclusiones definitivas, estos hechos son calificados como constitutivos de un delito de prevaricación del art. 320.1 y 2 en su redacción anterior a la L.O. 5/2010, así como de un delito de fraude del art.



436 (la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo... en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados...)

Reitera de nuevo la parte recurrente con relación a los hechos del apartado B) la infundada denuncia de indeterminación en la descripción de la actuación delictiva, pues todas las irregulares modificaciones urbanísticas, detalladas con precisión y claridad, se efectuaron con la única finalidad de dotar de una aparente legalidad a la concesión de una licencia de construcción de 115 viviendas, de la que exclusivamente resultaba favorecida la sociedad MAGESTIC LAND, a sabiendas de su ilegalidad, porque la decisión de incrementar la edificabilidad se había adoptado sin que en las modificaciones definitivamente aprobadas el 14 de diciembre de 2004 y el 9 de junio de 2005 se hubiera observado los trámites legalmente exigibles, y porque previamente a su concesión era necesario aprobar el proyecto de reparcelación, lo que motivó el informe contrario del arquitecto municipal.

Esta conducta, realizada como autor material por Luis y como autor por inducción, en virtud del pacto existente para llevar a cabo su ilícito proyecto, por José, encaja de lleno en el tipo delictivo descrito en el art. 320.2, que sancionaba a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes. Y lo mismo cabe decir de la licencia de primera ocupación de las primeras 44 viviendas y de las 48 plazas de aparcamiento, que se concedió sin estar terminadas las obras de urbanización ni garantizada suficientemente la terminación de dichas obras.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, el no abono de tasas correspondientes a la licencia de construcción, es tan claro que la conducta ha sido calificada como un delito de fraude o exacción ilegal que resultan totalmente improcedentes sus disquisiciones sobre la homogeneidad entre el delito de prevaricación del art. 404 y el delito de prevaricación urbanística del art. 320 del CP, si bien la homogeneidad entre ambas figuras delictivas es evidente, al tipificarse en el art. 320 una prevaricación especial por razón de la materia a la que se refiere.

Finalmente, sus consideraciones sobre la inadecuación del Fiscal al calificar los hechos del apartado C) como constitutivos de un solo delito de cohecho y no como un delito continuado, pese a que la conducta la sitúa en el espacio temporal de los años 2000 a 2005, es algo que no afecta al principio acusatorio, ya que existe coherencia entre calificación del Fiscal y los hechos que la sentencia declara probados respecto del delito. La protesta, por otra parte, es totalmente insustancial, porque ha resultado favorecido por el supuesto error del Fiscal, al comportar la apreciación de la continuidad delictiva una petición de pena en su mitad superior."

UNDÉCIMO.- El motivo noveno al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim denuncia infracción del art. 24.2 CE al haberse producido vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar al acusado por delito continuado de malversación de caudales públicos.

Argumenta en síntesis que en el juicio oral se practicaron dos pruebas periciales para determinar el valor de los aprovechamientos urbanísticos: la del perito judicial de la Sra. Rafaela, cuyo informe se encuentra aportado a los folios 6537 a 6729 (tomo XVII) y la del perito propuesto por la defensa, Sr. Bernabe, que defendió la valoración que con fecha 30-10-2000, había efectuado el arquitecto de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol occidental, Ángel Jesús.

En la valoración del arquitecto de la Mancomunidad se siguió el método residual estático previsto en el Real Decreto 1020/93, de 25 de julio, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana y, en cambio, el perito judicial utilizó el método residual dinámico contemplado en la Orden Ministerial de 30-11-94 sobre normas de valoración de bienes inmuebles para determinadas entidades financieras, y si bien ninguna de las dos normativas es específica para la valoración del 10% de los aprovechamientos urbanísticos, ambos son válidos para tratar de alcanzar el valor del mercado. Sin embargo, la sentencia se limita a afirmar, sin más que "la precisión del informe de la Sra. Rafaela no deja lugar a dudas "no argumentando de forma crítica las razones por las que descartó la valoración del funcionario público, Ángel Jesús, crítica, además, que la perito judicial para averiguar el valor del mercado del año 2000 ha utilizado testigos del año 2014 al año 2000, ha aplicado un coeficiente de deflación del 46,39% que ha obtenido basándose en las estadísticas del Ministerio de Fomento para toda la provincia de Málaga de variación de precios de viviendas, lo que contraviene la Orden Ministerial de 30-11-1994, que en el anexo II sobre "Método de compensación" apartado 2 a) tercero, establece que las informaciones y datos de los inmuebles comparables deberán referirse a los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la tasación.

Por tanto, la infracción de esta norma origina desde el inicio la incorrección de la valoración por comparación de la perito Sra. Rafaela y, en consecuencia, el uso de dicho coeficiente corrector (46'39%) para, utilizando los testigos del año 2014, obtener un precio de mercado del año 2000, hace que la valoración no sea válida, por no ser correcto ni fiable el valor obtenido.



Reprocha, además, que el informe de la perito judicial incurre en otras deficiencias respecto de la homogeneización de las viviendas unifamiliares aisladas y de los locales comerciales; respecto de los costes de urbanización y costes de construcción; y respecto de los gastos de promoción, precios de venta y plazos de promoción.

La consecuencia de todo esto es que la alteración de cualquiera de los parámetros tenidos en cuenta en el informe de la perito judicial, originaría un resultado diferente.

Finalmente, señala que en el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal la valoración que se asigna al 10% del aprovechamiento urbanístico, con base en el informe pericial de la Sra. Rafaela, fue de 1.065.506,40 euros, cantidad que resulta de multiplicar el precio unitario de 157'49 euros/m²t x 6.765,38 m²t (apartado 5.1.14 de informe), pero en el escrito de conclusiones estableció el valor de los aprovechamientos en 676.829 euros (apartado 5.1.16 del informe), cantidad que resulta de multiplicar el precio unitario de 100'04 euros/m²t x 6.765,38 m²t; no obstante, hay otras valoraciones como la que se fija antes de la firma del Convenio en 82'20 euros/m²t (apartado 5.2 del informe), por lo que teniendo en cuenta que los metros de techo objeto de cesión eran de 6.304 como se determina en el informe del Arquitecto Ángel Jesús, y no de 6.765,38, el valor que resulta de los aprovechamientos era de 518.188'8 euros, inferior al valor de tasación del informe del Sr. Ángel Jesús.

Sobre este extremo el Tribunal nada dice, por lo que en aplicación del principio "in dubio pro reo" y de presunción de inocencia, se debe aplicar el precio menor.

El motivo, tal como está articulado, debería ser desestimado.

En efecto sobre los dictámenes periciales en SSTS 546/2016, de 21 junio; 545/2017, de 12 de julio; 641/2017, de 28 de septiembre, y sobre los dictámenes periciales en SSTS. 546/2016 de 21 junio y 545/2017 de 12 julio, hemos señalado que la pericia -como destaca la doctrina- es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la Ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim. para toda la actividad probatoria, sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.).

El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1103/2007 de 21.12). No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba.

Y en cuanto a su valor como documento se le reconoce cuando:

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS. 534/2003 de 9.4, 58/2004 de 26.1, 363/2004 de 17.3, 1015/2007 de 30.11, 6/2008 de 10.1, y AATS. 623/2004 de 22.4, 108/2005 de 31.11, 808/2005 de 23.6, 860/2006 de 7.11, 1147/2006 de 23.11, o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los



hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos -como dice la STS. 310/95 de 6.3, ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contratadas en el momento del juicio oral.

DUODÉCIMO.- En el caso actual la sentencia recurrida motiva en el fundamento jurídico séptimo las razones por las que se inclina por el informe de la perito judicial, Sra. Rafaela , frente a la pericial de la parte, al señalar que "depuso en el plenario y, tras ratificar su informe, expuso de modo tajante y convincente las razones técnicas por las que considera infravalorados en el Convenio de 27-10-2000, los aprovechamientos urbanísticos, criticando con razón el informe pericial emitido después de la firma del Convenio y, por tanto, inexistente a la fecha y el método empleado en la valoración por el Arquitecto de la Mancomunidad de Municipios, al designar una cantidad sin rigor técnico y usando un precio de mercado que no argumenta; este informe no pierde virtualidad por la pericia realizada por el perito de la defensa, Sr. Bernabe , pues aunque el mismo efectuó en el plenario un verdadero esfuerzo para justificar la valoración realizada por el Sr Ángel Jesús y un acierto al emplear en la valoración pericial el método residual estático simplificado, sin embargo, la precisión del informe de la Sra. Rafaela no deja lugar a dudas".

En efecto tal como explica el Ministerio Fiscal en su documentado informe: "Por tanto, el Tribunal, tras oír en el juicio a los dos peritos propuestos, donde dieron toda clase de explicaciones y aclaraciones a través del interrogatorio de las partes, se inclinó favorablemente hacia el informe de la Sra. Rafaela por su precisión o exactitud en contraposición con el informe del Sr. Ángel Jesús , defendido por el perito de la defensa".

Los reparos que para el Tribunal suscitaba el informe del Arquitecto de la Mancomunidad de Municipios eran razonables, puesto que:

- En la estipulación séptima del convenio se establece que MAGESTIC LAND manifiesta su interés por acceder a la compra de los terrenos correspondientes a la cesión obligatoria del 10% de aprovechamiento medio que se establece en la cantidad de 90.000 ptas, es decir, sin que conste que ese valor se haya fijado por los servicios técnicos del Ayuntamiento. La tasación del Arquitecto de la Mancomunidad se presentó el día 30 de octubre de 2000, es decir, tres días después de la firma del Convenio y se asigna a los aprovechamientos urbanísticos un valor de 89.775.689, muy próximo a la cifra de 90 millones.

- Si ya lo anterior hacía sospechosa esa valoración, consideró la Sala que, además, adolecía de rigor técnico y que usaba un precio de mercado que no argumenta.

En primer lugar, porque siendo consciente como así lo manifiesta en el informe ("que se realiza en base al plan parcial que se presentara en su día para su aprobación y tramitación por el ayuntamiento") que en el Convenio se estaba acordando una modificación de las NNS para incrementar la edificabilidad que paso de 7 a 13 viviendas por hectárea y, por consiguiente, del techo de edificabilidad, que se estableció en 67.645 m²/techo, como así resultó de la modificación de las NNS del Sector UR-7.A aprobadas inicialmente por el Ayuntamiento con fecha 13 de diciembre de 200, provisionalmente el 9 de febrero de 2001 y definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga en su sesión de 14 de marzo de 2001, en cuya ficha de características se asigna una densidad de edificabilidad de 13 viviendas/hectárea y un techo edificable de 67.654 m² (folios 1480 y ss. Del Tomo IV).

Pese a lo anterior, el informe del Arquitecto de la Mancomunidad cuantifica el total de los metros cuadrados de techo en 63.029,83, y, por tanto, el 10% del aprovechamiento urbanístico correspondiente al techo que figura en su informe es el de 6.304 m²/t, y no el de 6.765 que debería figurar (10% de 67.645m²/t) si hubiera tenido en cuenta la modificación del PPO.

En segundo lugar, porque el apartado c) de su informe, al ponderar el "valor de venta", no contiene un estudio del mercado que le sirve de base, sino que tan sólo refiere que como "en el Municipio de Casares no existen actuaciones análogas, ha sido necesario recurrir a los colindantes (Estepona y Manilva)", reflejando seguidamente una tabla con el precio medio por metro cuadrado en función de las distintas tipologías de viviendas y locales comerciales. Por tanto, se desconoce los criterios y el estudio de mercados seguidos para obtener los precios medio por metro cuadrado de las localidades colindantes.

En tercer lugar, no existe controversia en que las ponencias de los valores catastrales no se encontraban actualizadas en el Municipio de Casares, por lo que, de conformidad con el art. 27 de la Ley 6/1998, de 13



de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, procedía aplicar los valores de repercusión obtenidos por el método residual.

El denominado método residual, tanto el estático como el dinámico, consiste en calcular el valor del suelo a partir del valor final de mercado que tiene un inmueble edificado en la zona correspondiente, valor total del que se van detrayendo los costes necesarios para su construcción, así como los costes financieros y el beneficio del promotor. Una vez despojado el valor del inmueble de todos esos costes que permiten situarlo como producto de mercado, obtenemos un resto, o *residuo*, que se corresponde con el valor del suelo en sí mismo considerado (sentencia 13/06/2012, Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª).

La perito judicial expone en su informe la legislación aplicable en ese momento (ley 6/1998, Orden de 30 de noviembre de 1994 del Ministerio de Economía y Hacienda sobre normas de valoración de bienes inmuebles para determinadas entidades financieras y el Real Decreto 1020/1993, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral) y explica que descarta los criterios de valoración del Real Decreto 1020/1993, porque si bien contiene normas para la valoración de inmuebles desde el punto de vista catastral, es decir, de forma generalizada para perímetros amplios de terrenos, no resultan adecuadas para realizar un cálculo como el examinado, que ha de ajustarse lo máximo posible a las características detalladas del bien a valorar.

Continúa explicando que "cuando se dé el supuesto de suelos pendientes de desarrollo como el sector UR-7 el método residual que se utiliza es el método dinámico, es decir, el que aparece descrito en el Anexo 2, IV.1, de la OM de 30 de noviembre de 1994 sobre normas de valoración de bienes inmuebles para determinadas entidades financieras. Este método se configura en la norma para el "análisis de inversiones con valores esperados", es decir, el mismo supuesto que nos ocupa, puesto que lo que se pretende es calcular el valor del aprovechamiento urbanístico derivado del convenio en base a valores futuros mediante la estimación tanto de los plazos de aprobación del planeamiento de desarrollo e instrumentos de gestión, como de los plazos de finalización de los inmuebles y su comercialización.

La opción de aplicar el método residual estático previsto en la misma Orden Ministerial para "análisis de inversiones de valores actuales" se entiende no ajustada al supuesto, puesto que para considerar los valores como actuales sería necesario que el plazo desde la fecha de la firma del convenio, hasta la fecha de posible materialización del aprovechamiento no fuese superior a un año, por entenderse un año a un período asimilable al corto plazo, en el que los valores no se "desactualizarían". Ciertamente los plazos de la aprobación de los instrumentos de desarrollo y gestión fueron inferiores a un año, que indiscutiblemente debe considerarse como tremendamente rápidos, sin embargo, no ocurrió lo mismo con los plazos de ejecución de la urbanización, ni con los de comercialización de las viviendas que se dilataron varios años. Todo ello redundaba en la idoneidad de utilización del método residual dinámico, frente al residual estático, a la hora de la elección del método de valoración".

Pues bien, ante la opción entre el método residual estático, utilizado en la valoración del Sr. Ángel Jesús, y el método residual dinámico, utilizado por la Sra. Rafaela, la Sala entendió que para establecer el valor del suelo urbanizable y de los aprovechamientos urbanísticos el adecuado era éste último atendidas las circunstancias del desarrollo urbanístico que era previsible. En cualquier caso, el método residual dinámico es el previsto para este supuesto tanto en la derogada Orden de 30 de noviembre de 1994 como en la actual Orden Eco/805/2003, de 27 de marzo.

Por otra parte, frente al informe del Sr. Ángel Jesús, defendido por el perito Sr. Bernabe, que no explica cómo obtiene los costes de construcción ni tampoco los valores de venta, está el informe de la Sra. Rafaela, que aplica el método residual dinámico conforme a la exhaustiva fórmula exigida por la citada Orden de 30 de noviembre de 1994, y, además, analiza los precios del mercado inmobiliario relativo a los inmuebles comparables, por localización, uso y tipología, a los que constituían objeto de la promoción a desarrollar sobre el suelo que se valoraba, basándose en las concretas ofertas que se reseñan en el informe correspondientes a viviendas en venta en el Municipio de Casar. Procede, asimismo, a la homogeneización detallada de los precios de los inmuebles comparables y al precio unitario homogenizado que obtiene en el año 2014, fecha del informe, al que aplica un factor de corrección a la baja del 46'39%, que obtiene acudiendo a los datos objetivos de las tablas sobre evolución de las variaciones de precios unitarios de venta en la provincia de Málaga del Ministerio de Fomento y de ST Sociedad de Tasación.

Las críticas de la parte recurrente con respecto a la fiabilidad del coeficiente corrector o sobre el proceso de homogeneización practicado por la perito judicial son meramente formales, ya que no despliega argumentos que los contrarresten ni rebate los datos del informe con otros igualmente del mismo carácter que justifiquen o acrediten el fundamento de sus quejas.

Y, por último, en el informe pericial de la perito judicial no se utilizan diversos precios unitarios del metro cuadrado para calcular el valor del 10% del aprovechamiento urbanístico, como sugiere la parte recurrente debido a una incorrecta lectura del informe.

El punto 5.1 del informe lo dedica a la valoración del terreno tras la suscripción del convenio, apartado que se descompone de varios subapartados. En el subapartado 5.1.14, sobre "valoración del inmueble por el método residual dinámico del suelo correspondiente al 10% de cesión obligatoria del Sector UR-7.A", se calcula un precio unitario de 157,49€, resultando un valor de la cesión obligatoria de 1.065.506,40 euros, que fue el adoptado equivocadamente por el Fiscal en el escrito de conclusiones provisionales.

En cambio, en el apartado 5.1.15, sobre " *valor de mercado del suelo correspondiente de la cesión objeto del convenio. Sector UR-7.A*", se establece un precio unitario de 100'04€/m², siendo el valor de la cesión de 676.829'07€, siendo ésta la asumida por el Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas y también por la sentencia.

Y en el apartado 5.2 se contempla la " *valoración del terreno previa suscripción del convenio*", es decir, con las NNSS vigentes antes de su modificación pactada en el Convenio de 27 de octubre de 200, asignándose en el informe un precio unitario para este supuesto un precio unitario de 82,20€.

Por tanto, no es que para el mismo supuesto se manejen precios distintos y el Fiscal y la sentencia hayan optado por un hipotético intermedio, sino que los precios unitarios están referidos a supuestos diferentes, siendo el fijado en los hechos probados el correcto, porque determina el valor de mercado de un terreno edificable y del mismo se extrae la monetización del 10% del aprovechamiento urbanístico.

En definitiva, entre los dos informes periciales practicados en el juicio oral, la Sala consideró más fundamentado el de la Sra. Rafaela por haber aplicado el método residual dinámico exigido por la legislación administrativa para el caso enjuiciado.

DÉCIMO TERCERO.- El motivo décimo por infracción de ley del art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que resulta de los siguientes documentos literosuficientes y auténticos obrantes en autos, y ello en relación al hecho probado primero A) y considerar que los hechos constituyen un delito continuado de malversación de caudales públicos.

Cita como documentos:

1. Convenio Urbanístico para la modificación puntual de elementos de las NN. SS. de Planeamiento de Casares Sector UR-7 de 27-10-2000, folios 1472 a 1475.
2. Certificación del Sr. Secretario del Ayuntamiento de Casares de 12-09- 2001 que obra a los f. 1511 a 1525.
3. Calificación Registral al f. 2549 a 2551.
4. Valoración de los aprovechamientos correspondiente al Ayuntamiento de Casares, dentro del Sector UR7-A realizada por el Arquitecto D. Ángel Jesús el 30-10-2000, y que obra al f. 5393 a 5399.
5. Valoración de los aprovechamientos correspondiente al Ayuntamiento de Casares, dentro del Sector UR7-B realizada por el Arquitecto D. Ángel Jesús el 25-11-2002, y que fue aportada por el Ministerio Fiscal en la sesión de Juicio del día 24-10-2016.
6. Valoración de los aprovechamientos correspondiente al Ayuntamiento de Casares, dentro del Sector UR-14 realizada por el Arquitecto D. Ángel Jesús el 08-08-2000, y que obra al f. 6163 a 6174.
7. Valoración realizada por la Arquitecto Noemi , Jefe de Area de Proyectos y Obras del Servicio de Acuartelamiento de la Dirección General de la Guardia Civil, f. 3555 a 3564.
8. Valoración realizada por la Arquitecto Dña. Rafaela , f. 6537 a 6729).
9. Informe pericial del perito D. Bernabe en su informe de 20-10-16 y que obra en el ROLLO, aportado con escrito de 20-10-16 y al inicio de la sesión de juicio del día 24-10-16.
10. Informe pericial del perito D. Demetrio de 14-10-2016, y que obra en el ROLLO, aportado con escrito de 20-10-16 y al inicio de la sesión de juicio del día 24-10-16.
11. Documento 6 aportado por la Secretaria del Ayuntamiento de Casares en oficio de 09-09-2016 y en el que consta Informe en relación al acuerdo Plenario de 14 de diciembre de 2004 por el que se aprobó permuta de cosa futura, y que obra en ROLLO.
12. Valoración realizada el 24-04-2008 por los técnicos de la Mancomunidad de Municipios Dña. Debora y Dña. Elena , de la obra ejecutada por Majestic y que dice no localizar la Secretaria en el anterior informe y que obra a los f. 4493 a 4499 del Tomo XVIII de la Adenda.



En base a los citados documentos considera el recurrente que incurre en varios errores.

En primer lugar considera incierto que la sociedad Almar Casares SL no adquiriera el aprovechamiento urbanístico del 10% del Sector UR 7-B, pues consta en el Rollo que el Fiscal aportó valoración de los aprovechamientos urbanísticos de dicho Sector realizado por el mismo arquitecto Sr. Ángel Jesús conforme al mismo método residual estático previsto en el RD 1020/1993 (folios 1014 y ss tomo IV del Rollo) de modo que de esta valoración se infiere que Almar Casares tramitó la monetización del 10% del aprovechamiento.

Por tanto, no resulta lógico que una valoración practicada por el mismo técnico conforme al mismo método sea correcta o no en función de que quién sea el promotor.

- En segundo lugar si el informe a tasación del aprovechamiento urbanístico correspondiente al Sector UR-7A se presentó el 30-10-2000, y el convenio pactado fue aprobado en el Pleno del 13-12-2000 y por ello, la monetización de los aprovechamientos no adquiere entidad hasta este Pleno se puede afirmar que la tasación es previa a la monetización.

- En los folios 4493 a 4499 del tomo XVIII del Anexo Documental consta valoración realizada el 24-04-2008 por los técnicos de la Mancomunidad de Municipios D^a. Debora y D^a. Elena , en relación a la obra que Majestic ejecutó a favor del Ayuntamiento por importe de 998.907'41 euros y que al tratarse de una deuda vencida, líquida y exigible, es lógico que Majestic o su representante legal pudiera compensarla con aquello que aún adeudaba al Ayuntamiento.

Por último cuestiona la afirmación del hecho probado de que "al concertar dicho convenio, ambos acusados tenían pleno conocimiento de que era perjudicial para el municipio y que, de materializarse jurídicamente a través de las correspondientes modificaciones urbanísticas, detraerían directamente un valor patrimonial público". Afirmación que considera insostenible porque no puede admitirse que el convenio fuera lícito para Almar Casares e ilícito para Majestic, pues ambas se beneficiaron de las mismas modificaciones de las NNSS.

Como hemos precisado en SSTS 607/2010, de 30 de junio; 629/2011, de 23 de junio; 347/2012, de 25 de abril; 974/2012, de 5 de diciembre; 292/2018, de 18 de junio, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría,



repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Denuncia de error de hecho que en definitiva, como señala la STS 1390/2011, de 27-12, permite la modificación o adición o suspensión de un elemento fáctico del relato histórico cuando existe en los autos un documento literosuficiente o con aptitud demostrativa directa, es decir, que evidencia por sí solo el error en que ha incurrido el tribunal y ello debe determinar la modificación de los hechos en alguna de las formas señaladas, siempre y cuando no existen otros medios probatorios que contradigan el contenido del mismo y además que sea relevante para el sentido del fallo (STS 91/2008; 103/2008; 24/2010, de 1-2; 239/2011, de 24-3).

Por tanto, el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el tribunal declaró probado erróneamente, y que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del documento que el recurrente designa.

-Pues bien, ninguno de los documentos que designa el recurrente acreditan el error denunciado.

Así respecto a la tasación realizada por el perito Sr. Ángel Jesús en relación al aprovechamiento urbanístico adjudicado a la mercantil Almar Casares, hay que destacar que en el actual procedimiento no ha sido objeto de investigación ninguna supuesta actuación delictiva de esta sociedad o de sus representantes y en consecuencia, tal como precisa el Fiscal en su informe las alegaciones del recurrente son totalmente parciales en cuanto a que se fundamentan tan solo en el hecho de haber participado esta sociedad en la suscripción del convenio de 27-10-2000.

El examen de este Convenio permite establecer con rotundidad, como así se hace en la sentencia, que efectivamente la sociedad Almar Casares no compró aprovechamiento alguno, sin perjuicio de que pudiera haberlo hecho en un momento posterior. Pero, además, la valoración del Sr. Ángel Jesús sobre el aprovechamiento del Sector UR-7.B tampoco prueba nada, pues se está refiriendo a un sector con una dimensión distinta y por ello con una cuantificación del aprovechamiento distinta al ser diversos las medidas por los conceptos de m2/suelo, m2/techo y número de viviendas a construir.



Ahora bien, el examen de la tasación del Sector UR-7.B efectuada el 25 de noviembre de 2002 por el Sr. Ángel Jesús sí permite establecer, por comparación, la escasa credibilidad que merece la valoración del Sector UR-7.A del año 2000. Basta comparar el apartado de gastos de urbanización que corresponderían al Ayuntamiento por cada Sector. Si en el año 2002 estos gastos para el Sector UR-7.B, con 32'54 hectáreas, eran de 234.617'77 euros (39.037.112'28 ptas), en el año 2000 estos gastos para el Sector UR-7.A, con 27'06 hectáreas, eran de 2.145.458'82 euros (356.974.312 ptas). Es indiscutible que ni la diferencia entre hectáreas (5'48 hectáreas) ni la diferencia entre los años de elaboración de ambas valoraciones (2 años) no justifican tan importante desproporción a la baja por el mismo concepto en el año 2002 y tan sólo habla de la pésima calidad de la valoración efectuada el 30 de octubre de 2000.

En lo que se refiere a la segunda cuestión, el planteamiento es totalmente engañoso, pues si la cesión del 10% del aprovechamiento urbanístico se integra en el patrimonio del Ayuntamiento y si en el convenio urbanístico se pactaba su sustitución en metálico, es indudable que estando implicado el interés público que procedía una previa valoración del aprovechamiento urbanístico que se cedía a MAJESTIC mediante el pago de una cantidad sustitutoria en metálico. En la sentencia, fundamento tercero, se examina la exigencia de tasación pericial previa a la firma del Convenio, fundamentándolo en el art. 16.1,b) de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, sobre Bienes de Entidades Locales de Andalucía: "en la enajenación, gravamen o permuta de bienes inmuebles patrimoniales se atenderá a las siguientes reglas, se valorará el bien por técnico competente". Y en el art. 118 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, normativa aplicable a la fecha de los hechos, que igualmente exige la valoración técnica previa a toda venta o permuta. Además, de las varias irregularidades cometidas en la formalización del Convenio, se precisa en la sentencia que fue firmado antes de su aprobación por el Pleno, conforme a lo exigido por el art. 22.2.c) de la Ley de Bases de Régimen Local.

En lo relativo a la compensación de deudas, el informe de las arquitectas D^a. Debora y D^a. Elena no acredita la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible -que en todo caso se refiere a la valoración realizada el 24-4-2008- ni tampoco la existencia de un acuerdo del Ayuntamiento para proceder a la extinción de la supuesta deuda por vía de compensación (art, 109 Ley Bases del Régimen Local) con un crédito a su favor generado el 27-10- 2000 y pendiente de pago los dos últimos plazos por importe de 216.364'36 euros, el 24-01-2003.

Por último el argumento de que la sentencia establece la validez del convenio para la sociedad Almar Casares y no para Majestic, no debe ser aceptado lo que la sentencia declara probado y que los acusados José y Luis eran conscientes de que el convenio era perjudicial para el municipio: primero porque el 10% del aprovechamiento urbanístico lo adjudicó directamente a Majestic por un valor inferior al de mercado; y segundo porque se acordó el aplazamiento del pago del precio en cinco plazos semestrales a contar desde el otorgamiento de la licencia de urbanización de los que Majestic sólo abonó tres, contraviniendo la legislación patrimonial, al ser requisito para la formalización de la venta bien el ingreso del precio en la cuenta municipal o bien, en el caso de precio aplazado, que se aporte garantía o aval suficiente, lo que no ocurrió, ya que aunque Majestic presentó como garantía una finca, no fue anotada al margen de la inscripción registral de la finca.

Pese a ello y a que, como se señala en el hecho probado primero A, El citado convenio, que inspiró la Modificación de Elementos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Casares para la división del Sector UR 7 en UR 7-A y UR 7-B y en el que se establecen las condiciones urbanísticas de cada sector tras la aprobación de la modificación de elementos, además de fijarse edificabilidad (se aumenta), densidad, ordenanza de edificación aplicable y Sistema de Compensación como Sistema de Actuación, sin embargo, se formuló sin que previamente se hubiese emitido informe favorable por los servicios técnicos y jurídicos pese a ser una materia compleja y afectar a normas imperativas: tampoco consta que se requiriese dicho informe ni para la firma del convenio ni para su posterior ratificación por el pleno: no se justificó previamente el interés general necesario para el cambio de los parámetros urbanísticos, ni el interés público o general en la enajenación de los excesos de aprovechamientos urbanísticos de propiedad municipal y, pese a ser preceptiva tasación pericial previa, la misma no existía a la firma del convenio, elaborándose con posterioridad, concretamente en fecha 30.10.00 por el arquitecto jefe de la Mancomunidad de Municipios, Ángel Jesús , la perfección de la monetización del 10% del aprovechamiento medio y su inscripción en el Registro de la Propiedad de Manilva se realizó mediante acuerdo de reparcelación aprobado por la Comisión de Gobierno de 05-09-2001 y formalizado el 12-09-2001, con el consentimiento y anuencia del Alcalde.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo undécimo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por aplicación incorrecta del art. 432 CP al considerar que los hechos constituyen un delito continuado de malversación de caudales públicos.

Así en cuanto al primer delito de malversación (infravaloración del 10% del aprovechamiento medio, insiste en la correcta valoración del perito St. Ángel Jesús que elige como método el residual estático del RD 1020/93,



de 25 de julio, sin que exista informe pericial que diga que dicha normativa no es aplicable y que su valoración está hecha en contra de ley. Por ello, incluso dando por válido que el informe de la Sra. Rafaela -que utiliza el método residual dinámico- no contenga error alguno, no existiría el tipo del delito del art. 432 CP que exigiría el conocimiento indubitado de que el informe de valoración realizado por un tercero ajeno al Ayuntamiento, conforme a la normativa vigente, contenía un valor necesariamente muy inferior al valor del mercado.

En cuanto al segundo delito de malversación (falta de pago de la totalidad del precio aplazado) considera imposible que la falta de pago de una deuda origina la existencia de este delito pues cabe exigirse el dolo antes del incumplimiento, que no puede predicarse de Majestic que abonó el 90% de las cantidades pactadas y el incumplimiento de los dos últimos plazos sólo daría lugar a la existencia de una acción civil o administrativa. Tampoco por no constituir garantía real, porque en la fecha en que se firma el convenio no existía normativa que obligara a su constitución y aunque existiera su infracción constituiría una infracción administrativa.

Asimismo alega que la competencia para la reclamación de las deudas no es del alcalde, que no ostenta la detentación material del caudal público, sino que corresponde al tesorero o al secretario/interventor del Ayuntamiento y por tanto, el alcalde no tiene facultad decisoria jurídica de detentación material del caudal, sin perjuicio de su competencia genérica como alcalde siendo esta insuficiente, pues el tipo delictivo exige una disponibilidad material y no la genérica sobre todo del Ayuntamiento.

Y por último, cuestiona que puedan darse los requisitos del delito continuado, al no existir conexión temporal alguna entre la fijación del precio del 10% del aprovechamiento y un pago, no existe unidad delictiva, que en cualquier caso estaría interrumpida por los pagos parciales del precio aplazado, y no existe homogeneidad del "modus operandi".

Dado que el acusado Luis plantea en su recurso en sus motivos segundo, tercero, cuarto y quinto, cuestiones también relacionadas con el delito de malversación de caudales públicos (interpretación extensiva de dicho delito al considerar que los aprovechamientos urbanísticos pueden integrar dicho delito y que puede ser su objeto material la infravaloración de los aprovechamientos urbanísticos; posibilidad del delito de malversación en comisión por omisión; presunción de la existencia de dolo en la conducta del recurrente; aplicación indebida del delito continuado, es necesario efectuar unas consideraciones generales respecto al referido delito de malversación.

Así la jurisprudencia tradicionalmente viene admitiendo (SSTS 238/2000, de 17 de marzo; 228/2013, de 22 de marzo) la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fé pública o la confianza en la correcta actuación administrativa, y de otra parte, en una dimensión patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Ente público o contra la Hacienda Pública.

No constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios o los particulares asimilados a ellos y se consuma con la realidad dispositiva de los caudales.

Al autor de la malversación, por un lado, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto de la administración, por otro lado, la apropiación por la que se consuma el delito de malversación recae sobre bienes públicos a los que el legislador puede dispensar una mayor protección que a los privados.

En este sentido la STC 65/86, de 22 de mayo, precisa que el legislador no ha vulnerado el art. 14 CE al prever sanciones distintas para los delitos de apropiación indebida y malversación de fondos.

Los presupuestos de este delito son:

a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente conceptos suministrados por el art. 24 CP, bastando a efectos penales con la participación legítima de una función pública.

No obstante esa consideración de delito especial, el tercero no funcionario si bien no puede ser autor conforme al nº 1 del art. 28 CP, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación-inducción y cooperación necesaria y si el particular resulta castigado lo es como partícipe de un delito especial que establece una sanción para el funcionario que infringe un deber específico reforzado que no incumbe personalmente al particular. Este podría ser cooperador necesario o inductor y aunque fuese protagonista también de la connivencia podría verse favorecido por la rebaja penológica facultativa del art. 65.3 CP, que la jurisprudencia habría ensayado a través de una atenuante analógica, antes de su plasmación legal por reforma LO 15/2003, de 25 de noviembre.



b) Una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material, pero no se precisa una inmediata posesión o tenencia siendo suficiente la mediata.

En efecto la doctrina jurisprudencial mayoritaria se decanta por una concepción amplia, interpretando el requisito "de tener a su cargo por razón de sus funciones" de modo flexible pero "imponerlo así la mejor protección del bien jurídico". Afirmación que lleva a la estimación en abarcar tanto aquellos supuestos en los que el funcionario se está atribuyendo la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposiciones sobre los mismos. Significa, además, no solo responsabilizarse de su custodia material, sino ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario.

SSTS 779/98, de 5 de junio y 1368/99, de 5 de octubre, que sobre un caso de vicepresidente de Diputación Provincial que hace suyos fondos públicos por un sofisticado sistema, sin que sea necesario que tenga la disponibilidad material de ellos y si su capacidad de disposición, llama la atención sobre que los sistemas de caja de la Administración Pública moderna han prescindido de los ancestrales métodos y lo fundamental, respecto de los caudales y fondos públicos, es la facultad o poder de disposición de las diferentes partidas de que se compone el presupuesto de una Corporación pública". Resultaría absurdo, desproporcionado y aberrante, desde el punto de vista de una política criminal coherente y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el ordenado, leal y normal funcionamiento de la Administración Pública) que resultaran beneficiados los rectores y dirigentes políticos de la Administración Pública frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas.

El funcionario, en sentido amplio, que tiene capacidad de gestión y gasto, responde del destino de los fondos públicos de que dispone y si emplea esas facultades para desviar los caudales hacia su propio peculio, comete incuestionablemente un delito de malversación de caudales públicos". Añade en un claro mensaje al sector doctrinal que se ubica en la concepción restrictiva que "desde la dogmática penal la solución es ajustada a los controles definidores de la condición de autor y fundamental del dominio del hecho" a pesar de su amplitud.

Y el Alcalde-Presidente de una Corporación es responsable de los caudales municipales, no exigiéndose que el funcionario tenga en su poder los fondos.

c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocida por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionarios legitimados, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público.

d) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales la conducta típica "sustrayendo" o "consintiendo que otro sustraiga" supone dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales descritos que implican apropiación con separación y con ánimo de aprovechamiento defraudativo ("animus rem sibi habendi") en sentido idéntico al usado por otros delitos patrimoniales. La segunda modalidad comisiva, constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no solo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado.

El término "sustraer" ha sido criticado por la doctrina, que considera más adecuado el de "apropiación sin propósito de ulterior reintegro", debiendo ser interpretado en el sentido de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos públicos apartándolos de su destino.

e) Animo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción (STSS 10 de octubre de 2009, 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013) se trata en definitiva de conductas de las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las presuntas actuaciones públicas, los separa de las mismas y extrayéndolas al control público, con ánimo de lucro, las incorpora a su patrimonio haciéndolos propios o consiente que otro lo haga.

El segundo extremo a resaltar sería que este ánimo de lucro que hemos mencionado - STS 653/2013 de 15 de julio, se identifica como en los restantes delitos de apropiación, con el "animus rem sibi habendi", que no exige precisamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.

No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. (STS 506/2014 de 4 de junio).



El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado. (STS 277/2015 del 3 de junio).

En cuanto al tipo subjetivo, el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de actuar. Según se desprende de la jurisprudencia relativa al delito de malversación de caudales públicos, el dolo genérico exigible comprenderá el conocimiento que los caudales que se sustraen pertenecen al Estado o a las administraciones públicas y que, por lo tanto, constituyen caudales públicos (SSTS 545/99 de 20 de marzo, 132/2010 de 18 de febrero). Del mismo modo exigirá el conocimiento del que con la conducta que se ejecuta tales caudales se sustraen de una finalidad pública.

DÉCIMO QUINTO.- Efectuadas estas consideraciones previas la primera cuestión que se plantea por las defensas -en especial por la de Luis , motivo segundo de su recurso- es si los aprovechamientos urbanísticos objeto del convenio de 27-10-2000 tienen cabida en el concepto de "caudales públicos" a que se refería el anterior art. 432 CP, junto con el otro elemento "efectos públicos".

-El actual tras la reforma LO 1/2015 habla de "patrimonio público".

La sentencia de instancia al analizar esta cuestión, tiene en cuenta la siguiente legislación:

1º Los arts. 33 y ss del RD 1093/97, de 4 de julio por el que se aprueban las normas complementarias del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, conforme al cual, el aprovechamiento urbanístico es un derecho considerado como un bien inmueble de la Administración Pública.

2º El art. 30 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, cuyo apartado 2, regla 2ª dispone "la cesión del aprovechamiento urbanístico correspondiente a la Administración urbanística, se integra en el respectivo patrimonio público de suelo. En los casos previstos en esta Ley en los que la cesión del aprovechamiento urbanístico se realice mediante permuta o por el pago de cantidad urbanística en metálico, el convenio incluirá la valoración de estos aprovechamientos realizada por los servicios de la Administración".

3º La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, art. 110.1.

Asimismo transcribe párrafos de la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, conocida como "caso Malaya", que fue ratificada por la STS 508/2015, de 27 de julio, que estimó que "los denominados aprovechamientos urbanísticos (en caso de planes de ordenación territorial no aprobados, declarados nulos y sin que hayan tenido vigencia) que se han cedido vía convenios suscritos con particulares (se hayan ejecutados o no las edificaciones), son actos "inmateriales" y "excluidos" del concepto de caudales públicos sustraibles a efectos del art 432 del CP., rechazándose una interpretación extensiva del concepto, en vía penal y contra reo, considerando así que el hecho no tiene cabida en este tipo penal.

No en vano, es distinta la actual redacción y regulación que sobre este tipo delictivo se realiza en el vigente Código Penal, que a tal fin recoge expresamente una doble remisión, el párrafo 1º al 252 y el párrafo 2º al 253, es decir a la Administración desleal (y en este se incluyen los inmuebles y los derechos de superficie, edificada, aprovechamientos, etc) por quien debe administrar el patrimonio ajeno(público en este malversación, del vigente código), y la apropiación indebida (253) referida a dinero, efectos, valores o cosa mueble.

Regulación actual más amplia, específica, concreta y detallada que la anterior, que procede de la necesidad de inclusión y de existencia de la ley expresa, previa, escrita y aprobada del hecho delictivo, y de donde se desprende que la inclusión anterior, siendo "cuanto menos dudosa", e implicaba, en aplicación del principio general del derecho penal de "in dubio pro reo" su no aplicabilidad".

También reproduce la STS 185/2016, de 4 de marzo que, si bien confirma la inexistencia de la malversación, parte, " *de que los aprovechamientos urbanísticos en general y los controvertidos en el caso en particular pueden constituir objeto del delito de malversación puesto que no hay obstáculo para entender que constituyen a estos efectos caudales públicos pues tienen un evidente valor patrimonial, valuable económicamente, y prueba de ello es que se ha cuantificado su importancia económica... Hay que recordar, que el delito de malversación en la redacción dada con anterioridad a la L.O. 5/2010 giraba sobre el término "sustracción"... Sustraer equivale a apropiarse o apoderarse o consentir que un tercero haga lo propio con caudales o efectos públicos que tengan a su cargo por razón de sus funciones la autoridad o funcionario público... Es evidente que si el Ente municipal cede un valor patrimonial constituido por dichos aprovechamientos urbanísticos a un tercero a cambio de los aprovechamientos anejos a la finca recibida que tienen un valor muy inferior se sustraen caudales públicos en perjuicio del Ayuntamiento. Sin embargo, la cuestión que se suscita es si el delito se ha consumado o no sobre la base de lo que acabamos de relacionar. El tipo definido en el artículo 432 CP es de resultado material en cuanto exige la sustracción, apropiación o apoderamiento por parte de la autoridad o funcionario o el consentimiento de que un tercero lo haga, de los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.*



Pues bien, la interpretación de la cláusula que hemos transcrito no puede ser otra que admitir que se trata de una obligación condicional sujeta a una condición suspensiva ex artículo 1113 CC porque depende la adquisición del derecho de un suceso incierto cual es no aprobarse de forma definitiva la revisión del Plan General de Ordenación Urbana en trámite o no recogerse en el que se apruebe el aprovechamiento urbanístico previsto para cada uno de los bienes objeto de la permuta. Es decir, no tratándose de una obligación pura sino condicional la eficacia del negocio estaba subordinada a la realización del suceso o los sucesos previstos por las partes y en esa fase de dependencia no existe un verdadero derecho de crédito sino lo que se ha denominado una obligación crediticia irrevocable, de forma que en relación con el primero solo podrá hablarse de una expectativa o derecho eventual. Es cierto que conforme al artículo 1120 CC producida la condición los efectos de la obligación se retrotraen al día de la constitución de aquélla. La condición no se cumplió y la cláusula de salvaguarda no se llevó a efecto, con independencia de la posterior declaración de nulidad del convenio cuyos efectos en este caso también deben retrotraerse al momento de su otorgamiento (aunque esta declaración no sería obstáculo para la consumación del delito en caso de concurrir todos sus requisitos, especialmente el desplazamiento patrimonial que comporta la sustracción). Por ello, admitiendo el delito de malversación la forma imperfecta de la tentativa, a lo más que podría llegarse es a calificar los hechos en grado de tentativa de malversación de caudales públicos. Sin embargo, habiendo sido aplicado a los mismos el delito de fraude a la administración ex artículo 436 CP, como el propio Fiscal reconoce cuando interesa la absolución por este delito caso de condena por el de malversación, nos encontraríamos con que el desvalor de la acción ya ha sido subsumido en el primero de los delitos citados."

Partiendo de tales antecedentes legales y jurisprudenciales, la Sala de instancia razona que " ... no existe obstáculo legal ni jurisprudencial alguno para considerar que los aprovechamientos urbanísticos son susceptibles de malversación y, con más sentido en este caso concreto pues, como se deriva del relato de hechos probados, entre el Alcalde del Ayuntamiento de Casares y la mercantil Magestic se formalizó el 27.10.00 una adjudicación directa mediante convenio de la monetarización del porcentaje de aprovechamiento urbanístico correspondiente al Ayuntamiento, siendo ésta, sin duda, una forma privilegiada de enajenación de los derechos integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo. Pues bien, lo concertado en dicho convenio afecto a las Modificaciones de las Normas Subsidiarias de Casares y a las Modificaciones el Plan Parcial de Ordenación del Sector UR-7 A, las cuales fueron aprobadas definitivamente... y, de hecho, son las Normas de Planeamiento que actualmente están en vigor en el municipio de Casares, a diferencia de lo ocurrido en el conocido como "Caso Malaya" en el que... los aprovechamientos urbanísticos cedidos a los particulares eran actos inmateriales excluidos del concepto de caudales públicos en la medida en que los planes de ordenación territorial no fueron aprobados, fueron declarados nulos y nunca estuvieron vigentes".

Y concluye en el fundamento jurídico tercero razonando que " la perfección de la monetarización del 10% del aprovechamiento medio y su inscripción en el Registro de la Propiedad de Manilva se formalizó mediante un Acuerdo de Reparcelación que se aprobó por la Comisión de Gobierno en fecha 05.09.01 y se formalizó el 12.09.01, se certificó por el Secretario Interventor, Juan Ramón, con el visto bueno del Alcalde, contraviniendo así lo dispuesto por el Reglamento de Gestión Urbanística y el Reglamento sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, y ello porque, por un lado, la garantía no se llegó a formalizar en el registro de la Propiedad (certificación literal del Registro de la Propiedad de Manilva sobre la parcela NUM002, finca nº NUM003, libro NUM004, tomo NUM005) y, sin embargo, se inscribió a favor de Magestic Land; por otro lado, tampoco se elevó a escritura pública el acuerdo, requisito indispensable para su validez conforme exigen los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria, artículos 41.1 y 43.1 RD 1093/1997, de 4 de julio.

...De hecho, la garantía ofrecida no era legalmente válida porque el art. 134 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas dice que el órgano competente para enajenar los bienes o derechos podrá admitir el pago aplazado del precio de venta..., siempre que el pago de las cantidades aplazadas se garantice suficientemente mediante condición resolutoria explícita, hipoteca, aval bancario, seguro de caución u otra garantía suficiente usual en el mercado. El interés del aplazamiento no podrá ser inferior al interés legal del dinero...

No constaba el preceptivo informe del secretario municipal (pese a que se trataba de impulsar la Modificación de Elementos de las NNSS, esto es, Planeamiento General y, por tanto, se requiere mayoría absoluta) ni su firma como fedatario público...El convenio se firma, además, antes de que lo aprueba el Pleno...

El Alcalde, por tanto, hizo dejación de sus competencias pues, según lo dispuesto en el art.21.1.r) de la LRBRL 7/1985 de 2 de abril, ya expuesto, el Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta, entre otras, las siguientes atribuciones: <<ordenar la publicación, ejecución y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento>>.

Para concluir el análisis de este delito hemos de decir que concurren, por tanto, los elementos del delito de malversación de caudales públicos en la medida en que:



1.- Los aprovechamientos urbanísticos fueron monetarizados a favor de la mercantil Magestic con las deficiencias observadas -sin informes técnico-administrativos previos, sin tasación pericial previa-, por un valor inferior al de mercado ya que fueron vendidos por 90 millones de pesetas (540.910,89 euros), siendo el valor de mercado seiscientos setenta y seis mil ochocientos veintinueve euros (676.829 euros), según la valoración elaborada por la perito judicial Sra. Rafaela ..., logrando con ello los acusados, Luis y José, la sustracción al Ayuntamiento de Casares de fondos públicos a favor de la mercantil Magestic Land SA por importe de ciento treinta y cinco mil novecientos dieciocho euros con once céntimos de euro (135.918,11 euros).

2.- Magestic Land no llegó, siquiera, a abonar íntegramente su importe pues dejó de pagar dos de los cinco plazos en los que se fraccionó. Así lo demuestra el informe emitido por la Tesorera del Ayuntamiento de Casares en fecha 16.04.13... en la contabilidad municipal aparece reconocido como pendiente de ingreso, por parte de Magestic Land S.A., el importe de 216.364'36 euros...

La mercantil citada incorporó a su citado patrimonio dichos aprovechamientos urbanísticos con los beneficios económicos que ello le reportó...

En el supuesto de autos, dadas las circunstancias del convenio y las irregularidades administrativas explicitadas en el relato de hechos probados, la finalidad de perjuicio perseguida es evidente pues los acusados, Luis y José, se pusieron de acuerdo para favorecer los intereses particulares del entramado empresarial de Magestic en perjuicio de los de la Administración, siendo el primero autor y el segundo cooperador necesario del mencionado delito".

Razonamiento este que no puede ser asumido en su totalidad.

En efecto es cierto que en reciente STS 362/2018, de 18 de julio, hechos dicho que el término "caudal", es definido como "hacienda, bienes de cualquier especie y más concretamente dinero", pero semejante definición, manifiestamente amplia, tiene en la doctrina y en la jurisprudencia su correspondencia jurídica equiparable aunque mas limitada.

Existe acuerdo inicial en el sentido de incorporar al concepto todo valor mueble con relevancia económica. En este sentido la jurisprudencia mayoritaria ha definido descriptivamente a los caudales o efectos -estos últimos hay que entenderlos como una variedad de bienes muebles distintos del dinero, pero con la misma amplitud- como "cualquier clase de bienes muebles y con valor económico, dinero, efectos negociables y otros bienes o derechos que forman el activo de un patrimonio público.

Por tanto, habría que recordar que por caudales o efectos puestos a su cargo ha de entenderse no solo el metálico, sino que el concepto penal de "caudales" es mucho más amplio abarcando sin ánimo exhaustivo, billetes de lotería, el capital de sociedades públicas, los bienes muebles y en general cualquier clase de bienes y con valor económico, dinero, efectos negociables de otros bienes o derechos que forman parte de su activo de un patrimonio público y también cualquier bien y fuerza de trabajo, incluidos por consiguiente aquellos supuestos en los que se utiliza a un empleado municipal en horas en las que debe prestar sus servicios en el Ayuntamiento y se beneficia de dicho trabajo un particular. En tal sentido STS 608/1994 de 18 de marzo, 986/2005 de 21 de julio. En definitiva a los efectos del delito de malversación deberá entenderse por caudales públicos todo bien mueble susceptible de una valoración económica, así como la distracción de bienes o servicios públicos, cuyo importe corra a cargo de la Administración. (STS 470/2014 de 11 de junio).

Desde esta perspectiva, en caso de enajenaciones de aprovechamientos urbanísticos de propiedad municipal a precio irrisorio puede entenderse factible la subsunción de tal conducta en el ámbito del delito de malversación propia del art. 432 del CP en cuanto podrían incluirse en el concepto de efectos públicos. Y ello pese a que civilmente se consideren bienes inmuebles susceptibles de inscripción registral independiente, ya que no fuerza la debida interpretación penal de dicho término el acudir a un concepto económico contable recogido en la Ley 7/99 de 29 de julio de bienes de Entidades locales de Andalucía, como efectos públicos ya que el empleo de dicho término en el art. 432 CP no puede ser entendido de manera meramente redundante, sino con libertad y autonomía propia. De acuerdo con la doctrina contable el objetivo de todo activo es su transformación en liquidez lo que haría aplicable el tipo de malversación a la notoria infravaloración de dichos aprovechamientos mediante convenio, instrumento este que conlleva un acto de liquidación de la propia valoración de un bien objeto del mismo que permite hablar de activos líquidos.

Ahora bien la sentencia de instancia considera cometido este delito de malversación en que el convenio de 27-10-2000 suscrito por el alcalde y Magestic, se enajenó el 10% del aprovechamiento urbanístico del Sector UR-7A por un precio inferior al valor de mercado y con las irregularidades en su tramitación que se detallan en el hecho probado y a las que ya se ha hecho referencia (precio aplazado sin garantía, falta de informes previos favorables de los servicios técnicos y jurídicos, no justificación del interés público o general, falta de tasación pericial previa).



Siendo así en relación al precio acordado, 540.910'89 euros -según informe pericial del Sr. Ángel Jesús - pudiera ser inferior al del valor de mercado, 676.829 euros, según el informe pericial judicial, lo cierto es que tal como dijimos en la STS. 362/2018, de 18 de julio antes citada, la fijación en una compraventa de un precio que resulta inferior al normal, carece de trascendencia y relevancia en orden a la validez del contrato, dado que en nuestro derecho " el pretio vitiari facti" no origina la invalidez radical del contrato, por no estimarse indispensable la existencia de exacta adecuación entre el elemento integrante del precio y el verdadero del bien enajenado, con relación a la percepción de beneficio para el enajenante.

El Código Civil no recoge el requisito de que el precio sea justo, en el sentido de que será el que hayan pactado las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad, prescindiendo del valor real de las cosas. No se debe confundir valor con precio. Por ello no obsta a la existencia y la validez inicial del contrato el hecho de que el precio pactado sea inferior al valor real, por lo que salvo, claro está, que el precio sea simbólico o irrisorio, no podría, por sí solo, dar lugar o equipararse a la "sustracción" propia de la malversación. No olvidemos que en este caso la diferencia entre el valor fijado en los dos informes periciales es de apenas el 20%.

A mayor abundamiento la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo la teoría de la imputación objetiva, por lo que será condición de la adecuación el aprovechamiento de dicho tipo objetivo el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente el dolo, por lo que quien actúa pese a tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado.

En el caso presente, tal como acertadamente señala la defensa del recurrente Luis en su motivo cuarto en relación a la existencia de dolo en la actuación de su representado, la apreciación del elemento subjetivo del delito de malversación requiere acreditar que el recurrente se representó el riesgo de cesión del patrimonio público, lo que precisaría comprobar que se representó y asumió voluntariamente que la valoración dada a los aprovechamientos urbanísticos era inferior al valor de mercado, y no puede inferirse tal dolo de la mera circunstancia objetiva de que aplicando el método de valoración asumido en la sentencia resulta una infravaloración de aquellos derechos.

Por tanto, resultando de la prueba pericial practicada que es una cuestión controvertida el método que debió aplicarse en ese momento -fecha del convenio para la valoración de los aprovechamientos urbanísticos - residual dinámico o residual estático- no puede inferirse de modo razonable que los acusados, en el momento de la firma del convenio, actuasen con conocimiento de que el valor de los aprovechamientos fijado en el mismo era inferior al valor de mercado de aquellos -en base a un informe pericial practicado 14 años después- causando con ello un perjuicio al Ayuntamiento.

DÉCIMO SEXTO.- La segunda cuestión planteada se refiere al segundo delito de malversación -falta de pago de la totalidad del precio- que constituye asimismo el motivo tercero del recurso interpuesto por el coacusado Luis al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 432.1 en relación con el art. 11 CP al haber sido condenado por un segundo hecho de malversación en comisión por omisión.

La pretensión de los recurrentes también deberá prosperar.

Es cierto y así lo hemos razonado en el fundamento jurídico precedente que no se exige que el funcionario o autoridad tenga en su poder los fondos públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca el servicio al que figura adscrito. Lo trascendente no viene determinado por el formalismo de la atribución normativa de las competencias respecto de la custodia de los caudales, sino por el hecho de que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición sobre los servicios, que le haya facilitado por su condición de servidor público y que le permita en la práctica, cualquiera de las conductas contenidas en la norma: la sustracción para sí o el consentimiento en la sustracción por tercero de esos caudales.

En el caso presente la acción omitida: la reclamación de la deuda, no depende directamente del Alcalde, sino de otras personas, como el concejal delegado de urbanismo, la secretaria interventora o la tesorera del Ayuntamiento. Por tanto no puede atribuirse al alcalde la responsabilidad por un hecho ajeno a su ámbito de decisión o dominio, cuando el funcionario a quien compete el deber específico de hacer efectivo el derecho de crédito está perfectamente identificado y no existe en la sentencia ningún elemento de prueba que permita sostener que la falta de reclamación administrativa de la deuda haya sido por decisión consciente del recurrente y no por la acción negligente del funcionario competente, siendo relevante la testifical de D^a. María Cristina al contestar a la pregunta de que si recibió alguna orden expresa del alcalde para no reclamar las deudas de Majestic, en el sentido de que "jamás ni de él, ni de Majestic, ni de nadie".



La cuestión ha de analizarse desde la perspectiva de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del art. 11 CP.

Para ello, como hemos dicho en STS 682/2017, de 18 de octubre, debemos partir de que dentro de los delitos de omisión se distingue entre los llamados de omisión propia pura y los de omisión impropia, también denominados de comisión por omisión, para cuya diferenciación suele los primeros vincularse a los delitos formales o de simple actividad y los segundos a los delitos materiales o del resultado externo.

Así la doctrina más autorizada diferencia en la omisión propia el sujeto se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, para combatirlo, dejando que siga su curso y sin responder del resultado, en tanto en la comisión por omisión, ésta crea, desencadena e incrementa el peligro de cuyo resultado responde el sujeto. Por ello la dificultad de distinguir la cooperación en los delitos, de la omisión del delito del artículo 450 CP, ha de resolverse a favor de la primera cuando el agente está involucrado en la misma acción delictual, u ostenta una posición de garante que le obliga a impedir que se produzca el resultado.

En efecto, como hemos dicho en SSTS 37/2006 de 25 enero, 716/2009 de 2 julio, 25/2015 de 3 febrero, y 17/2017 de 20 enero, la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Por ello es incuestionable desde el punto de vista jurídico que cuando el sujeto de la infracción no evita pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante. Tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuye al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico.

Pues bien la jurisprudencia, por ejemplo SSTS 1480/ 99 de 13 octubre, 27/2007 25 enero, ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual art. 11 CP., se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice)
- b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, formalmente, el art. 11, apartado b) CP., cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.



En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

Por tanto si conforme al art. 11 CP los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación, en el caso que nos ocupa no puede equivaler la omisión de la acción de reclamar el particular la deuda que tiene con la Administración a la acción típica de "sustraer o consentir que otro sustraiga" los caudales públicos, pues la acción de exigir administrativamente su pago no garantiza efectivamente el cobro y en todo caso, el dinero que constituye el precio, no se encuentra incorporado al patrimonio público y por tanto, no puede ser sustraído. Y en todo caso, el derecho de crédito que ostenta la Administración frente a Majestic, subsiste por lo que no existe perjuicio definitivo en el patrimonio público. La deuda que Majestic mantiene con el ayuntamiento derivada de la venta de los aprovechamientos urbanísticos en el convenio de 27-10-2000, supone un derecho de crédito que no se ha extinguido. La deuda subsiste y puede ser reclamada. No hay sustracción de dinero del patrimonio del Ayuntamiento, pues el derecho de crédito forma parte de su activo patrimonial.

Consecuentemente, como señala el recurrente Sr. Luis , se podrá discutir la posibilidad de que la omisión pudiera ser expresiva de un comportamiento de gestión desleal y que su conducta de no reclamar administrativamente el pago de una deuda fuese constitutiva de un delito de fraude, delito de mera actividad, o incluso, al igual que el resto de irregularidades en la tramitación del convenio, un delito de prevaricación administrativa del art. 404, delito no homogéneo respecto a la malversación y por el que el Ministerio Fiscal no ha formulado acusación.

En base a lo razonado los recursos deben ser estimados y absueltos José y Luis del delito de malversación.

DÉCIMO SÉPTIMO.- El motivo duodécimo por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim por falta de expresión en la sentencia clara y terminantemente en los hechos que se consideran probados y que constituyen el delito de fraude en la contratación.

Alega que la sentencia condena por un solo delito de fraude del art. 436 CP en relación con los convenios suscritos el 02-06-2004 y 22-07-2004, pero en los hechos probados se limita a referir las supuestas irregularidades administrativas en la tramitación de dichos convenios, pero no fija -ni en los hechos ni en los fundamentos jurídicos en cuál de los dos convenios entiende se ha cometido el único delito de fraude por el que condena y en qué ha consistido dicho concierto entre autoridad o funcionario público y el interesado, en qué consistió la defraudación o el importe de ésta, y la relación entre los dos convenios, pues si bien el primero está referido al Sector UR-7-A, el segundo lo está en relación con el Sector UR-15.

El motivo se desestima.

La jurisprudencia, por ejemplo STS 945/2004, de 23-7; 94/2007, de 14-2; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita en comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, pro la sociedad en su conjunto, en cuando pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia haría relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relativo de hechos constanding de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probado o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9; 559/2002, de 27-3).



Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1006/2000, de 5-6; 471/2001, de 22-3; 717/2003 de 21-5; 474/2004, de 13-4; 1253/2005; de 26-10; 1538/2005, de 28-12; 877/2004, de 22-10; 24/2010, de 1-2) hacer viable a este motivo son los siguientes.

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considerar probado.

Este requisito compuesta, a su vez, la exigencia de que el vicio provisional de la fallo de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podría oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y sobre ser gramatical, sin que para su alegación frente a una falta de comprensión lógica a argumental, cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) la incomprensión, la ambigüedad, etc...del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) además la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declare probado.

Bien entendido que, como hemos precisado en STS 24/2010, de 1 de febrero, "la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que, como la contradicción es vicio puramente interno de éste, que solo surge por omisiones fácticas, sintácticas o vacíos de de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos.

Por ello, se insiste en que no concurre este quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el tribunal puede no considerar probados o simplemente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origine incomprensión del sentido del texto.

La solución a las omisiones en los hechos probados -decimos en STS 30-09-2005 -no viene por el cauce utilizado por el recurrente- falta de claridad del art. 851.1 LECrim sino por la vía del art. 849.2 LECrim.

DÉCIMO OCTAVO.- El motivo decimotercero al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 y 850.1 LECrim denuncia infracción del art. 24.1 CE al haberse producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que origina indefensión, al condenar por un delito de fraude en la contratación por los convenios de 02-06 y 22-07-2000, cuando el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas no formuló acusación por delito de fraude por dichos convenios.

Dado que en el motivo octavo al denunciar la vulneración del principio acusatorio ya se planteó esta denuncia, nos remitimos a lo allí argumentado en orden a su desestimación.

DÉCIMO NOVENO.- El motivo decimocuarto al amparo de los arts. 5.4. LOPJ y 852 LECrim denuncia infracción del art. 24.2 CE al haberse producido vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar al acusado por delito de fraude en la contratación, debe ser analizado conjuntamente con el motivo décimosexto por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por aplicación incorrecta del art 436 al considerar que los hechos constituyen un delito de fraude en la contratación, dado que el recurrente al desarrollar el primero de los motivos comienza con el convenio de 22-06-2004 y alega que ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos se describe en qué ha consistido el supuesto fraude, limitándose a describir unas supuestas irregularidades administrativas que en la realidad no son tales.

- Se dice que cuando en el fundamento tercero se afirma que la única beneficiada por el incremento de la construcción de viviendas pactado en el Convenio fue MAGESTIC, quedando al margen el resto de los propietarios del Sector UR-7.A, no ha tenido en cuenta que el techo del sector permanece inalterable y lo único que se pacta es un incremento de densidad pasando de 13/ hectárea a 16 viviendas/hectárea, incremento totalmente legal, ya que la ordenanza T1 permite una densidad global de 25 viviendas/hectárea, como así resulta del informe favorable de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía (folios 1.806 a 1.808 del Tomo V).

Por otra parte, el resto de los propietarios del Sector quedaron al margen, porque no intervienen en la modificación, ni aportan nada por la modificación. En cambio, consta en el citado informe de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas que "... se propone un aumento de zonas verdes para el sector de 2.000 m2, considerando una superficie de 8.13m2/hab, superior al estándar mínimo de 5.00 m2/hab del R.P.", lo que conforme al informe pericial del Sr. Bernabe se traduce en que el resto de los propietarios de



suelo del Sector UR-7.A no salen perjudicados, porque MAGESTIC corre con las aportaciones de los suelos necesarios para cubrir las necesidades del nuevo plan parcial, paga íntegramente la aportación económica de 130.000 euros, y corre con los gastos de mejora de la urbanización, como, por ejemplo, el aumento de las plazas de aparcamiento. Es cierto que hubo un propietario, D. Juan María, que presentó un recurso contencioso-administrativo contra la modificación de las NNSS, pero luego no formuló demanda, dejando caducar el recurso. Además, cualquier propietario del Sector pudo solicitar su inclusión en la Junta de Compensación, lo que se hace con un simple escrito.

- No es cierto que sea preceptivo el informe jurídico o técnico para fijar la cantidad de 130.000 euros que MAJESTIC donó al Ayuntamiento, ya que estas donaciones suelen ser exigidas por los Ayuntamientos sin que, como explicaron los peritos Sra. Rafaela y Sr. Bernabe, exista norma que exija la existencia de informe jurídico o técnico previo para fijar la cantidad.

- Tampoco es cierto que el Ayuntamiento no participara en las plusvalías, pues lo hizo a través de la cesión del 10% del aprovechamiento medio consecuencia de la Modificación de las NNSS aprobadas definitivamente por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo con fecha 14/03/2001.

- Respecto de la omisión de la publicación del Convenio en el BOP, se alega que tal omisión podrá ser causa de anulabilidad, pero no tiene trascendencia sobre los instrumentos de planeamiento y de gestión aprobados tras él, que, por otra parte, no han sido impugnados.

- En cuanto a la falta de inclusión del Convenio en un registro público, señala que los convenios formalizados por la administración local tienen que ser inscritos en el registro creado por el propio municipio (Decreto 2/2004, de 7 de enero, de la Junta de Andalucía que regula el Registro Autonómico) y el Registro del Ayuntamiento de Casares no se constituyó hasta el 3 de mayo de 2005 (BOP de Málaga nº 114 de 16 de junio de 2005), por consiguiente, a la fecha de la firma del convenio de 2 de junio de 2004 no existía Registro.

- Finalmente, en lo que se refiere a la modificación de las NNSS aprobadas a raíz del Convenio de 2 de junio de 2004, precisa que, si bien no consta la publicación de la aprobación definitiva de la Modificación de las NNSS en el BOP, la consecuencia de esta irregularidad no era una cuestión clara, como se puso de manifiesto con la respuesta dada a la Guardia Civil por el Delegado Provincial de la Junta respondió que "dada la complejidad de la cuestión, las consecuencias que pudiera tener la contestación, así como la conveniencia de establecer un único criterio, procede que la contestación a este apartado de la consulta sea realizada por los Servicios Centrales de la Consejería de Obras Públicas y vivienda" y en el desarrollo del motivo decimosexto alega que no se determina en la sentencia de cual de los dos convenios, el de 02-06-2004 que analiza el apartado 3.2 b.a) o el de 22-07-2004, que analiza el apartado 3.2.b).b), se ha cometido el fraude por el que condena (no solo delito objeto de condena) pues ambos tienen objeto diferente y participan personas jurídicas diferentes. Insiste en que en los hechos probados no consta en qué ha consistido la defraudación del Ente Público, pues respecto al convenio de 02-06-2004, el aumento de densidad de 13 a 16 viviendas estaba permitido, pues el límite que tiene el Sector es de 25 viviendas/hectárea. Y en cuanto al convenio de 22-07-2004, a las entidades mercantiles que lo suscribieron no les era necesario el convenio y probablemente fue engañado a ello, pues pudieron dirigirse directamente al Equipo redactor del Planeamiento General para solicitar la inclusión del suelo o la modificación de su clasificación, sin necesidad de haber cedido gratuitamente cuatro fincas rústicas al Ayuntamiento, organismo que a día de 09-09-2016, fecha de emisión del certificado de la Secretaria del Ayuntamiento no ha aprobado la revisión del PGOU.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

En efecto como hemos recordado en reciente STS 362/2018, de 18 de julio, en cuanto al delito de fraude a la administración la tipicidad exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la administración y no es preciso la existencia de un concreto perjuicio, sino su persecución por parte de los funcionarios públicos encargados de un proceso de contratación pública, que se conciertan con el interesado en la actuación administrativa:

Es un delito de simple actividad, con una finalidad perseguida, un elemento subjetivo del injusto que es identificado con la preposición "para", describiendo la finalidad pretendida. La defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza. No requiere que el funcionario se haya enriquecido personalmente, ni que la administración correspondiente haya sido sujeto pasivo de una acción que le haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito por el contrario, se consuma por el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio de la entidad pública. Se trata de un delito que protege tanto el lícito desempeño en la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes el cargo puede generar al mismo.



En esa tipicidad no es precisa la efectiva realización del perjuicio, sino su persecución y a esa declaración de concurrencia puede llegarse a partir de una prueba que acredite, por ejemplo, la venta por debajo de un precio procedente o a través de un análisis de la situación concurrente en el hecho del que resulta esa intención.

En este sentido una reiterada jurisprudencia de esta Sala ratifica que la tipicidad en el delito de fraude se alcanza con la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de artificios con la finalidad de llevarlo a cabo (SSTS 806/2014, de 23 de diciembre, 797/2015, a 13 de diciembre, 185/2016, de 4 de marzo.)

Pues bien la sentencia en el hecho probado comienza declarando que "el acusado Luis , Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Casares..., entre los años 2000 y 2006, guiado por un ánimo de enriquecimiento injusto y en connivencia con el también acusado José , aprovechando el cargo público que ostentaba, pactó con José los convenios urbanísticos que, a continuación, se relacionan y que motivaron la modificación del Planeamiento Urbanístico de Casares con la única intención de beneficiar al entramado societario de Magestic..."

Así con relación al Convenio de 2 de junio se dice que ambos acusados en la representación que ostentaba cada uno "conciertan incrementar la densidad de viviendas aplicable, proponiendo mejorar dicho parámetro de 13 viv/hec a 16 viv/hec en el Sector UR7-A del término municipal de Casares, siendo la mercantil "Magestic" la beneficiada por el incremento de la construcción de viviendas al afectar únicamente a las parcelas de su propiedad que, precisamente, la promotora no había conseguido vender". Por tanto, no se trata tanto de si la densidad de edificación estaba permitida o no como de que se trató de privilegiar los intereses de MAGESTIC, sin garantizar la justa distribución de beneficios y cargas (art. 3.1 f) de la Ley 7/2002) con los otros propietarios de parcelas en el mismo Sector.

Respecto del Convenio de 22 de julio de 2004 se establece que "el objeto de este convenio era incluir en el nuevo PGOU de Casares la recalificación de Suelos No Urbanizable a Suelo Urbanizable Sectorizado situados en Paraje Linares Casares, privilegiando en la modificación urbanística a las fincas propiedad de Magestic al transformar su calificación urbanística", describiéndose seguidamente, con dejación deliberada de sus funciones por parte del Alcalde, las irregularidades cometidas en su tramitación que, tratándose de un convenio urbanístico de planeamiento, se plasman en la ausencia de justificación del interés público implicado en la recalificación del suelo, con merma del derecho de participación de los interesados o afectados por no haber sido sometido al trámite previo de información pública, inscripción en el Registro autonómico o municipal, ni publicación en el BO de la Provincia.

Del anterior relato fáctico lo que podría declararse probado es la existencia de un concierto comercial entre José y Luis para a través de los convenios modificar el planeamiento urbanístico de Casares en exclusivo beneficio de los intereses de las sociedades del entramado Magestic, pero no determina en qué ha consistido el concierto para defraudar al Ayuntamiento.

Así en el convenio de 02-06-2004 se persigue el aumento de densidad del Sector UR-7A de 13 a 16 vivienda/ha, y como resulta del informe de la Junta de Andalucía de 08-01-2004 (folios 1806 y 1807) el límite que tiene el sector es de 25 viviendas/ha. Por lo tanto siendo el objeto del convenio lícito y permitido por la norma vigente (NNSS aprobadas por resolución de 14-03-2001. La sentencia refiere una serie de irregularidades administrativas, pero no concreta ese concierto para defraudar al Ayuntamiento, que no se identifica con el de favorecer a Magestic.

El convenio de 22-07-2004 no se refiere al Sector UR-7A, sino que el suelo está en el Sector UR15 y su objeto era incluir en el PGOU de Casares la recalificación de suelos no urbanizables a suelo urbanizable sectorizados situados en Paraje Linares de Casares. La sentencia no determina en qué ha consistido el concierto fraudulento para defraudar al ente público Ayuntamiento, cuando consta que Magestic entregó las fincas rústicas NUM008 , NUM009 , NUM010 y NUM007 , valoradas en 721.214 euros (escritura cesión obrante a los folios 77 y ss), bienes que figuran incluidos en el Inventario Municipal como bienes patrimoniales y por el contrario el Ayuntamiento no ha realizado las modificaciones de NNSS ni aprobado la revisión del PGOU (certificado de la Secretaría de Ayuntamiento a fecha 09-09-2016 en el que se hace constar que "el PGOU se encontraba solo en Fase de Avance, no habiéndose producido la aprobación inicial que corresponde al Ayuntamiento".

Las irregularidades en la tramitación de estos convenios podrán constituir en su caso, un delito de prevaricación administrativa del art. 404, pero no el delito de fraude.

VIGÉSIMO.- No obstante lo anterior, en relación al convenio de 27-10-2000, como la sentencia de instancia considera que la concertación para defraudar que de él se deriva -que constituiría fraude- se tradujo en una lesión efectiva del patrimonio público, malversación -opta por aplicar este último precepto que comprende todo el desvalor de la conducta, la absolución en esta vía casacional por este último delito y roto por ello, el concurso de normas que apreció la sentencia recurrida permite a esta Sala casacional analizar la posibilidad



de comisión del delito de fraude, dado que la imposibilidad de subsumir los hechos en el tipo penal más grave determina la posibilidad de subsunción en el delito absorbido.

Siendo así si bien respecto al primer delito de malversación objeto de acusación, las normas para su atipicidad subsistirían en relación al delito de fraude, no sucede lo mismo con el segundo de los delitos relativo al aplazamiento del pago del precio de los aprovechamientos y el impago de los dos últimos plazos.

En efecto el concierto para defraudar y la posibilidad real de producción del perjuicio se deriva de la falta de adopción de las garantías necesarias en relación al pago aplazado, lo que no ocurrió en el caso presente pues la garantía ofrecida no era admisible conforme a las normas urbanísticas y no fue anotada en el Registro de la Propiedad.

Omisión de garantía que avalase la deuda que el recurrente omitió exigir de forma consciente y deliberada y que, obviamente, dificultaba al Ayuntamiento la posibilidad del cobro de la deuda aplazada y no satisfecha, que puede subsumirse en el delito del art. 426 que, como ya hemos indicado, no requiere para su concesión la efectiva producción de un resultado sino el concierto del funcionario para ello.

VIGÉSIMO PRIMERO.- El motivo décimo quinto por infracción de ley del art. 849.2 LECrim que resulta de documentos literosuficientes y auténticos obrantes en autos y ello en relación al hecho probado primero B) y C) y segundo y considerar que los hechos constituyen un delito de fraude.

Referido el motivo a los convenios de 02-06-2004 y 22-07-2004, la estimación respecto de ellos de los dos motivos precedentes hacen innecesario su estudio.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El motivo décimo séptimo por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim por la falta de expresión en la sentencia clara y terminantemente de los hechos que se declaran probados y que constituyen el delito de prevaricación urbanística.

Alega que el hecho probado tercero relativo a las licencias urbanísticas contiene dos apartados: el 3.1. relativo a la licencia municipal de obras para la ejecución de las obras de nueva planta de 115 viviendas, y el 3.2. relativo a la licencia de primera ocupación para 40 viviendas.

El recurrente es acusado en concepto de "inductor" de un delito de prevaricación urbanística, pero en el hecho probado no se contiene hecho del que se derive que el Sr. Mani haya inducido a una autoridad o funcionario público a informar un proyecto de edificación o la concesión de licencia contraria a norma urbanística -tal como exigía el art 320 CP vigente al tiempo de los hechos- sino que ya emitida una licencia de obra conforme a la legalidad vigente, insta a la autoridad a la entrega de la licencia sin abonar previamente la tasa.

Además en el escrito de calificación provisional el Ministerio Fiscal incluyó un apartado B.3 y consideró la liquidación de los caudales públicos derivados de las licencias y la falta de pago de la tasa previo a retirar la licencia de obra de las 115 viviendas como un delito de prevaricación administrativa, y sin embargo en el escrito de calificación definitiva el Ministerio Fiscal elimina el apartado B.3 del escrito de acusación y lo introduce en el apartado B.1 como prevaricación urbanística. Ello vulnera el derecho de defensa y origina una evidente oscuridad en la sentencia.

El motivo se desestima.

Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el motivo duodécimo sobre el alcance del vicio "in iudicando" del art. 851.1 LECrim, fácil se colige que el desarrollo del motivo no se corresponde con el quebrantamiento de forma denunciado, limitado a que en la sentencia en el apartado de hechos probados, y no en la fundamentación jurídica, se contengan frases o expresiones que por su oscuridad o ambigüedad la hagan incomprensible.

VIGÉSIMO TERCERO.- Articula a continuación sus tres motivos: *el décimo octavo* al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 CE al haberse producido vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar por delito de prevaricación urbanística; *el décimo noveno* por infracción de ley, art. 849.2 error en la apreciación de la prueba que resulta de documentos literosuficientes y auténticos, en relación al hecho probado segundo y tercero y considerar que los hechos constituyen un delito de prevaricación urbanística; y *el vigésimo* por infracción de ley, art. 849.1 LECrim por aplicación incorrecta del art. 320 CP al considerar los hechos constitutivos de un delito de prevaricación urbanística.

Motivos, a su vez, coincidentes con el motivo séptimo del recurrente Luis al amparo del art. 852 LECrim por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, proceso con todas las garantías en relación a la condena por delito de prevaricación urbanística que pueden ser analizados conjuntamente, en cuanto, postulan el mismo pronunciamiento: que las omisiones o defectos en la tramitación de los expedientes administrativos de modificación de Elementos del PPO dicho sector



podrán constituir nuevas irregularidades administrativas pero nunca omisiones burdas de la legalidad vigente o "quebrantamiento brusco de la legalidad vigente" que puedan tener relevancia penal o que sean encuadrables en el tipo vigente del delito de prevaricación urbanística. Delito este cuyo bien jurídico protegido y la utilización residual del mismo como recurso limitado y la ordenación de su uso al interés general.

Los motivos deberán ser estimados.

En relación a la prevaricación urbanística ésta supone la infracción a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal.

La jurisprudencia de esta Sala por todas SSTs 562/2009, de 18 de mayo y 362/2018, de 18 de julio, asumiendo explícitamente en el ámbito de la autoría la categoría de los delitos de infracción de deber, señala que "el delito prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal".

La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción del deber el funcionario y ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la administración, a través suyo tutela.

La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar (STS 28-5-2009).

Por lo demás, se aplican los criterios generales apreciables en la prevaricación administrativa. En este sentido es clarificadora la STS 363/2006 de 28-3, que recuerda que el delito de prevaricación urbanística del art. 320 no es sino una especialidad del delito más genérica de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Ahora bien, el control de la legalidad de los actos de los órganos de la Administración Pública precisa la STS. 766/99 de 18.5 corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que ocupando y desempeñando las funciones propias de órganos de la administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito. Los jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 CE. destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que establece y proclama el art. 9.1 CE. Los Jueces y Tribunales no controlan, pues, a la administración pública, sino que sencillamente, declaran cuando procede ejercer el "ius puniendi" del Estado contra la persona -autoridad o funcionario- que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penalmente típico.

Efectuada esta precisión debemos insistir en que nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza, la normativa urbanística, lo que implica algunas diferencias. Así la modalidad genérica del art. 404 exige que el funcionario, además de una actuación "a sabiendas de su injusticia", produzca una resolución arbitraria. En la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente "a sabiendas de su injusticia". En ambos casos, el contenido de la acción es similar pues la arbitrariedad es una forma de injusticia de ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial, la doctrina de esta Sala sobre la genérica, recogida, entre otras en las SSTs. 331/2003 de 5.3, 1658/2003 de 4.12, 1015/2002 de 31.5, bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando en su caso, los criterios de "insignificancia" o de intervención mínima, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad. Un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuricidad.

La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que el Derecho Penal le corresponde un papel inferior respecto del Derecho Administrativo o meramente auxiliar. Ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial



relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico y desempeñando el papel que el corresponde conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el Derecho Penal para las infracciones más graves, conforme al principio de intervención mínima.

En esta dirección la STS. 1658/2003 de 4.12 nos recuerda que 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 (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras).

Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, 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 límite, en los que la actuación administrativa no sólo 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 (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero 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 del 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 sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista 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 a 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 pretenden proteger.

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).

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTs de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del



derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. 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 (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición 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.

Ahora bien la prevaricación, en la modalidad genérica del art. 404 exige que el funcionario, además de una actuación "a sabiendas de su injusticia produzca una resolución arbitraria". En la urbanística, el contenido de la conducta consiste en "informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia". En ambos casos el contenido de la acción es similar pues la arbitrariedad es una forma de injusticia, de ahí que puede ser aplicada a la prevaricación especial de jurisprudencia sobre la genérica (STS 363/2006, de 28 de marzo).

Bien entendido que el bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva está matizado y cumplimentado por el adecuado funcionamiento de la Administración Pública que, en su actuación, debe velar siempre de forma objetiva por los intereses generales (art. 103.1 CE).

Como indica nuestra sentencia 363/2006, de 28 de marzo "...el bien jurídico protegido en el delito de urbanismo...es la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. Se trata de un bien jurídico comunitario, de los denominados "intereses difusos" pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica en mayor o menor medida a toda una colectividad, bien jurídico que en el supuesto de esta prevaricación especial, se complementa con el recto y normal funcionamiento de las administraciones públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática".

En definitiva, dado que así lo exige la penalidad cualificada del art 320 frente a la menos grave del art. 404, que solo impone la inhabilitación especial -para la realización del injusto no solo es necesario que la conducta menoscabe el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino que además el desvalor del comportamiento debe afectar o poner en peligro el interés consistente en la explotación racional del suelo orientada a la satisfacción del interés general: como indica la STS 1127/2009, de 27 de noviembre, " la prevaricación especial por urbanística que sanciona el art. 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio".

VIGÉSIMO CUARTO.- En el caso presente la actuación del recurrente no se limita a retirar la licencia sin el previo pago de la tasa sino que tal acto es el colofón, según la sentencia de instancia, de todas las actuaciones administrativas, que considera ilícitas, para la obtención de las licencias y que detalla en el apartado tercero "licencias de obras y licencia de primera ocupación, del hecho probado: "3.1.- El acusado José solicitó, en fecha 02.06.05. licencia municipal de obras para la ejecución de las obras de nueva planta de 115 viviendas unifamiliares adosadas sitas en la parcela propiedad de la mercantil "Magestic Construction and Development Group, S.L".

Tras dicha solicitud, el Arquitecto Jefe de la Mancomunidad de Municipios, Ángel Jesús , informó en fecha 14.06.05, desfavorablemente a su concesión porque faltaba el estudio de seguridad y salud, el proyecto de ICT, 2 ejemplares visados del proyecto y ubicación dentro del conjunto de un recinto cerrado para los restos de poda de jardines y otro para la ubicación de contenedores de basura; asimismo informaba que "previamente



a la concesión de la licencia que pudiera concederse deberá aprobarse la correspondiente modificación del Proyecto de Reparcelación"; en informe de fecha 26.07.05, vuelve a reiterar su negativa diciendo que deberán de subsanarse deficiencias para que sea concedida la licencia solicitada.

Pese a esos informes negativos, el acusado, Nemesio, asesor jurídico externo contratado por el Ayuntamiento de Casares como experto en derecho urbanístico, emitió en fecha 12.09.05 un informe jurídico en el que informaba favorablemente al otorgamiento de la licencia, a sabiendas de que, con los informes técnicos negativos precedentes, dicha licencia no debía ser concedida, reflejando en su dictamen, no obstante, que " en relación con las observaciones realizadas en el informe de los Servicios Técnicos, se hace notar que la Modificación del Proyecto de Reparcelación cuenta con informe jurídico favorable a sus previsiones, que ha sido sometida al trámite de información pública, existiendo constancia de la comparecencia de la entidad bancaria consintiendo la distribución del crédito hipotecario. En aras del principio de celeridad, tratándose de una modificación promovida por propietario único y siendo de todo orden previsible el resultado de esta tramitación, el aspecto observado por los servicios técnicos no se aprecia como inconveniente para el eventual otorgamiento de la licencia. Con la sola prevención de la necesidad de presentar antes del inicio de las obras el proyecto visado", posibilitando así con su favorable informe la concesión de una licencia de obras que nunca debió ser otorgada, tal y como se expone a continuación.

Efectivamente, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Casares concedió, en sesión celebrada en fecha 16.09.05, a la mercantil Magestic Construction and Development Group SL, licencia municipal de obras para la ejecución de 115 viviendas unifamiliares adosadas, según se refleja en el extracto del acuerdo, no constando acta de la mencionada Junta de Gobierno porque las actas, habitualmente, no se confeccionaban. En el acuerdo se reflejaba que la licencia se otorgaba de conformidad con el proyecto básico y los informes favorables emitidos por el Servicio Técnico Municipal de fecha 26.07.05 y por los Servicios Jurídicos Municipales con

fecha 12.09.05, pese, a que, como se ha expuesto, los informes emitidos por el Servicio Técnico referido, imprescindibles para conceder la licencia de obras, no eran favorables, antes al contrario, precisaban que, previamente a la concesión de la licencia se aprobase el correspondiente proyecto de reparcelación. Empero, lo dictaminado en ese informe técnico no se cumple pues la licencia se otorga en fecha 16.09.05 sin proyecto de reparcelación, proyecto que finalmente se aprueba por la Junta Gobierno celebrada el 11.10.05, "esto es, un mes después del otorgamiento de la licencia de obras, contraviniéndose con ello la legalidad urbanística. El acuerdo es firmado en fecha 07.10.05 por el Concejal de Urbanismo y también acusado, Andrés .

Tras ello, el acusado, José, en connivencia con el también acusado, Luis, acudió el día 12.04.2006 al Ayuntamiento de Casares para retirar la licencia de obras concedida: sin embargo cuando el Secretario, Juan Ramón, le solicitó que abonase las tasas, como requisito sine qua non para retirar la licencia, José le dijo que ya había tratado con el Alcalde el asunto del abono de las tasas y que hablase con el Alcalde. Efectivamente, puesto al habla telefónicamente el Secretario Municipal con el Alcalde Luis, éste le dijo al Secretario que entregase la licencia de obras a José y que reflejase en la copia de la misma que la retiraba sin abonar su importe; así hizo el Secretario Municipal que entregó la licencia a José sin abonar previamente las tasas, pese a ser preceptivo, plasmando el Sr. José, de forma manuscrita, al dorso de la copia que se archiva en el expediente, lo siguiente: "Recibí el original quedando pendiente de pago de conformidad con lo tratado con el Sr. Alcalde. Casares, 12 de abril de 2.006". Los importes de los derechos liquidados por la licencia de obras no abonados por José al Ayuntamiento ascienden a 413.077'63 euros.

Dichas tasas fueron finalmente abonadas por otra mercantil. Geprolar Promociones Inmobiliarias. S.L. (expediente NUM011), tras autorizarse un cambio de titularidad de la licencia a su favor por acuerdo de la Junta de Gobierno de 23 de Octubre de 2.007.

El acusado, Luis, controló y gestionó de forma exclusiva en el Ayuntamiento de Casares todas las actuaciones urbanísticas reseñadas; conocía las ilegalidades señaladas así como que la normativa urbanística no permitía el otorgamiento de la licencia de obras finalmente concedida con su apoyo y su voto favorable pues no se había aprobado la modificación del Proyecto de Reparcelación, referido por el Arquitecto de la Mancomunidad de Municipios.

3.2.- Por último, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Casares celebrada el 16.06.06 concedió a la mercantil Magestic Construction and Development Group SL licencia de primera ocupación para 40 viviendas en bloques aislados y 48 plazas de aparcamiento en sótanos. Dicha licencia fue firmada por el concejal de urbanismo acusado, Andrés, en fecha 20.06.06 a pesar de todos los incumplimientos e irregularidades expuestas y a pesar de no estar terminadas las obras de urbanización ni estar suficientemente garantizadas la terminación de dichas obras, sorprendentemente para lo cual el Ayuntamiento de Casares había conferido de plazo a la promotora hasta el 29.05.03, supeditando la concesión de primera ocupación a su finalización."



VIGÉSIMO QUINTO.- Analizando, en primer lugar, la licencia municipal de obras para la ejecución de obras de nueva planta de 115 viviendas unifamiliares sitas en la parcela propiedad de la mercantil "Majestic Construction and Development", tal como se señala en el relato fáctico, se hace referencia a dos informes desfavorables del Arquitecto Municipal D. Ángel Jesús, al que como destacan las defensas, en esta ocasión sí se le presume capacidad profesional incuestionable, al contrario de su valoración de los aprovechamientos urbanísticos. Ahora bien si se examinan ambos informes, el primero de fecha 19-06-2005 (folio 1657 vuelto) dice textualmente que "el proyecto presentado se ajusta en sus determinaciones a las ordenanzas de la zona donde se ubica", si bien requiere determinada documentación (estudio de seguridad y salud, el proyecto ICT, dos ejemplares visados el Proyecto y ubicación dentro del conjunto de su recinto cerrado para restos de poda de jardines y otro para la ubicación de contenedores de basura. Además informaba que "previamente a la concesión de la licencia que pudiera concederse deberá aprobarse la correspondiente modificación del proyecto de Reparcelación".

El segundo informe (folio 1657 vuelto) de fecha 26-07-2005, el arquitecto da por presentados los documentos requeridos en el informe anterior e insiste en que el sector carece de la aprobación de la modificación del Proyecto de reparcelación.

Existe, asimismo, el informe jurídico del también condenado y recurrente, Nemesio, asesor externo del Ayuntamiento de fecha 12-05-2005, (folio 1658), que pone de manifiesto que el Proyecto está en trámite y siendo previsible el resultado de la tramitación, emite informe favorable a la concesión de la licencia de obra. Razonamiento éste, cuya corrección se analizará en el recurso interpuesto por el emisor del informe, pero que -se adelanta- no puede calificarse de arbitrario e injusto.

La licencia de obra es concedida por la Junta de Gobierno de 16-09-2005 y tan previsible era la aprobación del Proyecto de Reparcelación, que esta modificación fue aprobada el 11-10-2005 (folio 1508).

Consecuentemente, aun admitiendo que la concesión de la licencia adoleciera del vicio de haberse otorgado antes de la aprobación de la modificación del Proyecto de parcelación, estaría convalidada por su efectiva aprobación, 24 días después, máxime cuando del dictamen del catedrático de Derecho Administrativo, Sr. Demetrio, admitido como prueba documental, se desprende que la licencia se acomodaba a los planes urbanísticos aplicables. En efecto, en tal dictamen, que por las razones ya expuestas en motivos precedentes, no vincula a la Sala, se razona que: "Frente a ello, el razonamiento del informe jurídico, en el que se invoca el principio de celeridad y el hecho de que la aprobación de la Modificación del Proyecto de Compensación era segura e inminente (como así fue pues se aprobó el 11 de octubre de 2005) hace, como mínimo, que no se trate de una ilegalidad sustancial y grave. Súmese a ello que, en realidad, sí que había un Proyecto de Compensación anterior y no nos consta que, por las pequeñas variantes que en él se introdujeron, la licencia no se acomodara al originario ni alterara la equidistribución de beneficios y cargas. También es de tener en cuenta que el precepto reglamentario transcrito exige la aprobación del Proyecto de Compensación si "fuese necesario para la distribución de beneficios y cargas", lo que, en este caso, pudo no darse, máxime teniendo en cuenta que se partía de una situación de propietario único y de que ya hubo una distribución de beneficios y cargas en el Proyecto de Compensación aprobado antes y para el que sólo se preveían una modificación. Y súmese a todo lo anterior que a lo que esencialmente afecta un Proyecto de Compensación es a las cuestiones de propiedad, mientras que las licencias se otorgan siempre sin perjuicio de la propiedad y derechos de terceros como señala el art. 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Por todo ello, además de que podría entenderse que la licencia no tuvo efectos hasta la aprobación de la modificación del Proyecto de Compensación, cabe afirmar que la irregularidad detectada por el Fiscal no tiene la gravedad que le atribuye ni de ningún modo pone de relieve una voluntad de transgresión de la legalidad, toda vez que la licencia, a fin de cuentas, se acomodaba exactamente a los planes urbanísticos aplicables."

Siendo así difícilmente podría sostenerse que la concesión de la licencia pusiera en peligro la "utilización racional del hecho como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general".

Un examen de la causa -permisible vía art. 899 LECrim- permite refrendar esta conclusión. Así la licencia concedida a la Entidad Majestic era conforme con el Proyecto redactado por los arquitectos D. Arsenio y D. Augusto, que está visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Málaga (folio 1656).

Una vez que la obra está ejecutada se emite certificado final de obra de 25-09-2009, certificándose por el arquitecto D. Benjamín que las obras se han ejecutado "ajustándose al Proyecto redactado por los arquitectos autores (folio 1944 del tomo VIII de la Adenda).

Cuenta con informe favorable del Arquitecto técnico municipal de 22-07-2011 (folio 2161 del tomo VIII de la Adenda) a la concesión de licencia de 1ª ocupación e informe jurídico en igual sentido (folio 2189 del tomo VIII). Licencia de primera ocupación otorgada en Junta de Gobierno de 06-10-2011.



En cuanto a la entrega al Sr. José de la licencia de obra sin el previo abono a la tasa, en el hecho probado se señala que "los impuestos liquidados por la licencia de obras no abonados por José al Ayuntamiento ascienden a 413.077'63" pero se reconoce seguidamente que "Dichas tasas fueron finalmente abonadas por otra mercantil Geprolar Promociones Inmobiliarias SL (expediente NUM011) tras autorizarse un cambio de titularidad de la licencia a su favor por acuerdo de la Junta de Gobierno de 23-10-2007."

Por tanto podrá haber existido una irregularidad administrativa pero no una prevaricación urbanística, pues con independencia de que en todo caso, se trataría de una actuación posterior a la concesión de licencia, el art. 65.1 de la Ley Penal Tributaria permite el aplazamiento de pago en los tributos "previa solicitud del obligado tributario cuando su situación económica le impida de forma transitoria efectuar el pago". Es evidente que en este caso no se cumplieron estas formalidades, al ser una decisión del propio Alcalde, hubo una irregularidad, pero que no produjo perjuicio alguno al erario público. Así a los folios 6286 y 6287 de las actuaciones consta certificación de la Secretaria Interventora del Ayuntamiento de Casares, según la cual : "En el Departamento de Rentas, en sus archivos informáticos consta, una primera liquidación tributaria como consecuencia de la licencia de obras otorgada por la Junta de Gobierno de 16 de septiembre de 2005 a favor de la Mercantil Magestic Construction and Development Group, S.L., fecha de la liquidación 10 de octubre de 2005, que no fue abonada. Se autoriza un cambio de titularidad de la licencia a favor de la Mercantil Geprolar Promociones Inmobiliarias, S.L., expte. NUM011 , por acuerdo de la Junta de Gobierno de 23 de octubre de 2007, con liquidación tributaria de los derechos económicos el 23 de octubre de 2010 [debe querer decir 2007], a tal efecto en el expediente administrativo consta escritura de compraventa a favor de la mercantil Geprolar Promociones Inmobiliarias, S.L., de 8 de agosto de 2007, del Notario de Estepona Don Jorge Moro Domingo (escritura de compraventa 3.211), donde se reconoce que las tasas municipales están sin abonar. Consta en el Departamento de Rentas una nueva liquidación tributaria de la Tasa urbanística y del Impuesto de Construcción, Instalaciones y Obras, que se abona por importe de 433.731,51 € (más los recargos), mediante cheque bancario el 19 de diciembre de 2007..."

VIGÉSIMO QUINTO.- En cuanto a la concesión a la mercantil Magestic Construction and Development Group SL de licencia de primera ocupación para 40 viviendas en bloques aislados y 48 plazas de aparcamiento en sótanos, de fecha 16-06- 2006, la sentencia imputa que se otorga "a pesar de todos sus incumplimientos e irregularidades expuestas y a pesar de no estar terminadas las obras de urbanización ni estar suficientemente garantizada la terminación de dichas obras, sorprendentemente para lo cual el Ayuntamiento de Casares había conferido de plazo a la promotora hasta el 29-05-2003, supeditada la concesión de primera ocupación a su finalización."

El recurrente José alega que todas las licencias de primera ocupación se concedían pese a no estar terminadas las obras de urbanización (como la concedida al Grupo Gestión Nova Terra el 24-08-2005, a la Bella Inmobiliaria Marbelli de 26-04-2007 o la propia Magestic para otro grupo de viviendas el 24-08-2005 y destaca además que tan solo en el caso de las 40 viviendas se exigió a Magestic la constitución de un aval de 460.000 euros y el resto de las licencias de primera ocupación se conceden sin limitación alguna porque la carga de la urbanización está inscrita sobre todas y cada una de las parcelas en el Proyecto de Compensación. Considera, por tanto, que tampoco en este caso ha existido puesta en peligro de la ordenación del territorio.

El recurso de Luis cuestiona la concurrencia de las dos irregularidades a que se refiere la sentencia: no estar terminadas las obras de urbanización ni estar suficientemente garantizadas la terminación de dichas obras, siguiendo para ello el dictamen ya referido del Sr. Demetrio en este extremo no sobre extremos jurídicos sino sobre datos de hechos.

Los motivos deberán ser estimados.

Obra en las diligencias informe del técnico municipal de 25-05-2006 (folio 1536) sobre el presupuesto definitivo del proyecto de urbanización de las obras ascendente a 525.944.340 pesetas (3.160.989'15 euros).

En tal fecha, mayo de 2006, las obras de urbanización pendientes de ejecutar se presupuestaron en 460.000 euros, constituyendo Magestic Land SA aval por dicho importe de garantía de ejecución de dichas obras el 01-06-2006 con la entidad bancaria Unicaja ante el Ayuntamiento de Casares "para responder de...la realización de la obras de urbanización de dicho sector (UR 7-A) pendientes al día 01-06-2006 (tomo IV, 1 folios 333 a 365) y IV, 3 pág. 92 a 96)

Consecuentemente cuando el 16-06-2006, la Junta de Gobierno Local de Casares concedió a Magestic Land SA licencia de primera ocupación de 40 viviendas y 48 plazas de aparcamiento, sí que estaban avaladas las obras, más exactamente su terminación -ya estaban ejecutadas en un porcentaje superior al 85%- y además, tal como se resalta en el recurso de Luis por un importe superior al legalmente exigido, pues conforme al informe del técnico municipal antes referido de 25-05-2006 "de acuerdo con la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 17-12-2008, art. 130 apartado g) Garantías económicas para el desarrollo de los trabajos que



no podrán ser inferior en cuantía al siete por ciento de los costes de urbanización y de otros que sean objeto de la actividad a desarrollar. Siendo su presupuesto de 3.160.989'15 euros el 7% de los costes de urbanización asciende a 221.263'24 euros que es la cantidad mínima a avalar", cantidad por tanto inferior al importe del aval, 460.000 euros.

Por último habría que destacar que la licencia de primera ocupación controvertida trae su causa en la licencia de obras concedida el 11-06-2003 otorgada al amparo y de conformidad con los instrumentos de planeamiento vigentes entonces -por lo que no hubo infracción urbanística ni puesta en peligro del bien jurídico protegido en el art. 320 CP- y se otorgó en base a dos consideraciones:

1ª Porque las "obras realizadas se ajustan al Proyecto Básico y de ejecución que obtuvo licencia" en 2003, el 11 de junio, en el expediente nº 134/03; y 2ª) porque previamente presentó aval por un importe de 460.000 euros respondiendo en la ejecución de las obras de urbanización no finalizadas a la fecha de hoy".

VIGÉSIMO SEXTO.- El motivo vigésimo primero por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim por la falta de expresión en la sentencia clara y terminantemente de los hechos que se consideran probados y que constituyen el delito de cohecho.

Considera que no es admisible afirmar en el hecho probado "entregas entre los años 2000 y 2005" para obtener un trato privilegiado y beneficioso por parte del alcalde de Casares en todas las actuaciones urbanísticas que se proyectaron sobre el Sector UR-7-A de dicho municipio, porque ello implicaría que el acusado se tendría que defender de la corrección de "todas las actuaciones urbanísticas que realizó en el Sector UR-7-A del Ayuntamiento de Casares, durante ese periodo temporal (cinco años).

Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en los motivos 12 y 17, sobre el alcanza del quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim, el motivo debe ser desestimado, ya que la sentencia en el apartado cuarto del hecho probado recoge como: "El acusado, José, como representante real del entramado societario Magestic, formado por las entidades Magestic Land SA y Magestic Construction and Development Group SL, entregó a Luis entre los años 2.000 a 2.005 diversas cantidades de dinero no cuantificadas con exactitud pero, en ningún caso inferiores a doscientos ochenta y seis mil doscientos euros (286.200 euros), con el fin de obtener un trato privilegiado y beneficioso por parte del alcalde de Casares en todas las actuaciones urbanísticas que proyectaron sobre el sector UR-7 A del municipio de Casares, movido con la intención de que el alcalde gestionara, dirigiera y ejecutara los hechos descritos en los apartados anteriores en beneficio de Magestic y en perjuicio del resto de los propietarios del sector UR-7 A y del Municipio de Casares, obteniendo las mercantiles citadas pingües beneficios económicos con la desviada actuación administrativa."

Consecuentemente el hecho probado sí es claro al referir como las entregas de dinero tenían como finalidad mover la voluntad del alcalde Luis para que se aprobaran todas y cada una de las modificaciones urbanísticas descritas en los apartados anteriores.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- El motivo vigésimo segundo al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncia infracción del art. 24.2 CE al haberse producido vulneración del principio de presunción de inocencia al condenar al acusado por delito de cohecho.

El recurrente en el desarrollo del motivo, al negar la existencia del cohecho, insiste en que, conforme a la pericial aportada por su parte de los Sres. Bernabe y Demetrio, no han existido burdas y groseras infracciones de la normativa administrativa, y en la falta de prueba de que fuera José la persona que entregara al alcalde, durante los años 2000 a 2005, los 286.200 euros, cuya procedencia no ha podido justificar este último.

Añade que el trato cordial entre el recurrente y el alcalde era el propio de cualquier promotor que desarrolla suelo en el municipio, y el malestar mostrado por otros propietarios de parcelas se debió a la falta de terminación de las obras de urbanización, pero no porque a Majestic se le concediera algo a lo que no tuviera derecho, sino que, al contrario Majestic resultó más perjudicado, ya que a la sociedad Almar Casares, propietaria del sector UR-7-B se le permitió mayor densidad de contratación de viviendas, se exigió a Majestic en los convenios de 2000 y 2004 el pago de cantidades no previstas legalmente, el ayuntamiento incumplió el convenio de 22-07-2004 y se quedó con los terrenos cedidos por Majestic sin indemnizarle y, por último, lo mismo ocurrió con la construcción del parking, cuya propiedad se ha quedado el Ayuntamiento sin indemnizar a Majestic.

Debemos recordar que el ámbito de conocimiento de esta Sala casacional cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, queda delimitado por estos tres aspectos:

a) La comprobación de que el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello implica la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora.



b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respecto a los principios de inmediación y contradicción.

c) Comprobación de la racionalidad y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

En ese punto, a falta de prueba directa hemos dicho, SSTS 391/2010, de 6 de mayo, 454/2015, de 10 de julio, que también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12, FJ. 24).

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007, partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

En definitiva el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia -se dice en la STS 1373/2009 de 28-12- se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000; 4-6-2001, 28-1-2002, STS 1171/2001; 6/2003; 220/2004, 711/2005; 476/2006; 548/2007, entre otras-.

Por tanto, no es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro tribunal justifique su decisión, es decir, la función casacional no consiste en seleccionar, entre las distintas versiones sometidas a la consideración de la Sala, cuál de ellas resulta más atractiva, ni siquiera se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama el Tribunal de instancia y la que con carácter



alternativo formula el recurrente, sino si en esa valoración la Sala ha respetado las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos.

VIGÉSIMO OCTAVO.- En el caso presente en el fundamento de derecho relativo a la calificación jurídica, en cuanto al delito de cohecho la sentencia considera acreditado que el acusado José abonó sucesivas y repetidas dádivas, cuyo importe global no ha quedado cuantificado con exactitud, pero que en todo caso, no es inferior al incremento patrimonial no justificado de Luis cifrado en 286.200 euros con objeto de que éste favoreciera sus intereses urbanísticos del entramado societario de Majestic en el sector UR-7-A, en el municipio de Casares, tal como se infiere de los informes emitidos por la Agencia Tributaria (folios 6620 a 6656 de la prueba documental y 257 y ss y 321 y ss de las diligencias previas 548/2013) elaborado por los técnicos de la Agencia Tributaria nº NUM024, Inspector de Hacienda y nº NUM025 Subinspector de Hacienda, que declararon en el juicio oral ratificando su informe, así como de los testimonios de los guardias civiles que llevaron a cabo la investigación. Prueba de la que resulta, desde el año 2004 la compleja adquisición por Luis y su esposa Amparo, a través de una persona de su confianza, de tres sociedades para su transmisión a terceros, sus ingresos no justificados de 30.000 euros cada uno que se hicieron a nombre de dos de las sociedades, la adquisición de los cupones premiados de la ONCE y un ingreso en su cuenta personal, la existencia de operaciones con trascendencia económica como adquisición de bienes, que se detallan en el apartado quinto de los hechos probados y que no se corresponden con los datos vertidos en sus declaraciones tributarias.

El dato destacado en el informe del técnico de que, mientras hasta el año 2002 se realizaban mensualmente retiradas en efectivo de la cuenta bancaria, que normalmente se correspondían con la realidad de la vida cotidiana de una familia, a partir de ese año ya no se constatan esas retiradas de dinero, lo que supone un indicio de que cuentan con dinero en efectivo que obtienen por otra vía y que no pasa por cuentas bancarias, al igual que el dato que en la adquisición de las sociedades referidas se indica que la compra se realiza por un precio pagado y sin embargo no hay salidas de fondos de las cuentas corrientes para dicha adquisición.

Y en cuanto a la autoría de José en el fundamento de derecho séptimo apartado 4, la sentencia desgana los indicios incriminatorios que acreditan los pactos ilícitos existentes entre el alcalde de Casares, Luis y el recurrente José, como representante real del entramado societario de Majestic, cuyo único objeto era beneficiar a ésta a cambio de una contraprestación económica para el alcalde.

-Coincidencia espacio-temporal de los convenios urbanísticos celebrados ente los acusados Luis y José. Convenios celebrados en fechas 27-10-2000, 26-04 y 22-07-2004, y el incremento patrimonial injustificado obtenido por el acusado Luis (informe Agencia Tributaria, folios 6620 a 6656).

-Resoluciones administrativas que privilegiaron de forma evidente, palmaria y manifiesta al entramado societario Majestic, y en perjuicio del resto del Sector UR-7-A -y que ya han sido analizados en motivos precedentes-. Infravaloración de los aprovechamientos urbanísticos el Sector UR-7-A de las NNSS de Casares; modificaciones del planeamiento urbanístico de Casares a favor de la mercantil Majestic a partir de procedimientos administrativos con infracción de la legalidad; concesión de las licencias de obras y primera ocupación con infracciones de la legislación administrativa.

Actuaciones administrativas irregulares que solo tienen razón de ser -según la sentencia impugnada- porque detrás de ellas existían unos pactos entre Luis y José.

- Y por tanto la autoría de José la sentencia la infiere no solo de la documental obrante en autos y de los convenios urbanísticos que Majestic suscribió con el alcalde en representación del Ayuntamiento, sino de la testifical practicada en el plenario de Gregoria, Miguel, quien en su declaración sumarial manifestó que si se iba contra Majestic se iba contra el Ayuntamiento, que Majestic tenía algo más que un trato preferente y que José entraba en el Ayuntamiento como si fuera el dueño, declaración coincidente con la prestada en el plenario por Isidoro y Iván, manifestando este último "que tuvo la sensación de que Majestic hacía y deshacía en el Ayuntamiento, que era quien manejaba el Ayuntamiento, así como Juan María" que preguntó a José si tenía en nómina al Ayuntamiento y José le insinuó que sí, lo que ratificó en el plenario, "que el alcalde estaba a sueldo de José, que si no cobraba no comprende su actuación, y Ruth, concejala del Ayuntamiento de la oposición, en orden a la falta de información sobre las cuestiones de Majestic y la opacidad en el Ayuntamiento en todos los asuntos.

Por último la sentencia valora una conversación telefónica mantenida entre Jose María y Jose Daniel, personas del entramado de Majestic, en la que el primero habla del alcalde de Casares con quien "ya ha hecho negocios" y de otra persona que pretende presentarle para que los haga pero "con él no han llegado a hacerlo ¿sabes por qué? Porque le presentas a gente y él discute con todos. Él no quiere pagar uno, no quiere pagar a otros y se comporta mal". Conversación que evidencia las relaciones mercantiles existentes entre el alcalde y Majestic.



De todos estos indicios plurales, concomitantes e interrelacionados, plenamente acreditados infiere la sentencia de forma correcta que entre los años 2000 a 2006, existió un pacto en virtud del cual el alcalde se comprometió, merced a su cargo y la influencia que ejercía sobre los concejales del Ayuntamiento, a efectuar las modificaciones en el planeamiento de Casares necesarias para beneficiar los intereses de Majestic a cambio de contraprestaciones económicas que José le entrega.

VIGÉSIMO NOVENO.- El motivo vigésimo tercero por infracción de ley por aplicación incorrecta del art. 419 CP al considerar que los hechos constituyen el delito de cohecho.

Alega que de los hechos probados no resulta la acción u omisión constitutiva de delito que haya dado lugar al cohecho al no ser admisible subsumir en el tipo una afirmación como la de "todas las actuaciones urbanísticas que proyectaron sobre el sector UR-7-A del municipio de Casares" "durante los años 2000 a 2005". Esta afirmación por vaga e imprecisa no llena el tipo de un delito de cohecho.

De igual forma no llena el tipo de cohecho decir que se ha dado entre los años 2000-2005 una cantidad de al menos 286.200 euros, porque no sería "dádiva o presente" sino dádivas o presentes, y debiendo fijarse cuando se entregaron cada una de ellas, para así poder el acusado defenderse y probar que no lo hizo o la legalidad del acto para el que se dice haber entregado la dádiva.

El motivo se desestima.

El hecho probado no se limita a las expresiones que se citan en el motivo, ya hemos transcrito en otros motivos el apartado cuarto del relato fáctico relativo al incremento patrimonial del alcalde, y resulta relevante como los propios hechos probados en su apartado primero se recoge expresamente que: "El acusado, Luis, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Casares durante distintos periodos a partir del año 1.979 y, concretamente y en lo que respecta a los hechos enjuiciados en la presente causa, entre los años 2.000 y 2.006, guiado por un ánimo de enriquecimiento injusto y en connivencia con el también acusado José, aprovechando el cargo público que ostentaba, pactó con José los convenios urbanísticos que, a continuación, se relacionan y que motivaron la modificación del Planeamiento Urbanístico de Casares con la única intención de beneficiar al entramado societario de Magestic, dedicado a la promoción inmobiliaria y representado por el José, a cambio de una contraprestación económica para el Alcalde:".

Consecuentemente el hecho probado consigna como las arbitrarias irregularidades en las modificaciones urbanísticas, eran consecuencia de las comisiones percibidas por el alcalde.

RECURSO Luis

TRIGÉSIMO.- El motivo primero por infracción constitucional al amparo de lo previsto por los arts. 5.4. LOPJ y 852 LECrim en relación con el art. 24 CE al lesionar la sentencia recurrida los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, por omisión de la valoración de la prueba de descargo y por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Sala de instancia.

Considera el recurrente que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia, lo que debe conducir a una sentencia absolutoria, y ello por varias razones fundamentales:

- por la insuficiencia de la prueba practicada para fundamentar un pronunciamiento condenatorio.
- por la ilógica, sesgada e irracional valoración de la prueba, tanto de la que se señala como de cargo, como de la prueba de descargo de la que o bien se prescinde lisa y llanamente en la valoración probatoria, eludiendo cualquier mención a la prueba de descargo practicada o bien se valora de una forma ilógica, incoherente y arbitraria.

En este sentido la Sala de instancia ha valorado irracionalmente la prueba del perito judicial de la Sra. Rafaela, que sirve de base para determinar que existió el desfase señalado. Asimismo ha prescindido de valorar la prueba de descargo, en concreto la prueba del perito Sr. Bernabe, el testimonio del Sr. Ángel Jesús o del testigo Sr. Adolfo, cuyos testimonios se han descartado absolutamente del cuadro probatorio sin explicación alguna de las razones por las cuales la Sala ha considerado que no deben ser atendidos.

-El desarrollo argumental del motivo denunciando conjuntamente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia hace necesario diferenciar los contenidos y garantías de uno y de otro derecho, conforme las SSTs 789/2014, de 2 de diciembre; 119/2015, de 12 de marzo; 286/2016, de 7 de abril; 812/2016, de 28 de octubre; 720/2017, de 6 de noviembre.

En efecto el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en un derecho de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten



de forma bastante, las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que como se dice en la STS. 714/2014 de 12.11, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Por ello la motivación requiere del tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios establecidos para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado, y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permita conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica), y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica), al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento, y finalmente constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Ahora bien cuando se trata de la llamada motivación fáctica, la STS. 32/2000 de 19.1, recordó que la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

Siendo así resulta relevante destacar -como hemos dicho en STS. 577/2014 de 12.7- que la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe



solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art.- 24.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha entendido que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo inculpativo, como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6, existe "una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o motivada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin la motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9, FJ.2, 120/99 de 28.6, 249/2000 de 30.10 FJ.3, 155/2002 de 22.7 FJ. 7, 209/2002 de 11.11 FJ. 3, 163/2004 de 4.10 FJ.9).

Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico inculpativo es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasa normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE, y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

El incumplimiento del deber de motivación fáctico ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculpado (SSTC. 5/2000, 139/2000, 149/2000, 2002/2000).

No obstante el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial efectiva, dado que está precisamente en juego aquel derecho y en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando la condena lo sea a penas de prisión (SSTC. 2009/2002 de 11.1, 169/2004 de 6.10, 143/2005). Esta explicitación debe conectarse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia y transmitir la información necesaria para comprobar "desde un punto de vista subjetivo que cuando el Juez llegó a la conclusión fáctica que expresa, lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable, y desde una perspectiva objetiva que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables" (STC. 145/2005).

En definitiva, como hemos dicho en STS. 10/2015 de 29.1, con cita SSTs. 151/2011 de 10.3, 1429/2011 de 30.12, 241/2012 de 23.3, 631/2012 de 9.7, la presunción de inocencia implica que la decisión de condena debe venir avalada por la constatación de la existencia de motivos, en los que se funde la afirmación de los elementos del delito. Por ello, al decidir el recurso, cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse si es aceptable o no la afirmación de que tales motivos existen.

Por el contrario, el derecho de tutela judicial, además de que no alcanza solamente a los supuestos de sentencia de condena, ni es alegable solamente, por ello, por quien es condenado, alcanza a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos que funda la absolución o la condena.

De ahí que resulte inadmisibles la formulación, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial, de una pretensión que, a modo de presunción de inocencia invertida, inste la afirmación de existencia de aquellos motivos para obtener una sentencia de condena. El derecho a la tutela judicial no alcanza a la existencia o inexistencia de tales motivos.

Tal diferencia de contenido se traduce en una esencial diferencia de los efectos de la vulneración de una u otra garantía. La vulneración de la garantía de tutela judicial aquel derecho justifica solamente la exigencia de que sea dictada nueva resolución, mientras que en el caso de estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de motivos para la condena, la resolución que procede es la de absolver al acusado.

Por su parte el Tribunal Constitucional se refiere, por un lado, a lo que denomina la "cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada" afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. El matiz determinante será el grado de incumplimiento de la obligación de motivar. El derecho a la tutela judicial se satisface con un grado mínimo.



Basta con que la sentencia permita la cognoscibilidad de la ratio decidendi. Pero si éste no se alcanza se habrá vulnerado el más exigente canon de la presunción de inocencia. (SSTC 9/2011 de 28 Feb. 2011 y las ahí citadas SSTC 5/2000), de 17 de enero, FJ 2; 249/2000 de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002 de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005 de 6 de junio, FJ 4); 245/2007 de 10 de diciembre, FJ 5). En la STC 107/2011 de 20 de junio se reitera que el derecho a la tutela se considera satisfecho siempre que la motivación no acoja una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurra en un error patente.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Igualmente en cuanto a la necesidad de valorar la prueba de descargo hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006, según la cual la sentencia debe expresar un estudio <<lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

Tal planteamiento, no podía ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3º de la C.E.

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998, entre otras muchas-, para una decisión absolutoria basta la duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.

Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001 de 19 de noviembre, en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa.

En dicha sentencia, esta Sala estimó que "... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebida y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo ... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-juicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada".

Ahora bien ello no comporta que el Tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas pues cuando se trata de la motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1, la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico, pero debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es del todo necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación



cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas.

Efectuadas estas precisiones previas, las cuestiones que plantea el recurrente son similares a las analizadas en el motivo noveno del anterior recurrente por lo que nos remitimos a lo ya argumentado en orden a la prosperabilidad.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho a la legalidad penal, art. 25.1 CE, que se ha producido al haber realizado la sentencia recurrida una interpretación extensiva de la norma penal del delito de malversación de caudales públicos al considerar la Sala de instancia que los aprovechamientos urbanísticos pueden integrar el concepto de caudal público en el sentido del tipo.

Y también en relación con lo anterior al amparo del art. 849.1 LECrim al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y concretamente por indebida aplicación del art. 432.1 CP en relación al primero de los hechos constitutivos del delito de malversación al considerar objeto material del delito de malversación la infravaloración de los aprovechamientos urbanísticos.

Argumenta en síntesis que conforme a la STS 986/2005, de 21 de julio, los bienes inmuebles no pueden ser objeto del delito de malversación de caudales públicos previsto en el art. 432 del CP, salvo lo dispuesto en el art. 434.

Por otro lado, en este caso la gestión que se considera fraudulenta no ha recaído sobre caudales públicos, sino sobre derechos que tienen la naturaleza jurídica de bien inmueble, como resulta de los arts. 39 y siguientes del RD 1039/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Continua diciendo que, pese a la doctrina contradictoria de esta Sala Segunda plasmada en las SSTS 508/2015, de 27 de julio y 185/2016, de 4 de marzo, entiende que la determinación de si los aprovechamientos urbanísticos pueden o no constituir el objeto material del delito de malversación de caudales públicos no puede depender, como sostiene la sentencia, de la vigencia de la normativa extrapenal del planeamiento urbanístico, sino de las pautas de interpretación de la norma penal y de las exigencias materiales del principio de legalidad penal.

Partiendo de estas premisas, argumenta que "desde este punto de vista, no puede confundirse el derecho de aprovechamiento urbanístico y la cantidad sustitutoria en metálico, que se integrará en el patrimonio público del suelo correspondiente, pero cuando lo que se reprocha es la menor valoración del aprovechamiento cedido (infravaloración en 135.918,11 euros) no puede entenderse, sin expandir la acción típica, que el funcionario ha sustraído la cantidad en metálico que aún no se ha integrado en patrimonio público haciendo equivalente esta acción a la verdaderamente típica de una disposición fraudulenta de la cantidad en metálico (caudal) ya integrada en el patrimonio. Pues, como decimos, la cesión a menor precio de un aprovechamiento urbanístico no equivale a la acción de apropiarse de la cantidad en metálico que forma parte de las arcas públicas, pues la acción de disponer fraudulentamente ha recaído sobre un bien inmueble, y a lo sumo podría ser subsumida en el delito de fraude a la Administración".

Este motivo ya ha sido analizado en el motivo undécimo del recurso interpuesto por José y nos remitimos a lo ya argumentado en orden a su prosperabilidad.

TRIGÉSIMO TERCERO.- El motivo tercero por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 432.1 CP en relación con el art. 11 CP al haber sido condenado el recurrente por un segundo hecho de malversación en comisión por omisión.

Argumenta que se ha producido una aplicación expansiva de los tipos penales toda vez que la audiencia vuelve a incurrir en la infracción del principio de legalidad al considerar que la omisión en la exigencia de un pago del precio del aprovechamiento, equivale a la acción de sustraer o de consentir que otro sustraiga, pese a que la relación jurídica subyacente -el derecho de crédito que ostenta la Administración frente al administrado- sigue vigente, formando parte del erario público.

Y del mismo modo se ha aplicado indebidamente el art. 11 CP al considerar que el recurrente ostentaba una posición de garante con relación a la acción o sentido de reclamación de la deuda.

Cuestiones que ya han sido analizadas en el motivo undécimo del recurrente José, dando por reproducido lo ya argumentado para evitar repeticiones innecesarias.



TRIGÉSIMO CUARTO.- El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional al amparo de lo previsto por los arts. 5.4. LOPJ y 852 LECrim al lesionar la sentencia recurrida los derechos del acusado a tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, en relación con el art. 432.1 CP por haberse presumido la existencia de dolo en su conducta, de modo contrario al contenido objetivo de la prueba.

Alega en síntesis, que la apreciación del elemento subjetivo del delito de malversación requiere acreditar que el recurrente se representó el riesgo de lesión del patrimonio público, lo que precisa comprobar que se representó y asumió voluntariamente que la valoración dada a los aprovechamientos urbanísticos era inferior al valor del mercado, y no puede inferirse tal dolo de la mera circunstancia objetiva de que aplicando el método de valoración asumido en la sentencia resulte una infravaloración de aquellos derechos.

El motivo, tal como se razonó en el recurso interpuesto por el anterior recurrente, debe ser estimado, dado que resultando de la prueba pericial practicada que es una cuestión controvertida el método que debió aplicarse en ese momento para la valoración de los aprovechamientos urbanísticos -residual estático o residual dinámico- *no puede inferirse de modo razonable que Luis, en el momento de la firma del convenio, actuase con conocimiento de que el valor de los aprovechamientos fijados en el mismo era inferior al valor de mercado, causando con ello un perjuicio al Ayuntamiento.*

TRIGÉSIMO QUINTO.- El motivo quinto al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 432.1 CP en relación con el art. 74.1 CP al haberse apreciado el delito de malversación de con el carácter continuado.

Alega el recurrente que nos encontramos ante un solo hecho típico integrado por actos plurales en plano meramente naturalístico que permiten la apreciación típica de una sola acción, de modo que no concurre la pluralidad de hechos que constituye la base fáctica del delito continuado.

La pretensión del recurrente sobre la unidad natural de acción -y no como delito continuado- constituye, dice la STS 354/2014, de 9 de mayo, un supuesto problemático en la dogmática penal, y parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyen un objeto único de valoración jurídica será natural o jurídica, dice la STS. 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre si, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTS. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010).

En definitiva el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real.

Asimismo, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atraviesa dos cuerpos humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la acción natural era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos naturales (una gran cantidad de golpes sobre una misma persona) es el resultado de un solo delito de lesiones.



En este sentido STS 730/2012 decíamos que la solución no puede venir de la mano de un análisis naturalístico. Desde esta perspectiva podremos tener muchas acciones y un solo delito o una sola acción y varios delitos.

Son criterios de racionalidad jurídica los llamados a establecer qué dato es decisivo para cerrar una actividad plural o continuada (en el sentido no jurídico penal sino como sinónimo de desplegada en el tiempo) considerándola un único delito, y abrir paso a otro delito diferente y reprochable de manera autónoma.

En el caso presente en la misma cláusula 7ª del convenio de 27-10-2000, por el que acordó la adjudicación directa por el Ayuntamiento a la entidad Majestic Land SA, del 10% de los aprovechamientos por precio menor al de mercado, se acordó también el aplazamiento del pago del precio. Siendo así esa monetarización irregular de los aprovechamientos urbanísticos -recibidos a menor precio y no exigir un pago total- en base a una actuación concertada entre el Alcalde y el empresario constituyen diversos actos naturales de ejecución fraccionada de una misma acción.

Le asiste, por ello, razón al recurrente al encontrarnos ante un mero incremento cuantitativo de la lesión del bien jurídico y por tanto, un mero plus de injusto que no tiene significación autónoma. La consecuencia de la mera intensificación cuantitativa y la apreciación de una sola infracción, no la pluralidad de hechos que constituye la base del delito continuado.

Consecuentemente, aunque la pretensión del recurrente ha quedado vacía de interés casacional por la estimación de los motivos precedentes, el motivo, en su caso, habría prosperado.

TRIGÉSIMO SEXTO.- El motivo sexto al amparo del art. 849.1 LECrim al haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo por indebida aplicación de los arts. 432.1, 74.1 CP y correlativa inaplicación del art. 436 del mismo Código, constitutivo de delito de fraude.

Argumenta que la estimación de los motivos anteriores por la indebida subsunción de los hechos en el delito de malversación de caudales públicos, determinaría que los hechos relativos al convenio de 27-10-2000 fueran calificados como delito de fraude, debiendo integrarse, junto con los demás convenios en el único delito de fraude por el que ha sido condenado.

El motivo debe ser estimado en los términos que se han señalado en el motivo decimocuarto del recurso interpuesto por José .

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- El motivo séptimo por infracción constitucional al amparo de los arts. 5.4. LOPJ y 852 LECrim, en relación con el art. 24 CE al lesionar la sentencia recurrida los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, por omisión de la valoración de la prueba de descargo, y por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Sala de instancia en relación con el delito de prevaricación urbanística.

El motivo ya ha sido analizado en los correlativos del recurso interpuesto por el acusado José y debe, por ello, ser estimado, debiendo solo resaltarse, a la vista de la impugnación del Ministerio Fiscal en orden a las irregularidades en la modificación de elementos de las NNSS del Sector UR-7A, a raíz del desarrollo normativo del convenio de planeamiento de 27-10-2000, que este desarrollo fue respaldado por la regulación que aprobó definitivamente la modificación de las NNSS de 14-3-2001, dictada en el Expediente C.A. 14 de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismos de la Consejería de Obras Públicas y Transporte de la Junta de Andalucía. Modificación que a su vez fue confirmada por la sentencia de 15-10-2008 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada en el recurso nº 1738/2001 que desestimó el recurso contencioso administrativo, declarando que las modificaciones del Plan General sean racionales, motivadas y respondan al interés general, Rollo Sala f. 27 y ss. del Expediente EM CA-14.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- El motivo octavo por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4. LOPJ y 852 LECrim, en relación con el art. 24 CE al lesionar la sentencia recurrida los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, en relación con la condena por el delito de cohecho del art. 419 CP.

Entiende el motivo que no existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del recurrente respecto de la comisión de este delito y haber incurrido la Audiencia en arbitrariedad, al vincular el incremento patrimonial del mismo con la existencia de dádivas satisfechas por el Sr. José , recurriendo a la prueba de indicios a través de una referencia débil y excesivamente abierta.

Así, por una parte porque, si bien en el informe de elaborado por la Agencia Tributaria se dice que el patrimonio del recurrente se ha incrementado, no se determina a cuánto asciende su neto patrimonial, ni a cuánto asciende su activo ni su pasivo, datos esenciales para colegir si ha existido dicho incremento. Para lo cual son importantes los testimonios, que la Sala no ha valorado, y que acreditan el origen y causa de una parte importante de dichos fondos. Así el testigo Jenaro manifestó que estando interesado Luis en la construcción



de unas casas en los terrenos que tenía a nombre de unas sociedades, que él le ayudó a adquirir, dado que el Banco le pidió para poder concederle el préstamo la constitución de unos depósitos, el testigo aportó los fondos para tales depósitos, que supone que recuperó cuando concedieron a Luis el préstamo, aunque precisó que una de las viviendas se la quedó una sociedad del propio Sr. Jenaro, porque supone que el recurrente tenía deuda pendiente.

Por tanto, una parte importante de los fondos procedía de este testigo, que ninguna relación tenía con José.

Por otra parte, tampoco explica la sentencia por qué llega a la conclusión que el dinero invertido en la adquisición de los boletos premiados tenía su origen en las dádivas recibidas del José.

En definitiva, la sentencia vincula per saltum la disposición por Luis de unas cantidades de dinero en efectivo con unas dádivas satisfechas por José, pero sin señalar un solo elemento probatorio a partir del cual se pueda adquiera validez dicha conclusión.

El desarrollo del motivo hace necesario efectuar unas consideraciones previas en relación a los delitos de cohecho regulados en el capítulo V del Título XIX, arts. 419 a 427 CP, redacción anterior reforma LO. 5/2010 de 22 junio, delitos que se adentran en las tipologías cercanas a lo que en el ámbito común se denomina corrupción o soborno en la esfera de la función pública, fenómeno que es tan antiguo como la propia existencia de la Administración.

El tipo de corrupción a que nos referimos se enmarca dentro de las relaciones económicas existentes entre el sector público y el privado, en el intercambio de favores entre funcionarios y particulares, sin desconocer que cuando las relaciones personales e institucionales entran en juego la línea divisoria entre lo que son actuaciones legales y lo que son conductas guiadas por la corrupción es bastante defensa y complicada y mucho más, de regular.

El delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a estos (STS. 27.10.2006). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no solo la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que la finalidad perseguida por el legislador al tipificar las diferentes conductas es atender no sólo la tutela del principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, que es común a todas las modalidades del cohecho, sino también a la defensa del principio de legalidad en la actuación administrativa.

Asimismo los delitos de cohecho han sido estudiados doctrinalmente desde diferentes clasificaciones. A efectos sistemáticos y de orientación normativa, se pueden destacar:

- a) cohecho activo y pasivo, el primero es el cometido por el particular que corrompe o intenta corromper al funcionario público o autoridad con sus dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas. El segundo es el realizado por el funcionario que solicita, recibe o acepta el soborno.
- b) cohecho propio e impropio, el primero se relaciona porque su finalidad es la consecución de un acto propio del cargo contrario al ordenamiento jurídico. En el segundo el acto es también propio del cargo, pero adecuado al ordenamiento jurídico.
- c) cohecho antecedente y subsiguiente en el antecedente el soborno se realiza antes de adoptarse el acto administrativo correspondiente. En el subsiguiente, el soborno o intento de soborno se concreta una vez que se ha producido el acto propio.

Bien entendido que la homogeneidad entre los distintos tipos de cohecho ha sido expresamente proclamada por la jurisprudencia. La posible heterogeneidad de las diversas figuras de cohecho es más aparente que real, en cuanto que el bien jurídico que traten de proteger sus diferentes modalidades delictivas es perfectamente unificable. Como señala la STS. 362/2008 de 13.6 una moderna corriente doctrinal pone el acento en la necesidad de perseguir, con instrumentos penales, todas las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. Desde esta perspectiva se tiende a una política unitaria que trata de homologar todas las conductas que suponen la expresión de un comportamiento corrupto. En esta línea tanto el cohecho activo como el cohecho pasivo, el propio como el impropio, son manifestaciones de esta lacra de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración pública y a la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho. La STS. 692/97 de 7.11, estimó tal homogeneidad entre los arts. 420 y 426, pues los elementos de un tipo están incluidos en el otro de manera que no puede decirse que el acusado haya quedado indefenso.



En el caso que analizamos la sentencia de instancia incardina los hechos probados en un delito de cohecho del art. 419, modalidad de cohecho pasivo propio.

Estos cohechos pasivos propios tienen como elementos comunes: a) los sujetos activos vienen determinados por la especial condición de autoridad o funcionario público; b) que actúan en el ejercicio de su cargo, no siendo exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el cohecho bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho, interpretación pacífica que resulta del propio tenor que refiere la recepción para la realización de un acto en el ejercicio de su cargo.

En efecto los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que a él se dirija el particular por cuanto entiende que le es posible la realización del acto requerido, que, en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ella relacionada (STS. 4.4.94).

La participación en el delito de cohecho no requiere que el partícipe tenga la posibilidad de infringir un deber propio del funcionario. Ello sólo se le exige al autor. Tal es la doctrina del Tribunal Supremo: el no cualificado (extraneus) puede ser partícipe en el delito del cualificado (intraneus). El extraneus que colabora con el autor de un delito de infracción de deber doloso realizando la acción constitutiva del tipo penal para beneficio del intraneus ejecuta, por regla general, un comportamiento que reúne todos los requisitos de la cooperación necesaria, entendiéndose que la condición de funcionario público opera como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa y porque se rompería el título de imputación.

Las conductas que se recogen en este grupo de delitos son solicitar, recibir y aceptar.

Solicitar es pedir, supone una declaración unilateral de voluntad dirigida a otra persona, por la que, en este caso, el funcionario o autoridad pide recibir una dádiva o presente para realizar a cambio un acto en el ejercicio de su cargo.

La petición puede ser de manera expresa o tácita, oral o escrita, por sí o por persona interpuesta, y por el propio significado de verbo no se requiere un real acuerdo entre el funcionario o autoridad y el tercero, solo la manifestación externa de la voluntad por parte del sujeto.

Recibir es tomar uno lo que le dan o envían; en consecuencia, el funcionario o autoridad toma la dádiva o presente y aquí si se produce, a diferencia de la forma anterior, un previo acuerdo entre el funcionario -a sancionar por éste tipo- y el tercero -a hacerlo por cohecho activo, art. 423-

Aceptar es recibir alguien voluntariamente lo que se le da, ofrece o encarga, en este caso hay que unirlo al ofrecimiento o promesa, y será recibir el ofrecimiento de algo o su promesa de futuro. El acuerdo supone para el funcionario o autoridad la obtención de ventajas en el futuro.

El tipo no exige que la ilícita contraprestación del funcionario sea inmediata, bastando que se produzca a cambio de la dádiva. Si esta se entregó antes de que deviniera funcionario y la contraprestación se hizo cuando ya lo era, se comete este delito (STS. 870/97 de 10.1).

En cuanto a los medios empleados, el tipo se refiere a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas.

Se plantea la doctrina si los medios empleados han de tener un contenido exclusivamente patrimonial o admiten otras dimensiones como favores sexuales, amistad, participación en ámbitos de influencia, relaciones, etc.

Dádiva es cosa que se da graciosamente; presente obsequio, regalo; ofrecimiento, decir o exponer una cantidad o presente que se está dispuesto a dar o pagar; promesa, expresión de voluntad de dar o hacer algo. La cuantía de dichos medios no viene expresamente establecida por lo que cabe entender que puede ser cualquiera, aunque como se señala por la doctrina habrá que exigir que la misma tenga al menos una cierta capacidad de corromper, con exclusión de los claramente insignificantes.

Ahora bien la persona beneficiada puede ser tanto el funcionario público como alguien de su familia o incluso un tercero, pero éste ha de estar vinculado de alguna manera al sujeto principal, esto es, siempre que el funcionario obtenga de algún modo un goce o beneficio de ello (STS. 84/96 de 5.2).

TRIGÉSIMO NOVENO.- En el caso que nos ocupa tal como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación y hemos razonado en el análisis del motivo vigésimo segundo del recurso interpuesto por José, en la sentencia se recoge que el día 3 de febrero de 2004 Luis y Amparo adquirieron a la mercantil Empresas



Urgentes 24H las sociedades Mafasa Kim SL, Ureña Iberia SL y Kinium Fir SL, sociedades carentes de actividad y constituidas exclusivamente para su venta a terceros. La forma de adquisición de estas sociedades fue idéntica según se desprende de las escrituras notariales otorgadas el mismo día 3 de febrero: se acuerda la transmisión a Justino del 50% de las participaciones sociales; a continuación se protocolizan los acuerdos sociales sobre cambio de domicilio social de la sociedad, nombramiento de Justino como administrador y se hace constar la pérdida del carácter unipersonal de la sociedad por la transmisión de participaciones a Justino, de modo que no fuese obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de la identidad del socio único; y, finalmente, en escritura notarial correlativa Empresas Urgentes 24H y Justino venden, respectivamente, sus participaciones sociales a Luis y Amparo.

I.- Un mes después, el día 3 de marzo de 2004 se ingresó la cantidad de 30.000 euros en cada una de las cuentas abierta a nombre de las sociedades Mafasa Kim y Kinium Fir.

II.- Consta acreditado por el testimonio de Carlos Antonio, vendedor de la ONCE, así como por la publicación en un diario de información local, que Carlos fue agraciado en el sorteo celebrado el día 17 de octubre de 2005, al resultar premiados 10 cupones que había adquirido. De estos cupones, consta en la Base de Datos Centralizada de la Agencia Tributaria (folio 265) que cinco por un importe total de 165.000 euros fueron cobrados por Amparo a través de una libreta de ahorro.

- El día 4 de mayo de 2006, Luis y Amparo adquirieron dos locales situados en la localidad de Manilva por el precio de 166.970 euros, que pagaron una parte con un cheque bancario por importe de 154.948'16 euros, librado contra la libreta de ahorro donde se habían ingresado el importe de los cupones premiados.

III.- Otras operaciones fueron las siguientes: 1º) el día 21 de mayo de 2005 consta la adquisición a nombre de su hija Carmen, que carecía de ingresos para tal operación, de un vehículo por el precio de 10.000 euros; 2º) el día 28 de diciembre de 2005 se efectúa por persona no identificada un ingreso de 6.000 euros en una de las cuentas de los dos acusados; 3º) el día 26 de enero de 2009 consta la adquisición por Amparo de un vehículo, marca Mercedes, por el precio de 36.900 euros, que fue pagado mediante un cheque bancario por importe de 21.900 y el resto, 15.000 euros, en efectivo; 4º) el día 16 de marzo de 2009 Luis y Amparo ingresaron en una cuenta de la sociedad Kinium Fir SL la cantidad de 30.000 euros.

Conforme resulta del informe de la Agencia Tributaria (folios 3.323 y ss. del Tomo IX), todos estos ingresos que afloraron durante los años 2004 a 2009 suponen la cantidad de 286.200 euros, que en la sentencia se relacionan con las dádivas que Luis percibió de José, llegando a esta inferencia mediante los indicios que la sentencia expone en el fundamento séptimo y que han sido analizados en el anterior recurso de casación y que no puede reputarse débil o excesivamente abierta, pues todos ellos apunta a José como persona que retribuía a Luis por su arbitraria actuación administrativa, sin que, por lo demás, ni Luis ni Amparo hayan ofrecido ante este incremento patrimonial una justificación coherente o plausible.

En relación con los préstamos consta en el informe de la Agencia Tributaria (folios 257 y ss. del Tomo I), ratificado en el juicio oral, lo siguiente:

El 19 de mayo de 2004 mediante escritura notarial adquirieron un inmueble a la Entidad Empres Pública Provincial para la Vivienda de Málaga SAU por el precio declarado de 42.251'05 euros. En la misma fecha y ante el mismo Notario Luis se subrogó en el préstamo hipotecario que gravaba el inmueble por importe de 31.387,23 euros. Con fecha 31 de diciembre de 2005 consta en las cuentas analizadas por la Agencia Tributaria que se ha satisfecho de este préstamo 30.930'23 euros de capital y 1.116'68 de gastos de este préstamo hipotecario. El 29 de abril de 2020, tras la venta de este inmueble por parte de estos acusados, se otorgó escritura notarial de cancelación del préstamo hipotecario.

El 14 de septiembre de 2004, la sociedad Mafasa Kim adquiere mediante escritura notarial una vivienda unifamiliar en el término de Casares por el precio de 30.000 euros más IVA, si bien tanto la parte compradora como la vendedora hacen constar que no se han iniciado las obras de construcción de la vivienda descrita. Seguidamente y ante el mismo Notario se otorga escritura de préstamo hipotecario por la que la Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla concede a Mafasa un préstamo por importe de 200.000 euros, de los que 50.000 euros se entregan en ese acto y el resto con las certificaciones de obra comprobadas y con la certificación final de obra.

Con relación a Kinium Fir SL se reproduce una operación de compra idéntica a la anterior que se celebra el mismo día 14 de septiembre de 2004 ante Notario y seguidamente con la misma entidad bancaria se suscribe escritura de préstamo hipotecario por el mismo importe. Este inmueble posteriormente se transmite a su hija Leonor y a su marido.



El día 3 de marzo de 2004 la sociedad Ureña Iberia SL adquirió un local en Manilva por el precio de 75.000 euros y seguidamente se otorga escritura de préstamo hipotecario con la misma entidad bancaria por importe de 120.000 euros.

La existencia de estos préstamos no se desconoce en la sentencia, pues a ellos hace referencia en el fundamento tercero, destacando que Ureña Iberia un mes después de su adquisición y sin contar con fondos para ello compró un inmueble y suscribió una escritura de préstamo hipotecario por un importe superior al precio de adquisición del inmueble. Y las otras dos sociedades adquieren cada una terreno para construir y asumen unos préstamos hipotecarios que no se reflejan en la memoria de las sociedades, pretendiendo con ello su ocultación. Además, en el juicio oral los peritos de la Agencia Tributaria aportaron dos datos más. Uno que hasta el año 2002 se realizaban mensualmente retiradas en efectivo de la cuenta conforme con la realidad de la vida cotidiana de una familia, pero a partir de este año ya no se constatan retiradas de efectivo, lo que supone un indicio de que cuenta con dinero en efectivo que obtienen por otra vía. Y otro que entre los años 2005 y 2007 tuvieron varias cajas de seguridad en el banco, como así resulta de los cargos en su cuenta por su alquiler.

La parte recurrente pretende justificar el ingreso de 30.000 euros efectuado el día 3 de marzo de 2004 en cada una de las cuentas de Mafasa Kim y de Kinium Fir con apoyo en la declaración de Jenaro, cuyo testimonio resulta endeble no sólo por carecer de apoyo objetivo que lo sustente, sino porque si no atenemos a su declaración de que esos ingresos responden a aportaciones de fondos que él hizo para facilitar la concesión del préstamo hipotecario, resulta anómalo que tales fondos se ingresen el día 3 de marzo de 2004 y hasta el mes de septiembre del mismo año no se concede el préstamo.

En definitiva, ha concurrido prueba indiciaria de cargo suficiente, valorada por el Tribunal de forma lógica y conforme a los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia.

CUADRAGÉSIMO.- El motivo noveno por infracción de precepto constitucional al amparo de lo previsto en los arts. 5.4. LOPJ y 852 LECrim, en relación con el art. 24 CE al lesionar la sentencia recurrida los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, en relación con la condena por el delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP al no existir prueba de cargo suficiente de la comisión de dicho delito y haber presumido la concurrencia del elemento objetivo del tipo en contra del reo, invirtiendo de manera indebida la carga de la prueba y sin describirse en la sentencia cuál sería el delito precedente al de blanqueo.

El motivo se desestima.

Precisamente debemos de partir de la doctrina de esta Sala, vid. STS 309/2010, de 31 de marzo en el sentido de que la jurisprudencia no había sido uniforme respecto de los casos en que el traficante de droga (o el autor del delito precedente) blanquea después las ganancias así obtenidas. Algunas sentencias consideraron que la actividad referida al blanqueo de capitales no es sino un acto de auto-encubrimiento respecto del delito antecedente. Generalmente se había estimado que el posterior blanqueo de capitales efectuado por persona que participó, por ejemplo, en las operaciones de tráfico de drogas debía quedar absorbido en el delito de tráfico de drogas. Se estaría ante la fase de agotamiento del delito. Pero el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala 2ª de 18-07-2006 acordó que "el art. 301 del CP no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Criterio seguido entre otras por SSTS 1260/2006, de 1 de diciembre; 960/2008, de 26 de diciembre. Resulta indiferente que el autor del delito precedente sea el mismo al que se imputa el blanqueo u otro. Los actos típicos (de blanqueo) son autónomos respecto a la modalidad precedente y han de ser idóneos al fin de que se trata. Por eso la misma persona que cometió el delito antecedente del que derivan los bienes puede cometer también el de blanqueo respecto de esos mismos bienes. La LO 5/2010, siguió esta línea de pensamiento, al añadir en el apartado 1 del art. 301: sabiendo que éstos, los bienes, tienen su origen en una actividad delictiva "cometida por él o por cualquier tercera persona".

En este sentido las SSTS 313/2010, de 8 de abril y 974/2012, de 5 de abril, recuerdan que el delito de blanqueo de capital es un delito autónomo de aquel al que se vinculan los capitales objeto de la actividad específicamente tipificada en el art. 301 del CP. No requiere por ello que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción penal y resulta indiferente que el autor de ese delito sea el mismo al que se imputa el blanqueo u otro.

La STS 809/2014, de 26 de noviembre justifica la punición autónoma del delito de blanqueo respecto del delito antecedente porque:

- Desde el punto de vista legal:

a) Mientras en la receptación y en el encubrimiento el legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo, esta exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo de blanqueo. Por el contrario desde la reforma del 2010, se sanciona expresamente el blanqueo cometido por el autor del delito previo.



- b) Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la mayor gravedad del blanqueo para el legislador es obvia dada la entidad de las penas que respectivamente les conminan.
- c) La mayor autonomía de blanqueo de capitales frente al delito previo, respecto de la receptación y el encubrimiento, resulta de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo a la del delito previo, como se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 CP.

- Desde el punto de vista valorativo hay que tener una consideración:

a) La característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, se requiere un darles "salida" para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al "retorno", en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico. De modo que el precepto que sanciona el tráfico de drogas -u otro delito- no puede comprender íntegramente el desvalor de las actividades posteriores de blanqueo.

b) El legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente, ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca, que tutela el orden socioeconómico, y dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue.

c) Y sobre todo por entender que este bien jurídico no ponderado en la sanción del delito inicial, justifica que el blanqueo deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, precisamente por constituir la condena del blanqueo instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada que directa o indirectamente se apoya en la generación de riqueza ilícita y en un retorno encubierto de circuito legal de capitales.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- En el caso que nos ocupa y en relación a la alegación del recurrente de ser el origen delictivo de los bienes un elemento objetivo que debe probarse como cualquier otro esencial del delito, lo que no acaece ante la falta de especificación en la sentencia de cual sea el delito precedente, conviene recordar que en el ámbito penal comenzó el legislador incluyendo esta clase de delitos entre los de receptación, primero respecto del dinero procedente del tráfico de drogas (LO 1/1988), después para el procedente de "delito grave" (CP 1995). Más tarde para el dinero procedente de "cualquier delito" (LO 15/2003). Finalmente, en la LO 5/2010, da el nombre de "blanqueo" a esta figura delictiva, la separa del delito de receptación, puntualiza que los bienes a blanquear han de proceder de "una actividad delictiva", no ya de un delito.

Pues bien de conformidad con la doctrina reiterada de esta Sala- STS 303/2010, de 3 de marzo, con citación de otras muchas-, admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo, y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso se exige que se haya dictado sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tienen como origen un hecho típico y antijurídico. Tampoco se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente, pues el requisito de la necesidad de la condena previa haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo. Basta pues con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo. Las SSTs. 857/2012 de 9.11, 483/2007 de 4.6, 575/2003, son claras al señalar que: "Pudiera pensarse, desde una óptica interpretativa estrictamente formalista, que sin condena por delito o en general, sin declaración judicial de la existencia de delito, no puede aplicarse el art. 301 C.P.

Sin embargo, la doctrina de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse. Recordemos la S. nº 1704 de 29 de septiembre de 2001, que pone de manifiesto que ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación "se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan. La ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado".

En igual sentido la STS. 928/2006 de 5.10, precisa que "el origen delictivo de los bienes es evidentemente un elemento del tipo penal objetivo con todas las consecuencias que de ello se derivan. En lo que aquí interesa como elemento del tipo debe ser objeto de la prueba, y, en este sentido se debe destacar que no rige al respecto ninguna regla especial. Por lo tanto, son aplicables a la prueba del "origen delictivo de los bienes" los principios enunciados en las SSTC. 174/85, 175/85 y 229/88, según las cuales el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba



indiciaria". Es decir: el delito origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario, pues el texto del art. 301 CP. no lo exige, que exista una sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior determinado, sin que el acusado por el delito del art. 301 CP. haya sido el autor del delito.

En definitiva, admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera procedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico (SSTS. 19.9.2001, 19.12.2003, y 23.12.2003), y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente (STS. 23.2.2005), por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la practica la aplicación del tipo de blanqueo.

Siendo así la sentencia de instancia condena al recurrente como autor de un delito de blanqueo porque sabedor, entre otras vías de conocimiento, por la información publicada en el periódico "La Tribuna" de fecha 19.10.05, que el también acusado, Carlos . había resultado agraciado en el sorteo de la Organización Nacional de Ciegos Española (O.N.C.E.) celebrado el día 17,10.05 al resultar premiados los diez cupones del premio a las cinco cifras de las series comprendidas entre la NUM014 y NUM015 correspondientes al número NUM016 , y con el fin de aflorar y dar apariencia de legalidad a parte de los capitales recibidos de José , antes descritos, le compraron cinco de los cupones premiados. Dichos cupones fueron presentados al cobro por Amparo , en connivencia con su marido y sabedora del origen delictivo del dinero, y su importe ingresado en la libreta de ahorro nº NUM017 , cuyos titulares son Luis y Amparo , consiguiendo así sacar con apariencia de legalidad ciento sesenta y cinco mil euros (165.000 euros), solicitando Amparo la emisión de un cheque bancario librado contra la libreta de ahorro antes dicha por importe de 154.948'16 euros, siendo la mercantil Oncisa, S.L., la beneficiaria del cheque bancario.

Con este capital los acusados, Luis y Amparo , adquirieron el día 04 05.06 dos locales en el conjunto residencial la Noria de Maniva (Málaga) a la mercantil ONCISA SL por un precio de ciento sesenta y seis mil novecientos se esta euros sin incluir el IVA (166.970 euros).

Procedencia de dinero del delito de cohecho antecedente que se reitera en el apartado quinto de sus hechos probados "actos para introducir en el mercado los capitales recibidos ilícitamente", en el que se detallan las sucesivas operaciones realizadas por el recurrente y su esposa "a fin de aflorar el dinero ilegalmente obtenido a cambio de beneficiar urbanísticamente al entramado societario de Magestic, y darle apariencia de legalidad..."

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- El motivo décimo al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 21.6 CP en relación del art. 66.1.2 CP al no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas, atendiendo al transcurso de casi quince años desde que ocurrieron los hechos hasta el momento de su enjuiciamiento, debiendo apreciarse como muy cualificada.

El recurrente argumenta en apoyo de su pretensión que: "Comprobamos que el Ministerio Fiscal presenta su denuncia el 9 de julio de 2010, junto con la mayor parte de documentación relativa a los expedientes objeto de investigación y enjuiciamiento. El Auto de incoación del procedimiento se dicta el día 30 de septiembre de 2010, transcurridos ya casi diez años desde que comenzaran los hechos; el Auto de finalización de la fase de instrucción y la continuación por los trámites del procedimiento abreviado se dicta el día 8 de julio de 2015 (sin foliar, documento pdf 442, tomo 17). Posteriormente el Auto de apertura de juicio oral se dicta el 15 de diciembre de 2015 (folio 7.061, tomo 18), y la diligencia de ordenación en virtud de la cual se remiten las actuaciones para enjuiciamiento es del día 3 de noviembre de 2016. Sin embargo, interesa a esta parte resaltar que mediante diligencia de ordenación del dieciocho de abril de 2016, se había señalado el enjuiciamiento de las actuaciones para el 24 de octubre de 2016, sin embargo, a través del recurso de reposición correspondiente de una de las partes (presentado en los tres días siguientes), la Sala no procedió a realizar el siguiente señalamiento hasta el tres de noviembre de 2016, es decir, hasta casi 7 meses más tarde tardó la Sala en resolver el respectivo recurso de reposición presentado, y proceder por tanto, a señalar un nuevo día de enjuiciamiento de los hechos.

En este punto, vemos que no se enjuician los hechos hasta el año 2017, -desde el 27 de marzo hasta el 7 de abril-, y la Sentencia aquí recurrida no se dicta hasta el 4 de julio de 2017.

Ni la naturaleza de los hechos, ni las circunstancias del litigio permiten desvirtuar las anteriores consideraciones. Asimismo, la dilación incurrida en la sustanciación del procedimiento penal no es imputable a la conducta procesal desplegada por mi representado. Y, en atención a estas circunstancias, tal y como alegamos a continuación, debe apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas, y esta debe ser calificada como muy cualificada".

El motivo debe ser desestimado.



Como hemos dicho en SSTs 196/2014, de 19 de marzo; 115/2017, de 17 de marzo; 817/2017, de 13 de diciembre; 86/2018, de 19 de febrero; 152/2018, de 2 de abril, la reforma introducida por L.O. 5/2010, de 22.6 ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras (SSTs. 27.12.2004, 12.5.2005, 25.1, 30.3 y 25.5.2010).

Ahora bien que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo STS. 30.3.2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTs. 875/2007 de 7.11, 892/2008 de 26.12, 443/2010 de 19.5, 457/2010 de 25.5, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).

Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24-2 CE mediante la cual poniendo la parte al órgano jurisdiccional de manifiesto en inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa.

En este sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7-4, recuerda que para apreciarse la queja basada en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es requisito indispensable que el recurrente les haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en la misma. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la



paralización en la tramitación del proceso con lo que se presiona el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos de los que, tras la denuncia del interesado -carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso-, el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable, podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este tribunal.

Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo STS 1497/2010, de 23-9; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (art. 11.1 LOPJ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación (STS 654/2007, de 3-7; 890/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatar una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En definitiva conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante (STS. 21.7.2011).

Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora le siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTC. 153/2005, 177/2004, 237/2001, SSTS. 470/2010 de 20.5, 271/2010 de 30.3, 202/2009 de 3.3, 40/2009 de 28.1, 892/2008 de 26.12, 705/2006 de 28.6, 535/2006 de 3.5, 1293/2005 de 9.11, 858/2004 de 1.7, 1733/2003 de 27.12).

Y respecto a la consideración como cualificada de la dilación en la ordinaria exige que además de indebida sea "extraordinaria", en la cualificada estos elementos que configuran la razón atenuatoria tienen que ser de forma relevante e intensa, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente, que sea superextraordinaria (SSTS 739/2011, de 12 de julio; 484/2012, de 12 de junio; 370/2016, de 28 de abril; 474/2016, de 2 de junio; 739/2016, de 5 de octubre.

También precisa la STS 318/2016, de 15 de abril, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para



el acusado superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser la ansiedad que ocasiona esta demora, genera en el interesado una conmoción animada de relevancia debidamente contrastada, o que durante ese extraordinario periodo de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que debe ser compensado por los órganos judiciales (STS 318/2016, de 15 de abril).

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- En el caso presente la parte no postuló en la instancia la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas y menos aún con el carácter de muy cualificada.

- No es factible alegar como dilación el tiempo transcurrido desde que los delitos se cometieron. No hay tramitación mientras no hay procedimiento. El tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos y la incoación del procedimiento tiene relevancia en cuanto a la prescripción pero no en relación a esta atenuante. No es computable a estos efectos pues la atenuante no es una especie de "sanción procesal" al perjudicado por no haber denunciado antes los hechos.

No estamos -se dice en la STS 377/2016, de 3 de mayo- ante dilaciones procesales, sino ante retrasos en la averiguación de un delito. No es eso lo que se contempla en el art. 21.6 CP. Son reprochables las dilaciones indebidas causadas durante el proceso, no el tardío descubrimiento de los hechos o del autor. Si se efectúa una rebaja penológica es para compensar el padecimiento por el sometimiento a un proceso penal durante un largo periodo de tiempo. El dies a quo para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso (STEDH de 15-07-82 y 28-10-2003 caso López Sole y Martín Vargas c. España).

El derecho se refiere al proceso sin dilaciones no a un hipotético derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su autor (SSTS 250/2014, de 14 de marzo; 371/2015, de 17 de junio).

Desde la comisión del hecho hasta la iniciación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzaría desde que se adquiere la condición de imputado pues solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009, de 30 de septiembre).

Y en el supuesto que se examina se trata de una causa compleja, compuesta por 18 tomos, además de los tomos de la prueba documental, con pruebas periciales de cierta envergadura por la dificultad de su realización y con ocho acusados, no puede entenderse como excesivamente prolongado el plazo de 7 años para su investigación y enjuiciamiento, pero en cualquier caso la posible existencia de pequeñas dilaciones no puede traducirse en la apreciación de la atenuante como muy cualificada, sino tan solo como simple, sin que ello tenga su reflejo en la pena privativa de libertad que se ha impuesto en su mínima extensión, dada la fecha de comisión de los hechos y la carencia de antecedentes penales de los acusados, si bien estas circunstancias no han tenido su reflejo en las penas de inhabilitación absoluta y especial debido a la gravedad de los hechos.

RECURSO Amparo

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- El motivo primero por la vía del art. 5.4. LOPJ por infracción de precepto constitucional, derecho fundamental a la intimidad, art. 18; a la presunción de inocencia, art. 24; a un proceso con todas las garantías del art. 24.2., en relación con el art. 53.1 del propio texto constitucional en relación a la averiguación patrimonial, y en virtud del art. 11.1 LOPJ.

Se alega que consta en la causa oficio policial de 11 de abril de 2011 en el que se comunica al Juez de Instrucción que se ha procedido a realizar una investigación patrimonial del investigado Luis , así como a examinar los protocolos notariales, añadiendo que se aportan notas simples telemáticas del Registro Central de Registradores de la Propiedad. Señala que las notas simples telemáticas no contienen datos económicos de la operación y, por tanto, de naturaleza tributaria, sin embargo, en el oficio se hace mención de determinadas cantidades económicas cuya única forma de conocerlos es accediendo a los protocolos notariales. Por tanto, cuestiona que los agentes de policía, que actuaban bajo las órdenes del Fiscal, pudieran acceder a datos de naturaleza tributaria, no existiendo ni habilitación legal ni resolución judicial que les habilitara, la cual fue dictada posteriormente con fecha 15 de abril de 2011, autorizándoles a realizar una investigación patrimonial del Sr. Luis .

Esta pretensión ha sido analizada en el fundamento de derecho segundo apartado 2 g) "vulneración del derecho a la intimidad por la investigación patrimonial de Luis y Amparo , razonando que El Ministerio Fiscal, conforme lo define la Ley 50/1.981, de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional



en el Poder Judicial y tiene encomendado, entre otras funciones, la misión de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, por lo que podrá requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes.

Por otro lado, el artículo 11.2.d de la LO 15/99, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal, establece que no será necesario consentimiento expreso para comunicar datos de carácter personal a un tercero cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

La Agencia Tributaria desarrolla el deber de colaboración con los órganos jurisdiccionales, establecido en los artículos 118 de la Constitución Española y 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a través de diversas funciones, entre las que destacan el auxilio judicial y el peritaje en procesos de delito contra la Hacienda Pública, el suministro de información tributaria, telemática e individualizada, a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal y el ejercicio de la función de policía judicial por los funcionarios de Vigilancia Aduanera.

La Agencia Tributaria dispone, además, de una Unidad de apoyo a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (Fiscalía Anticorrupción), cuya función consiste en realizar los informes, auditorías y actuaciones que le requiera el Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial o el Fiscal General del Estado.

De lo expuesto se concluye el amparo legal con que cuenta el Ministerio Fiscal cuando solicita información patrimonial de los investigados a la Agencia Tributaria, en las diligencias de investigación nº 1/09, origen de las DP 1.566/10, de las que dimana la DP nº 548/13, ambas del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Estepona, por lo que la nulidad pretendida debe ser rechazada, pues ninguna vulneración del derecho a la intimidad se ha producido.

En el mismo sentido, las resoluciones judiciales que acuerdan investigar el patrimonio de los imputados, tras ponderar los intereses en conflicto, se encuentran suficientemente motivadas. complementadas, además, por remisión a la completa información que se ofrece por la policía en los oficios policiales en los que se solicita, de lo que ha de concluirse que ninguna vulneración del derecho a la intimidad se ha producido, por lo que la nulidad pretendida debe ser rechazada.

Razonamiento que debe ser asumido en esta sede casacional. El origen del presente procedimiento trae causa en las Diligencias de investigación nº 1/09 de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, a partir de la cual se instruyeron las Diligencias Previas 1.566/2010, de las que dimana esta causa. Pues bien, es el curso de las Diligencias Previas 1.566/2010 cuando tiene lugar el informe conjunto de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. Así en el oficio se dice que "investigación judicial que se inicia desde principios de noviembre del pasado año, dando origen una vez autorizado por los correspondientes autos judiciales, entre otras cuestiones, a la realización de investigación económica y financiera de los principales investigados, auxiliados en dicho cometido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria". En consecuencia, la investigación patrimonial fue autorizada por resoluciones dictadas dentro de esas Diligencias Previas, que fueron ampliadas a medida que avanzaba la investigación.

Pero, además, su queja de que no es posible obtener datos económicos de las notas simples telemáticas del Registro choca con el examen de esas notas simples, en las que consta el importe de la concreta operación de venta, así como en su caso el importe de los préstamos hipotecarios suscritos.

Por lo expuesto el motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- El motivo segundo por la vía del art. 5.4. LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al no existir pruebas suficientes para desvirtuar tal derecho.

Alega que a lo largo del procedimiento no existe ninguna vinculación de la recurrente ni con el Ayuntamiento de Casares, ni con las empresas Magestic, que pudiera llegar a la conclusión que conocía el origen ilícito del dinero en el que compraron los cinco cupones premiados de la ONCE, cuyo importe ascendía a 165.000 euros, que fueron ingresados en la libreta de ahorros, titularidad de Luis y la recurrente, esposa del anterior.

El Motivo se desestima.

- Respecto del conocimiento del origen ilícito, decíamos en la STS 974/2012, de 5 de diciembre, viene indicado en las expresiones "sabiendo", "para" y "a sabiendas" que usa el art. 301 en sus párrafos 1 y 3. Este conocimiento exige certidumbre sobre el origen, si bien no es necesario el conocimiento de la infracción precedente en todos sus pormenores o con todo detalle (STS 1070/2003, de 22 de julio) aunque no es suficiente la mera sospecha. Tal conocimiento debería alcanzar la gravedad de la infracción de manera general. En efecto ese conocimiento, el referente legal lo constituye la expresión "sabiendo" que en el lenguaje



normal equivale a tener conciencia o estar informado. No implica, pues, saber (en sentido fuerte) como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna realización; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a que atenerse respecto de alguien (sTS. 2545/2001 de 4.1).

En definitiva en el plano subjetivo no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, solo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas) sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave (ahora ya de cualquiera, aunque no sea grave) por ejemplo por su cuantía, medidas de protección, contraprestación ofrecida, etc. Así, la STS. 1637/2000 de 10.1 destaca que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave (STS. 2410/2001 de 18.12), o del tráfico de drogas, cuando se aplique el subtipo agravado previsto en el art. 301.1, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad (STS. 1070/2003 de 22.7, 2545/2001 de 4.1).

En el caso actual ha quedado acreditado que Luis y Amparo afloraron 160.000 euros a través de la adquisición de cinco cupones premiados de la ONCE y un importe ingresado en una libreta de ahorros titularidad de aquellos, solicitando Amparo la emisión de un cheque bancario librado contra dicha libreta de ahorros por importe de 154.948'16 euros, que fue entregada a la entidad Oncisa SL para la compra de dos inmuebles en Manilva (Málaga).

El conocimiento de la procedencia delictiva de aquel dinero se infiere del incremento patrimonial que la sentencia detalla en el apartado de los hechos probados. Incremento desproporcionado del patrimonio de un marido que no puede justificarse con sus ingresos ordinarios y que en nuestro ordenamiento podría originar la aparición de un delito fiscal del art. 305 CP o la de un delito de blanqueo de capitales ya que el art. 301 CP tipifica la tenencia o transmisión de bienes que litigan "su origen es una actividad delictiva".

Es cierto que esta Sala, SSTS 346/2009, de 2 de abril; 68/2001, de 15 de febrero; 415/2016, de 17 de mayo, ha recordado que en el derecho vigente ya no rige la presunción del dolo que existió con anterioridad a la modificación del Código penal de 1983 que instauró en el derecho penal el principio de culpabilidad.

Las reformas del Código Penal introducidas por la LO 8/1983 y la LO 10/1995 derogaron de manera clara la presunción de dolo que contenía el art. 1 del antiguo Código penal. Al introducir una expresa regulación del error sobre los elementos de la infracción penal y subrayar las exigencias del principio de culpabilidad, el Legislador dejó claro que el elemento cognitivo del dolo constituye un presupuesto de la responsabilidad penal que debe ser expresamente probado en el proceso.

En alguno de los precedentes de esta Sala, no obstante, se ha mencionado la "ignorancia deliberada", como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo (hecho constitutivo de la infracción penal en la terminología del art. 14.1 CP o de un hecho que cualifique la infracción penal, como es el caso de la cantidad de notoria importancia discutida en el recurso).

Este punto de vista ha sido fuertemente criticado en la doctrina porque se lo entendió como una transposición del "willful blindness" del derecho norteamericano y porque se considera que no resulta adecuado a las exigencias del principio de culpabilidad, cuyo rango constitucional ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional. Asimismo se ha llamado la atención sobre el riesgo de que la fórmula de la "ignorancia deliberada" -cuya incorrección idiomática ya fue señalada en la STS de 20-7-2006- pueda ser utilizada para eludir "la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual", o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo.

Debemos, por lo tanto, aclarar que en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo. Asimismo tampoco cabe impugnar la aplicación del principio "in dubio pro reo" realizada por los Tribunales de instancia sobre los hechos con apoyo en un supuesto "principio" de la ignorancia deliberada.

Nuestra jurisprudencia referente al concepto de dolo eventual ha establecido que en aquellos supuestos en los que se haya probado que el autor decide la realización de la acción, no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de que se dan en el hecho los elementos del tipo objetivo, manifestando indiferencia respecto de la concurrencia o no de estos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del art. 14.1 CP. Esta situación, como se ha dicho, es de apreciar en aquellos casos en los que



el autor incumple conscientemente obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los elementos del hecho, como en el delito de blanqueo de capitales, o en los delitos de tenencia y tráfico de drogas, cuando el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo; es decir: cuando está acreditado que estaba decidido a actuar cualquiera fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo. En todo caso, la prueba de estas circunstancias del caso estará a cargo de la acusación y sometida a las reglas generales que rigen sobre la prueba.

En el caso presente la sentencia describe en el factum una conducta activa de la recurrente no solo de la compra de los cupones premiados y la ulterior inversión de su importe, sino en la conjunta adquisición con su marido de tres sociedades, bienes inmuebles y la compra por su parte de un vehículo Mercedes por importe de 36.000 euros, hechos que se han detallado en el recurso interpuesto por Luis .

Consecuentemente la referencia de que esta recurrente conocía el origen delictivo empleado en estas operaciones, resulta lógica y razonable.

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- El motivo tercero por la vía del art. 5.4. LOPJ por infracción de preceptos constitucionales, derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación a la falta de motivación de la sentencia en relación al delito de blanqueo de capitales, consagrado en el art. 24 y 120 CE, lo que implica que la acusada pueda tener un exacto conocimiento de por qué la Audiencia llega a la conclusión a que llega y el iter lógico que forma la convicción interna de aquella a la hora de dictar la sentencia.

El motivo debe ser desestimado.

El T.C. nº 165/93, 158/95, 54/97 ha fijado la finalidad, alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación sería hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficientes para cubrir la esencial finalidad de la misma: que el juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC 256/2000, de 30 de octubre dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho de acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (STC 14/95, de 24 de enero; 199/96, de 4 de junio; 20/97, de 10 de febrero).

Por tanto, el mandato constitucional del art. 120.3 acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas, es asimismo una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24.1 del mismo texto constitucional.

Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Así, se ha señalado, entre otras en la STS 584/98, de 14 de mayo, que, por lo que se refiere especialmente a las sentencias, la motivación debe abarcar sus tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado; subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas, y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

En efecto, como dicen las SSTS 485/2003, de 5 de abril y 1132/2003, de 10 de septiembre, las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido art. 120.3 CE.

Además la motivación requiere del tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial. De esta manera, la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la ley. Permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

En el caso presente es cierto que el apartado 7 del fundamento jurídico séptimo carece de motivación, pero en el fundamento tercero, apartado 5.1 la sentencia explicita motivadamente los indicios que fundamentan la condena de ambos acusados por el delito de blanqueo.



CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- El motivo cuarto por la vía del art. 849.1 por aplicación indebida de los arts. 28 en relación con el 301 CP en su redacción anterior al año 2010 al entender que podría tratarse de un delito de blanqueo que no sería punible antes de la reforma del CP de 2010.

El motivo se desestima. La posibilidad de autoblanqueo ya ha sido analizada en el motivo noveno del recurso interpuesto por Luis , remitiéndonos a lo ya argumentado para evitar repeticiones innecesarias, máxime cuando en el caso presente en relación a Amparo no se da esta solución, dado que no ha sido acusada ni condenada por el delito antecedente de cohecho.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- El motivo quinto por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 301 CP al entender la parte recurrente que de los hechos probados se deduce su participación a título lucrativo del art. 122 CP.

El motivo se desestima.

En la reciente sentencia de esta Sala STS 467/2018, de 15 de octubre, recordamos las notas características de esta participación a título lucrativo recogida en el art. 122 que prevé la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil (STS 532/2000 de 30.3; 1394/2009, 57/2009).

La jurisprudencia de esta Sala - STS 227/2015 de 6-4; 433/2015, de 2-7 -, se ha pronunciado sobre las características del tercero partícipe a título lucrativo, declarando que se define por las siguientes notas:

1º) Que exista una persona, física o jurídica, puesto que se trata de la exigencia de una responsabilidad civil y ésta es susceptible de hacerse contra los entes sociales con personalidad reconocida por el derecho, que hubiere participado de los efectos de ese delito, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica.

2º) El adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del "crimen receptionis" en concepto de autor, cómplice o encubridor. La condena como responsable penal origina la aplicación del art. 116 CP y no del art. 122 CP.

3º) Por tanto no se trata de una responsabilidad ex delicto sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita (art. 1305 C.Civil). En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal según el cual no cabe su enriquecimiento con causa ilícita (STS 324/2009, de 27-3).

4º) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material - o cómplice - del delito, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento /enriquecimiento lucrativo que haya tenido.

En definitiva la gran ventaja que tiene el art. 122 CP es la de permitir que dentro del propio proceso penal el perjudicado pueda obtener el resarcimiento de aquella parte en que se haya beneficiado a título lucrativo al que no haya participado en el delito, lo que dada la naturaleza civil y no penal de la causa, la restitución de no existir tal precepto se hubiera obligado a un proceso civil, con las consecuencias de tiempo y coste procesal que ello acarrea.

En la Sentencia 212/2014, de 13 de marzo, se expresa que la responsabilidad civil del art. 122 CP es solidaria y no acumulativa. No es que el tercero responsable civil tenga que pagar una cantidad adicional a sumar a la correspondiente al responsable penal principal. Sencillamente responde solidariamente y de manera conjunta con el responsable penal del importe de su beneficio.

En la Sentencia 287/2014, de 8 de abril, se recuerda que jurisprudencialmente se ha determinado que son requisitos para la aplicación del precepto: 1º) Que alguien se aproveche del delito o falta. 2º) Que la persona obligada a restituir o resarcir no haya sido condenada como autora o cómplice de la infracción penal, correspondiente. 3º) Tal participación a los efectos de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo no oneroso. Concurriendo estos requisitos no se produce obligación de restituir, reparar o indemnizar como si se tratara de un responsable penal, la del art 116, con el contenido de los arts 109 y ss CP, sino otra diferente que tiene como causa el mencionado enriquecimiento ilícito y como límite la cuantía de su propio beneficio (Cfr SSTS 9-3-1974, 5-12-1980, 20-3-1993, 21-12-1999, 14-6-2000, 25-2-2003, 24-9-2004, 28-11-2006, 9-5-2007, 11-9-2007; 1024-2009, de 24 de septiembre;114/2009, de 11 de febrero). Y esta Sala ha declarado que se encuentra en el caso la esposa del acusado, que se benefició indebidamente de sumas de dinero que



fueron ingresadas en su cuenta corriente, sin que hubiera tendido intervención alguna en el delito cometido por su esposo, en cuantía que se determinará en ejecución de sentencia (Cfr. STS 532/2000, de 30 de marzo; STS 1313/2006, de 28 de noviembre; 1224/2006, de 7 de diciembre).

En la Sentencia 324/2009, de 27 de marzo, declara que "es cierto que tal participación lucrativa, no requiere el conocimiento ilícito de la actividad del autor del delito, sino única y exclusivamente la participación, es decir, el hecho objetivo de la recepción del dinero. Pero claro es que está pensado para la intervención de un tercero, de modo alguno para quien está acusado de la comisión delictiva, y resulta absuelto. En el caso de A G R, la cuestión es mucho más clara, ya que ha sido acusada directamente de cooperadora necesaria de los delitos propuestos, de manera que en modo alguno es un tercero en concepto de partícipe lucrativo. El precepto comentado está pensado para los casos en que no es posible la responsabilidad civil a cargo del acusado, porque el dinero se encuentra en poder de un tercero, que desconoce su origen ilícito, pero que no puede serle atribuido a título delictivo. Esta es la verdadera esencia de la participación lucrativa a que hace referencia el art. 122 del Código penal. De modo que esta Sala ha declarado que se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito, cuando se trata de un tercero, porque el conocimiento de la procedencia delictiva, junto con la recepción material, daría lugar a responsabilidades penales. Y como se ha dicho, el artículo 122 se refiere exclusivamente a una cuestión de naturaleza civil. Como dice la STS 362/2003, de 14 de marzo, se trata de la llamada receptación civil: aquel que no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido a virtud de un "título lucrativo". No basta, pues, que una persona haya resultado beneficiada. Y no se trata de un caso de responsabilidad civil "ex delicto", sino de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada. No siendo, pues, terceros a este proceso, sino verdaderos acusados absueltos, el motivo no puede prosperar".

- Con base en esta interpretación jurisprudencial para que un enriquecimiento sea considerado "injusto" en el sentido del art. 122 CP, no basta con que una persona haya resultado beneficiada por la comisión de un delito para aplicar esta figura. La participación a título lucrativo implica tanto la ausencia de dolo, como la obtención de un beneficio por un título (causa, razón o motivo) que necesariamente ha de ser lucrativo, esto es gratuito, de otro.

Estas características de la participación a título lucrativo en el Código Penal español son resumidas en la STEDH de 24-9-2013; en los siguientes términos:

"está claro que conforme al art. 122 del Código penal podrá presentarse una demanda civil dentro del marco de las actuaciones penales contra aquéllos que, aunque exentos de cualquier responsabilidad penal, no obstante, se hayan beneficiado económicamente del presunto delito, en cuyo caso se pueden considerar civilmente responsables conforme a esa disposición. En este sentido el tribunal observa que, según la jurisprudencia nacional, el art. 122 regula una "obligación civil" en cuya base no se encuentra la comisión de un delito sino haber obtenido un beneficio gratuito. Se deduce de la jurisprudencia nacional que el hallazgo de un delito es crucial para la aplicación del art. 122 CP también y fundamental para su aplicación que la persona respecto a que se ha determinado la responsabilidad civil conforme a esa disposición no se haya visto involucrada en la comisión de ese delito, y aún más importante, que él o ella debería desconocer la naturaleza penal de las circunstancias".

En el caso presente el hecho probado, cuyo escrupuloso respeto exige el motivo articulado por la vía del art. 849.1, recoge como "el matrimonio constituido por los acusados Luis y Amparo, a fin de aflorar el dinero ilegalmente obtenido a cambio de beneficiar urbanísticamente al entramado societario de Magestic y darle apariencia de legalidad adquirieron..." conocimiento del origen delictivo del dinero que impide pueda ser aplicable la figura del partícipe a título lucrativo del art. 122 CP.

CUADRAGÉSIMO NOVENO.- El motivo sexto por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 28 y 301 CP en su redacción anterior al año 2010 al entender que no han quedado acreditados los delitos subyacentes que se dicen cometidos por su marido Luis y José.

La cuestión planteada ya ha sido analizada en el motivo noveno del recurso interpuesto por Luis al que nos remitimos en aras de la brevedad, debiendo solo insistirse en que el tipo penal de blanqueo no exige la previa condena del delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, sino que queda integrado con la mera existencia de bienes o ganancias procedentes de un anterior delito (SSTS 198/2003, de 10 de febrero; 483/2007, de 4 de junio; 1372/2009, de 28 de diciembre).



La jurisprudencia, por tanto, ha establecido que no es preciso acreditar una condena anterior por el delito del que proceden los bienes o dinero lavado, siendo bastante con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo (STS 154/2008, de 8 de abril). En definitiva la tendencia, hasta ahora imperante en la doctrina y la jurisprudencia se inclina por entender que el elemento del delito grave de origen no tiene que aparejar la existencia de una sentencia firme condenatoria, estableciéndose, por tanto, un criterio de accesoriedad mínima para la aplicación del delito de blanqueo.

Y en el caso presente, como ya se ha señalado en motivos precedentes, el origen del dinero tenía su origen en las dádivas recibidas por Luis de José con la finalidad de obtener este un trato privilegiado y beneficioso en las actuaciones urbanísticas que se proyectaron en el sector UR-7A del

RECURSO Nemesio

QUINCUGÉSIMO.- El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24 CE con afectación del art. 24.2 CE en relación con las afirmaciones sobre elementos fácticos contenidos en dos fundamentos jurídicos: el tercero, apartado 3.3, y el séptimo, apartado 7.3.

Alega que "la Sentencia introduce indebidamente en la fundamentación jurídica elementos fácticos en los que funda la condena por delito de prevaricación urbanística ajenos al Sr. Nemesio y que se vierten sin que se hayan determinado previamente los hechos como probados; también se deslizan consideraciones sobre hechos sin que se relacionen o identifiquen las pruebas referentes a tales hechos; y finalmente, buena parte de los hechos deslizados están en contradicción con la prueba practicada. Se vulnera la tutela judicial efectiva del Sr. Nemesio , y se le provoca indefensión pues no puede defenderse de hechos que no le conciernen, y al tiempo se vulnera el derecho a su presunción de inocencia. No cabe condenar a alguien en virtud de hechos que le son ajenos, tampoco cabe desvirtuar la presunción de inocencia sin prueba alguna sobre lo manifestado; aún menos ello es posible cuando la prueba practicada contradice los hechos introducidos inapropiadamente".

Así la sentencia establece en el fundamento de derecho tercero, apartado 3, un relato que parte de premisas que no concurren respecto de este recurrente, al afirmar que la licencia de obras y la licencia de primera ocupación "son colofón de múltiples actuaciones irregulares", "consecuencia de los pactos ilícitos entre el alcalde y el promotor".

Y en el fundamento de derecho séptimo, apartado 7.3, afloran afirmaciones referentes a elementos fácticos que no figuran en el relato de hechos probados, como que se afirma que la contratación del Sr. Nemesio se realizó a instancias del Sr. Alcalde para emisión del informe técnico favorable y de ahí infiere sin más, que era para que emitiese un "informe a favor" y llega a afirmar que el Sr. Nemesio surge como uno de los pilares del alcalde para dar cobertura jurídica interesada a actuaciones administrativas que respondían negativamente a los intereses de Magestic.

Afirmaciones que no guardan correlación con ningún hecho probado anterior y que imponen infracción del art. 24.1 CE, presunción de inocencia.

El motivo debería prosperar.

Como hemos dicho en STS 927/2013, de 11 de diciembre, la cuestión relativa a si los hechos que el tribunal declara probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelta tradicionalmente por la jurisprudencia con un criterio flexible que permite valorar como hechos probados las afirmaciones fácticas efectuadas con claridad y precisión en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia.

Sin embargo, no puede ignorarse que esta forma de proceder tiene sus defectos e inconvenientes. De un lado porque no es la forma correcta de redactar las sentencias. De otro, porque introduce complicaciones innecesarias para la impugnación al obligar al recurrente a buscar en todo el texto de la sentencia aquello que podría ser considerado como un hecho probado. Y por ultimo, porque asimismo implica una cierta dosis de inseguridad, pues tampoco es del todo claro el criterio que después, ya en la resolución del recurso, va a ser utilizado para distinguir lo que es un hecho de lo que constituya en realidad una mera argumentación.

Posturas que se han mantenido son las tres siguientes.

A) En primer lugar, la tradicional, ya apuntada, que entiende que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación (SSTS. 1.7.92, 24.12.94, 21.12.95, 15.2.96, 12.12.96, 987/98 de 20.7, 1453/98 de 17.11, 1899/2002 de 15.11, 990/2004 de 15.4) con la consecuencia que la impugnación de tales declaraciones como error de Derecho solamente resulta posible bien por la vía del art. 849.2 LECrim., bien por la del art. 24 CE. en relación con el art. 5.4 LOPJ.



B) En segundo lugar, la que niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia.

Postura mantenida en las SSTs. 788/98 de 9.6 y 769/2003 de 31.5, que consideran que la técnica de complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

Por ello si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos, -fácticos y jurídicos-, que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado. Por ello sería conveniente, como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, en mala parte, las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores.

C) Y en tercer lugar, una postura intermedia, que si bien parte de esta última afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus aspectos esenciales en relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico.

Postura recogida en SSTs. 945/2004 de 23.7, 1369/2003 de 23.7, 302/2003 de 27.2, 209/2003 de 12.2, 1905/2002 de 19.11, que admiten que en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementan el hecho probado, pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS. 22.10.2003), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. De acuerdo con estas consideraciones, nunca será posible que en una sentencia se contengan sus hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes o incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en estos casos, no resulta posible saber cuáles son los hechos completos que en definitiva, ha estimado el tribunal que daban probados, lo que impide consiguientemente el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes (STS. 23.7.2004).

En definitiva podemos concluir que todos los elementos del tipo incluidos los subjetivos del delito deben constar en todo caso en el apartado de hechos probados de la sentencia, sin que sea posible complementarlos con el contenido de la fundamentación jurídica.

QUINCUGÉSIMO PRIMERO.- En el caso presente, en relación al fundamento de derecho tercero, apartado 3.3 el Sr. Nemesio no tuvo intervención en el otorgamiento de la licencia de primera ocupación, no intervino en ninguna actuación irregular ni previa, concomitante o posterior, y por ello no formó parte ni tuvo participación alguna en esos pactos ilícitos entre alcalde y promotor.

Siendo así basar la condena en elementos que no le son propios, convierte en irracional el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho, al ser irracional fundar la culpabilidad del recurrente en relación con la licencia de nueva ocupación, al no intervenir en su concesión, es irrelevante motivar la culpabilidad del Sr. Nemesio aludiendo al colofón de múltiples actuaciones irregulares producidas entre terceros, en las que aquél no tuvo participación alguna, al igual que en ciertos pactos ilícitos entre los acusados Luis y José , en los que no intervino.

Y respecto al fundamento de derecho séptimo, apartado 7.3, aquellas afirmaciones se refieren a elementos fácticos que no figuran en el relato de hechos probados y que no sustentan en prueba alguna practicada en el juicio oral, y como tal deben eliminarse, al no tratarse de un hecho probado sino de una opinión del tribunal carente de sustento probatorio. No sucede lo mismo con los errores jurídicos en que se dice ha incurrido la sentencia como decir que informar en torno a una licencia de obras es función exclusiva del Secretario municipal o que informe del Sr. Nemesio era "prácticamente nuevo e ininteligible" o que el Sr. Nemesio ocultó a sabiendas la existencia de otros propietarios que le constaban existían. Cuestiones jurídicas que como tales no se incluyen, ni deben incluirse, en el relato fáctico.

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 28. 2b) en relación con los arts. 320.2 y 404 CP e incorrecta aplicación de los arts.



41 y 42 del Real Decreto 3288/78 de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, así como los arts. 55.1, 148 y 149 de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Argumenta que el Sr. Nemesio ha sido condenado como partícipe en un delito de prevaricación por un breve informe favorable a la concesión de una licencia. Se entiende con ello que el contenido del informe es grosero y absolutamente opuesto a la normativa urbanística. Y se entiende así porque el informe no consideraba como obstáculo para la licencia que no se hubiera aprobado ya la modificación del proyecto de reparcelación que estaba en tramitación, al estimar el informante que, dadas determinadas circunstancias que se explicitan y en aras al principio de celeridad, tal aprobación se iba a producir en breve, como de hecho así sucedió en pocos días.

Se explicita en el motivo que la subsunción penal realizada es insostenible, porque el propio ordenamiento urbanístico permite en casos como el informado prescindir del proyecto de reparcelación porque en todo caso sería, cuando menos discutible, porque en todo caso la posible irregularidad sería insustancial, porque en ningún caso ha quedado afectado el bien jurídico del delito de prevaricación.

El motivo, se adelanta, deberá ser estimado. Brevemente es necesario recordar que aunque suele ser generalizable la concreción de la conducta tipificada en el art. 320 CP como prevaricación "urbanística", en realidad del análisis de la conducta tipificada en el mismo se contiene mucho más que una conducta prevaricadora que tiene su referente básico en el art. 404 CP en el marco de los delitos contra la Administración Pública. Esta aseveración está justificada por el hecho de que precisamente la primera modalidad de conducta que tipifica el art. 320.1 CP es la de, a sabiendas, emitir informes favorables en proyectos de edificación (la reforma LO 5/2010, añadió instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, de parcelación, de reparcelación y construcción) contrarios a las normas de ordenación territorial o urbanísticas.

Emitir un informe significa suministrar un criterio técnico que aunque no sea vinculante, deba servir al órgano que aprueba el proyecto informado -es decir el órgano competente para dictar la resolución administrativa- para formar un criterio que le permita saber si el órgano consultivo considera o no contraria a la legalidad urbanística el proyecto de que se trata. Por tanto, quien finalmente dicte la resolución administrativa no es el órgano que informa sino el que ha dirigido el dictamen, por lo que siendo un requisito esencial para la presencia del comportamiento prevaricador el haber dictado un acto administrativo, queda claro que aquí se están tipificando también conductas que, stricto sensu no son de prevaricación -como indica la STS de 21-11-2009 la infracción penal "solo extiende la autoría a quienes, sin decidir, informen sobre la materia de la resolución administrativa"-.

En el caso presente, dando por reproducida la doctrina expuesta en el análisis de los motivos de los recursos de los coacusados José y Luis, la conducta de Nemesio, que se limitó a informar la licencia de obras, por cuya concesión han sido absueltos aquellos -esto es, tanto el que votó a favor de su aprobación como el inductor a tal actuación- cabe merecer igual pronunciamiento absolutorio.

En efecto la sentencia recurrida ha condenado a este acusado por un delito de prevaricación urbanística al emitir un informe en contra de los emitidos por el arquitecto municipal, sin que estuviese aprobada la modificación del proyecto de reparcelación, con infracción del art. 42 Reglamento de Gestión Urbanística y de los arts. 148 y 149 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, pero tal como se razona en el motivo, si hubo alguna irregularidad, esta era discutible y de menor entidad.

- Que la irregularidad fue meramente formal, a la vista de que el proyecto de parcelación fue aprobado a los pocos días y que por lo tanto no se produjo de hecho lo que la norma urbanística en su caso querría evitar, que es la edificación en un terreno sin reparcelar.

- Que la irregularidad formal quedaba en parte justificada por el principio de celeridad, que aconsejaba anticiparse a una decisión, la aprobación del Proyecto de Reparcelación, que - como confirmó la realidad - parecía inminente y segura.

- Que había un Proyecto de Compensación anterior del que solo se requerían pequeñas variantes y al que se ajustaba la licencia.

- Que en realidad a lo que afecta un Proyecto de Compensación es a las cuestiones de propiedad, mientras que las licencias se otorgan siempre sin perjuicio de la propiedad y derechos de terceros (art. 12.1 Reglamento de Servicios de Las Corporaciones Locales).

- Que a fin de cuentas la licencia se acomodaba a los planes urbanísticos aplicables, según se hacía constar en los precedentes Informes del Arquitecto municipal.

Siendo así no puede entenderse puesto en peligro el bien jurídico protegido en el tipo penal del art. 320: la correcta ordenación del territorio, la utilización racional del suelo como recurso natural, dado que si bien la



licencia de obras se concedió el 16-9-2005, el proyecto de reparcelación se aprobó el 11-10-2005, pero el promotor no retiró la licencia hasta el 12-4-2006, sin que conste que entre el periodo de la concesión de la licencia y la aprobación del proyecto de reparcelación, se ejecutara obra de edificación alguna.

La estimación del motivo y consiguiente absolucón de Nemesio hace innecesario el análisis del resto de motivos articulados en su recurso.

QUINGUAGÉSIMO TERCERO.- La estimación del recurso interpuesto por Nemesio y la estimación parcial de los interpuestos por José y Luis implica la declaración de oficio de las costas de sus respectivos recursos y la desestimación del recurso de Amparo la condena en costas de su recurso (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por **Nemesio** , contra sentencia de fecha 4 de julio de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, con declaración de oficio de las costas del recurso.

2º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por **José** , contra la referida sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso.

3º) Estimar el recurso de casación interpuesto por **Luis** , contra la referida sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso.

4º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por **Amparo** , contra la referida sentencia, condenándole en las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García Susana Polo García

RECURSO CASACION núm.: 2615/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 2008/2016 seguida por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 32/2015, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Estepona, por los delitos de fraude en la contratación, malversación de caudales públicos, prevaricación urbanística, cohecho y blanqueo de capitales, contra **D. José** , con NIE nº NUM006 , nacido en Erevan (Armenia) el día NUM026 de 1959, hijo de Florian y Virginia ; D. Luis , con DNI nº NUM027 , nacido en Casares (Málaga) el día NUM028 de 1955, hijo de Íñigo y Alicia ; D^a. Amparo , con DNI nº NUM029 , nacida en Montellano (Sevilla), el día NUM030 de 1959, hija de Marcelino y de Brigida ; y D. Nemesio , con DNI nº



NUM031 , nacido en Marbella (Málaga) el día NUM032 de 1965, hijo de Íñigo y Consuelo , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 4 de julio de 2017 que ha sido recurrida en casación por el procesados antes mencionados y ha sido **casada y anulada (parcialmente)** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, excepto del apartado 1, se suprime de párrafo 2 "al concertar dicho convenio ambos acusados tenían pleno conocimiento de que era perjudicial ... se concretó en la siguiente forma".

Se suprime del último párrafo "en detrimento de las arcas municipales".

Del apartado tercero licencias urbanísticas, 3.1. se suprime del párrafo 2º "a sabiendas de que con los informes técnicos negativos precedentes, dicha licencia no debía ser concedida", y del apartado 3.3. se suprime "sin estar suficientemente garantizada la terminación de las obras".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en los fundamentos de derecho 14, 15 y 16 de la sentencia precedente, los hechos no constituyen un delito de malversación de caudales públicos, debiendo ser absueltos del mismo los acusados José y Luis .

SEGUNDO.- En cuanto al delito de fraude por el que han sido condenados los anteriores acusados, no obstante lo razonado en el fundamento de derecho vigésimo de la sentencia antecedente, se mantiene la pena de prisión de un año, al se la mínima imponible, pero se reduce la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público a 8 años.

TERCERO.- Tal como se ha explicitado en los fundamentos de derecho 23, 24, 25 y 52 de la sentencia precedente, procede absolver a José , Luis y Nemesio del delito de prevaricación urbanística por el que han sido condenados.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Absolver a Luis de los delitos de malversación de caudales públicos y prevaricación urbanística por el que había sido condenado, con declaración de oficio de las costas correspondientes.

Condenarle como autor de un delito de fraude en la contratación a las penas de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por ocho años.

Mantener su condena por los delitos de cohecho y blanqueo de capitales.

2º) Absolver a José de los delitos de malversación de caudales públicos y prevaricación urbanística por los que había sido condenado, con declaración de oficio de las costas correspondientes.

Condenarle como autor de un delito de fraude en la contratación a las penas de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público por ocho años.

Mantener su condena por el delito de cohecho.

3º) Absolver a Nemesio del delito de prevaricación urbanística por el que había sido condenado, con declaración de oficio de las costas correspondientes.

4º) Mantener los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por la presente, especialmente la **condena a Amparo** como autora de un delito de blanqueo de capitales.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García Susana Polo García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ