



Roj: **SAP TF 2046/2018** - ECLI: **ES:APTF:2018:2046**

Id Cendoj: **38038370062018100117**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **6**

Fecha: **12/04/2018**

Nº de Recurso: **70/2016**

Nº de Resolución: **125/2018**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **AURELIO BERNARDINO SANTANA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2046/2018,**
STS 1803/2019

SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3 - 2ª Planta

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 51-49

Fax: 922 34 94 50

Email: s06audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Sección: VS

Rollo: Procedimiento abreviado

Nº Rollo: 0000070/2016

NIG: 3803843220120014768

Resolución: Sentencia 000125/2018

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0002331/2012-00

Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife

Interviniente: Rs 36/2016

Actor civil: Excmo. Ayuntamiento

Acusado: Aureliano ; Abogado: Juan Jose Rodriguez Martinez; Procurador: Carmen Blanca Mercedes Orive Rodriguez

Acusado: Benigno ; Abogado: Eduardo Ezequiel Garcia Peña; Procurador: Jorge Francisco Lecuona Torres

Acusado: Ceferino ; Abogado: Ladislao Jose Diaz Ruiz; Procurador: Dulce Nombre Maria Cabeza Delgado

Acción popular: Izquierda Unida; Abogado: Jose Montserrat Perez Ventura; Procurador: Alicia Luque Siverio

SENTENCIA

Presidente

D./Dª. ANA ESMERALDA CASADO PORTILLA

Magistrados

D./Dª. MARÍA VEGA ÁLVAREZ



D./D^a. AURELIO SANTANA RODRÍGUEZ (Ponente)

En la ciudad de Santa Cruz de Tenerife, a doce de abril de dos mil dieciocho.

Vista en nombre de S. M. el Rey, y en juicio oral y público, ante esta Audiencia Provincial, la causa Procedimiento Abreviado número 2331/12 procedente del Juzgado de Instrucción número 1 de Santa Cruz de Tenerife, Rollo de esta Sala 36/16 (número registro general 70/16), por delitos de prevaricación administrativa y delito de malversación de caudales públicos, contra Aureliano , con DNI NUM000 , representado por el Procurador Sr. Orive Rodríguez, y defendido por el Letrado Sra. Sancho Verdugo; contra Ceferino , con DNI NUM001 , representado por el Procurador Sra. Cabeza Delgado, y defendido por el Letrado Sr. Díaz Ruíz; y contra Benigno , con DNI NUM002 , representado por el Procurador Sr. Lecuona Torres, y defendido por el Letrado Sr. García Peña; en cuya causa es parte acusadora el Ministerio Fiscal, y en ejercicio de la acción popular, la entidad Izquierda Unida, representada por el Procurador Sra. Luque Siverio, y defendida por el Letrado Sr. Pérez Ventura; y como parte acusadora civil el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, defendida por el Letrado sr. Yumar García; y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. AURELIO SANTANA RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se declaran probados los hechos siguientes:

"PRIMERO: El día 7 de julio de 1998, Petra y Gabino , propietarios del inmueble sito en la CALLE000 n^o NUM003 y NUM004 de Santa Cruz de Tenerife, en el que se encuentra el edificio conocido como CASA000 , presentaron un escrito en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en virtud del cual instaban a la Corporación Local a la elaboración y desarrollo del Plan Especial que afectaba urbanísticamente al inmueble de su propiedad pues como se recogía en el escrito señalado, ante "la pasividad y falta de redacción del Plan deja en incapacidad total a los administrados", proponiendo diferentes actuaciones a la administración municipal con la finalidad de activar las oportunas actuaciones urbanísticas que permitieran desbloquear la situación jurídica del inmueble que limitaba extraordinariamente las posibilidades de aprovechamiento del mismo por parte de sus legítimos propietarios, mermando sustancialmente el rendimiento o valoración económica de la finca de su propiedad. Entre las soluciones propuestas por los propietarios en el escrito, plantearon al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife la adquisición del inmueble referido para su incorporación al patrimonio municipal. Con posterioridad, y con ese fin, los propietarios aportaron un informe de tasación del valor de la finca elaborado en fecha de 4 de julio de 1999 que no recogía en ningún caso las limitaciones al aprovechamiento urbanístico que afectaban al inmueble ofertado y cuya existencia era conocida tanto por los propietarios como por la Corporación Local, pues era el principal motivo que había provocado que presentaran su escrito de reclamación en el Ayuntamiento de 7 de julio de 1998. En este sentido, Petra y Gabino formalizaron una oferta de venta en fecha de 25 de septiembre de 2002, cifrando el precio de adquisición en la cuantía de 612.777,78 euros, importe que coincidía con el valor de tasación presentado por los vendedores. En la fecha de la referida oferta la dirección de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife la ejercía el acusado Aureliano , titular del D.N.I. n^o NUM000 , nacido el NUM005 /1964, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en cuanto era el Concejal de Urbanismo y por tanto Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, a tenor de lo que disponían al efecto los Estatutos de dicha entidad. Una vez que el informe de tasación y la oferta indicada se encontraban en poder del Ayuntamiento, el acusado, dada su condición de Consejero Director de la Gerencia encargó a los servicios técnicos urbanísticos del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife la elaboración de otro informe de tasación sobre la CASA000 , no obstante lo cual, con anterioridad a que los servicios técnicos lo presentaran, el acusado, en su intención decidida de adquirir el inmueble y sospechando que el informe de los técnicos municipales reflejaría un precio de valoración sensiblemente inferior al presentado por la parte vendedora, decidió encargar la elaboración de una tasación a la entidad Tinsa (Tasaciones Inmobiliarias Sociedad Anónima), siendo elaborado en fecha de 8 de octubre de 2002, informe que en ningún caso hacía referencia a las limitaciones urbanísticas que afectaban el inmueble tasado y que eran conocidas por el acusado. La tasación presentada por la entidad Tinsa valoraba la finca en un precio de 705.966,11 euros. El día 23 de octubre de 2002, fue presentado el informe de valoración por los servicios técnicos del Ayuntamiento, estimando la valoración del inmueble en la cuantía de 332.469,69 euros, señalando, además, en relación con el informe de Tinsa, que "este Servicio considera que el valor de repercusión y el aprovechamiento urbanístico utilizado por dicha empresa tasadora no son conformes al PGOU

92 y a la vigente Ley 6/98". Además, el 20 de noviembre de 2002 se emitió por el arquitecto responsable del Plan Municipal de Sedes, Marcial , un "Informe sobre el uso a destinar el inmueble sito en la CALLE000 n. NUM004 denominado " CASA000 " en el que tras exponer la situación urbanística del inmueble, tanto la vigente en ese momento (suelo urbano común de planeamiento remitido en el ámbito del Parque Urbano a



desarrollar mediante Plan Especial) como la ordenación previsible conforme a la Adaptación Básica del PGO al DL 1/2000, aprobada inicialmente el 18 de octubre de 2002 (como suelo urbano no consolidado), se refirió al uso al cual se iba a destinar el inmueble, relacionado con el Programa Insular de Casas de la Juventud, aprobado por el Pleno del Cabildo Insular de Tenerife, en sesión de 29 de julio de 2001, añadiendo la previsión de que fuera la futura sede de la Casa Insular de la Juventud.

El acusado, conecedor de los diferentes informes de tasación, y con plena conciencia de las limitaciones urbanísticas que afectaban al inmueble, decidió elegir la oferta presentada por los propietarios, no atendiendo, sin causa para ello, a la tasación presentada por los servicios técnicos del Ayuntamiento. Y de esta forma previamente por la Gerencia se solicitó (se hizo a través de la Asesora Jurídica de los Servicios Generales y Patrimonio de la Gerencia), antes de que se formulara propuesta, a la Intervención Delegada la retención de crédito presupuestario por la cantidad de 101.874.450 ptas (612.777,78€), que coincidía en todo con la valorada por el arquitecto particular de los propietarios. Atendiendo a dicha solicitud, por el Interventor Ceferino de la Gerencia Municipal de Urbanismo se certificó el día 27 de noviembre de 2002 la suficiencia de saldo de crédito presupuestario disponible al tiempo que se retuvo dicha cantidad solicitada. Y al mismo tiempo, una vez adoptada la decisión comprar de el inmueble, se continuó con la tramitación del oportuno expediente administrativo en el que el también acusado, Ceferino , nacido el NUM006 /1956, con D.N.I. nº NUM001 , sin que le consten anotados antecedentes penales, que, siendo funcionario del Ayuntamiento, había sido designado para ejercer el puesto Secretario Delegado de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, procedió, como le competía y según le había sido indicado por el Consejero Director de la Gerencia, a elaborar una propuesta de resolución dirigida al Consejo de Administración en la que se recogía, entre otros extremos, "a la vista de las valoraciones y la propuesta de ambas partes respecto del precio, SEISCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (612.777,78 EUROS), se concluye que la valoración aportada por el propietario resulta adecuada y suficiente", siendo finalmente aprobada la propuesta por el Consejo de Administración en sesión extraordinaria celebrada en fecha de 3 de diciembre de 2002 en el segundo punto de su orden del día ("Expediente relativo a la adquisición a título oneroso del inmueble conocido como " CASA000 ", a efectos de su aprobación"), sin que quede suficiente constancia de que los miembros del Consejo de Administración tuvieran un efectivo conocimiento de la totalidad del expediente. El Secretario Delegado asistió al Consejo de Administración, pero no votó el Acuerdo al no ser miembro de dicho órgano, al que asiste con derecho a voz pero sin derecho a voto.

De igual manera, en el acuerdo alcanzado por el Consejo de Administración, se aprobó, en el fundamento cuarto de su parte dispositiva, que "el precio de adquisición del inmueble comprende el I.G.I.C, los otros gastos, arbitrios, o impuestos que se deriven del otorgamiento de la escritura pública, serán satisfecho por las partes conforme lo dispuesto en la ley", siendo la persona habilitada para la formalización del acuerdo y elevación a escritura pública el acusado Aureliano Aureliano .

SEGUNDO: Para cumplir con el acuerdo referido, por el Secretario Delegado se remitió el 10 de diciembre de 2002 oficio dirigido al Delegado del Colegio Notarial de Canarias para la designación de la Notaría, que por turno correspondiera, para la futura escritura de compraventa. Y el 27 de diciembre de 2002 se suscribió por el acusado Aureliano , como ordenador de pagos dada su condición de Consejero Director de la Gerencia, una relación contable de mandamientos de pagos disponiendo la ordenación de dos pagos por importe de 306.388,89 euros mediante talón a persona física, cuya suma ascendería a un total de 612.777,78 euros. En fecha de 3 de febrero de 2003, se elevó a escritura pública el acuerdo de compraventa ante el Notario D. Fernando González de Vallejo Hernández, interviniendo en nombre y representación del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el acusado Aureliano , acto en el que este acusado, en sentido contrario al contenido del acuerdo del Consejo de Administración y siendo consciente del perjuicio evidente para el erario público, decidió, unilateralmente, que el impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana fuera asumido por el propio Ayuntamiento, lo que suponía dejar de percibir, por tanto, las arcas municipales, el importe correspondiente al citado tributo que ascendía a la cuantía de 10.946,06 euros. Previamente, se había enviado desde la Notaría a la Gerencia de Urbanismo el 15 de enero una minuta de la escritura de compraventa cuya cláusula tercera, de acuerdo con lo aprobado en el Consejo de Administración, establecía que "todos los gastos e impuestos que se deriven del otorgamiento de esta escritura, serán por cuenta de las partes conforme lo dispuesto en la ley". Y en la escritura definitiva y firmada la cláusula tercera estableció que "todos los gastos y tributos que se originen y devenguen por razón de la compraventa, incluidos el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los terrenos de naturaleza urbana (antigua Plusvalía), si los hubiere, serán de cuenta exclusiva de la parte compradora".

TERCERO: El precio de venta fue satisfecho por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife mediante dos cheques nominativos extendidos en fecha de 30 de diciembre de 2002 por valor de 306.388,89 euros cada uno



y a nombre de Gabino y Petra . Los talones estaban suscritos por el acusado Aureliano y por el Interventor Delegado de la Gerencia.

CUARTO: Tras diversas actuaciones de los servicios de recaudación del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife relacionadas con el pago del impuesto de plusvalía y a su correspondiente liquidación, el 6 de mayo de 2005 se dictó una resolución por el que era en esos momentos Concejal de Urbanismo y Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, el acusado Benigno , mayor de edad, con DNI n. NUM002 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en la que disponía que, dado que la cláusula tercera de la escritura pública de 3 de febrero de 2003 estipulaba que los referidos gastos y tributos debían ser asumidos por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, que por la Gerencia Municipal de Urbanismo se procediera a "abonar a la unidad de gestión tributaria del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el importe total de diez mil novecientos cuarenta y seis euros con nueve céntimos (10.946,06 €), por los siguientes conceptos: diez mil seiscientos treinta euros con noventa y siete (10.630,97€), en concepto de pago del Impuesto sobre el Incremento del valor de los terrenos; trescientos quince euros con nueve céntimos (315,09€), en concepto de intereses de demora". Tres días mas tarde, el 9 de mayo de 2005, el acusado Ceferino , que seguía siendo Secretario Delegado de la Gerencia Municipal de Urbanismo, expidió una certificación en la que "examinada la documentación cuya custodia por mandato legal obra a mi cargo se advierte que el sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el día seis de mayo de 2005 adoptó una resolución" y reproducía a continuación el texto de la resolución.

Por un Informe de Fiscalización Interna de 9 de junio de 2005 del Interventor Delegado de la Gerencia de Urbanismo y la Técnico de Gestión Económica se concluyó que se observaba una contradicción entre lo acordado en el Consejo de Administración el 3 de diciembre de 2002 y lo dispuesto en la escritura pública de compraventa en lo relativo a la asunción del gasto ocasionado por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los terrenos de naturaleza urbana y que tal anomalía debía ser aclarada y rectificadas.

A 30 de septiembre de 2005, por el Teniente de Alcalde del área de gobierno de servicios centrales del Ayuntamiento se dictó un Decreto por el que se disponía la anulación de la liquidación n. NUM007 , que se había iniciado el 16 de septiembre de 2003 practicada por la Unidad de Inspección Tributaria del Ayuntamiento a Gabino para exigirle el pago del referido impuesto".

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, con un relato de hechos parcialmente diferente a la que se contiene en esta sentencia, calificó los hechos como constitutivos de a) un delito de prevaricación del art. 404, en concurso ideal con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.2 del Código Penal ; y b) de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal , acusando, en concepto de autores a los acusados Aureliano del delito a) y del delito b), y a Ceferino del delito a), sin la concurrencia de circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal; solicitó que se le impusiera a Aureliano por el delito a) la pena de siete años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, e inhabilitación absoluta por tiempo de doce años, y costas, y por el delito b) la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años, y costas; y a Ceferino por el delito a) la pena de siete años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, e inhabilitación absoluta por tiempo de doce años, y costas. Igualmente, los acusados deberán indemnizar solidariamente al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en la cantidad de 280.281'09 euros. Y el acusado Aureliano deber indemnizar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en la cantidad de 10.949'06 euros.

La acción popular calificó los hechos como constitutivos de a) dos delitos de prevaricación del art. 404, y b) dos delitos de malversación de caudales públicos del artículo 432.2 del Código Penal , acusando, en concepto de autores a los acusados Aureliano de los dos delitos a) y de los dos delitos b), a Ceferino , en calidad de autor por cooperación necesaria, de los delitos a) y de los dos delitos b), y al acusado Benigno de un delito a) y de un delito b), sin la concurrencia de circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal; solicitó que se le impusiera a Aureliano por cada delito a) la pena de diez años de inhabilitación especial para el ejercicio de los cargos de alcalde, teniente de alcalde, concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique la participación en el gobierno municipal, con la incapacidad de obtener otros análogos en el ámbito insular, autonómico o estatal durante el tiempo de condena, y por cada delito b) la pena de ocho años de prisión con inhabilitación absoluta por tiempo de veinte años; a Ceferino por cada delito a) la pena de diez años de inhabilitación especial para el ejercicio de los cargos de alcalde, teniente de alcalde, concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique la participación en el gobierno municipal, con la incapacidad de obtener otros análogos en el ámbito insular, autonómico o estatal durante el tiempo de condena, y por cada delito b) la pena de ocho años de prisión con inhabilitación absoluta por tiempo de veinte años; y a Benigno por el delito a) la pena de diez años de inhabilitación especial para el ejercicio de los cargos de alcalde, teniente de alcalde, concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique



la participación en el gobierno municipal, con la incapacidad de obtener otros análogos en el ámbito insular, autonómico o estatal durante el tiempo de condena, y por el delito b) la pena de ocho años de prisión con inhabilitación absoluta por tiempo de veinte años. Igualmente, los acusados Aureliano y Ceferino deberán indemnizar de forma personal, conjunta y solidaria al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en la cantidad de 137.322'88 euros. Y los acusados Aureliano, Ceferino y Benigno deberán indemnizar de forma personal, conjunta y solidaria al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en la cantidad de 10.946'06 euros.

Y la parte actora civil solicita la condena de Aureliano, Ceferino y Benigno como responsables civiles solidarios que deberán abonar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife la cantidad de 280.281'09 euros.

TERCERO.- Las defensas de cada uno de los acusados, de Aureliano, de Ceferino, y de Benigno solicitaron la libre absolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La única cuestión previa trascendente que debe ser resuelta en esta sentencia, pues así se anunció por el Tribunal en el acto de la vista de que se pospondría para el dictado de esta resolución, es la relativa a la prescripción de los delitos para el acusado Ceferino, pues las otras cuestiones planteadas se solventaron en dicho acto. No afecta esta petición al acusado Benigno aunque su letrado se haya adherido a la petición que formuló la defensa de Ceferino por cuanto a aquel nadie lo acusa por los hechos del día 3 de diciembre de 2002 (el acuerdo del Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife para la compra de la casa) que son los hechos a partir de los cuales se podría valorar una posible prescripción. A Benigno se le acusa por la acción popular por los hechos relacionados con el pago del impuesto, que son posteriores en el tiempo y sobre los que no cabría hablar de prescripción alguna. Y sobre la objeción que parece poner su defensa acerca de que dado que el Ministerio Fiscal no lo acusa y solo es acusado por la acción popular, ésta carece de legitimación, no resulta procedente por ser una cuestión sobre la que ya ha habido pronunciamientos previos a la vez que tratándose de delitos contra los intereses públicos no cabe cuestionamiento alguno de la viabilidad de una acusación mediante el ejercicio de una acción popular ejercida por un partido político.

Por este Tribunal no se acepta la tesis planteada por la defensa de Ceferino. El delito no está prescrito. Y es que la acusación pública lo acusa (además del delito de prevaricación, más leve a efectos penológicos) de cometer un delito de malversación de caudales del art. 432.2 CP, que es la modalidad agravada, y la acción popular lo acusa de dos delitos del mismo artículo y párrafo. Esa modalidad delictiva está penada con prisión de cuatro a ocho años y con inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. Y el art. 131.1 CP señala que los delitos prescriben "a los quince [años], cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años". O sea, que el plazo de prescripción sería el de quince años. Y dado que el acuerdo, según la tesis acusatoria, que dio lugar a la comisión por Ceferino de los delitos de prevaricación y malversación (los dos calificados por la acusación pública y el primero de prevaricación y el primero de malversación por el que acusa la acción popular) del Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo es de 3 de diciembre de 2002, y que el procedimiento se dirige contra este acusado a partir del 25 de marzo de 2013 que es cuando se solicita en escrito de la Fiscalía su declaración como imputado, no cabría hablar de tal prescripción de los delitos. Asimismo debe tenerse en cuenta lo determinado a este respecto tanto en el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008 ("para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador") como el de Acuerdo de 26 de octubre de 2010 ("para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie; en consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador"). Si se tiene en cuenta que se califica por las acusaciones por la agravación específica de cantidad de especial gravedad, y así lo considera este Tribunal, no procede la estimación de la petición de la defensa de Ceferino. Y todo ello al margen de que esa petición de prescripción solo serviría para los delitos que le adjudica el Ministerio Fiscal y para dos de los delitos de la acción popular puesto que, en todo caso, y dado que la acción popular le adjudica a Ceferino la comisión de otros delitos en fechas posteriores (una prevaricación y una malversación de caudales públicos por hechos del año 2005 relacionados con el pago del impuesto de plusvalía por la Gerencia de Urbanismo, y no por los vendedores a los que les correspondía, de acuerdo con lo dispuesto en la escritura pública de compraventa de la casa y en contra de lo aprobado por el Consejo de Administración), en nada afectaría esa prescripción.



No se trata en consecuencia de desestimar la petición de prescripción porque no se le denunció inicialmente dado que no era miembro del Consejo de Administración, sino porque cuando el procedimiento se dirigió específicamente en su contra, no había pasado el periodo legal de quince años habilitante de la prescripción. Sí que tiene razón la defensa en cuanto a que Ceferino no era miembro del Consejo de Administración. Este extremo no admite duda alguna. No lo era porque en los Estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife (aprobados el 4 de marzo de 2002 por el pleno del Ayuntamiento), vigentes al momento de los hechos, cuando determinan en el art. 7.1 la composición del Consejo de Administración no se menciona al Secretario, y solo se refiere a esta figura en el art. 7.5 cuando dice que "los funcionarios de la corporación que desempeñen las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo y de control y fiscalización interna de la gestión económico financiera, asistirán a las sesiones del Consejo y de los restantes órganos colegiados de la Gerencia Municipal de Urbanismo, con voz y sin voto". Es significativo a este respecto lo que señala el art. 7.6 sobre la duración del mandato de los miembros del Consejo de Administración, que lo hace coincidir con el mandato electoral, es decir, que todos los miembros son cargos electivos (alcalde o concejales). A esto puede añadirse lo que disponía la normativa general, en ese momento la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su art. 25.1 : "Los órganos colegiados tendrán un secretario que podrá ser un miembro o una persona al servicio de la administración pública correspondiente" (hoy de forma idéntica en la vigente Ley 40/2015); o el art. 24.1.c) de la misma Ley : "los miembros tienen derecho a ejercer su voto" (hoy de forma idéntica en la vigente Ley 40/2015). Al mismo tiempo debe dejarse sentado que la denuncia inicial dio lugar a un Auto del Juzgado instructor de 17 de julio de 2012 que incoó las Diligencias Previas y dispuso oficiar a la Gerencia de Urbanismo a los efectos de que se informara "sobre la identidad de los miembros del Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo que adoptaron el Acuerdo de 3 de diciembre de 2002 de adquisición del inmueble sito en la CALLE000 n. NUM004 conocido como CASA000 , debiendo aportar todo los datos de filiación de tales personas que consten en sus archivos". En definitiva, que Ceferino ni era miembro del Consejo de Administración, al margen de su obligación legal de asistir a las reuniones por su condición de funcionario nombrado para las funciones de secretario, ni se dirigió el procedimiento en su contra hasta el 25 de marzo de 2013 en que, como se dijo, se solicitó su declaración en condición de imputado.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de prevaricación del art. 404 CP y de un delito de malversación de caudales públicos agravado de los arts. 432.1 y 2 CP , cometidos en calidad de autor por el acusado Aureliano , cumpliéndose en su actuación, tal y como ha quedado referida en el factum de esta sentencia, todos y cada uno de los requisitos básicos de dichos tipos penales. En cambio, no se considera totalmente acreditado que lo realizado por el acusado Ceferino y por el acusado Benigno sea constitutivo de ilícito penal alguno.

A efectos aclaratorios, se procede en primer lugar a efectuar una delimitación sintética de las peticiones de las acusaciones (hechos y calificaciones jurídico- penales) sobre todos y cada uno de los acusados:

1. Para el Ministerio Fiscal, Aureliano cometió un delito de prevaricación y dos delitos de malversación, y Ceferino cometió un delito de prevaricación y un delito de malversación. Aureliano , en su condición de Consejero Delgado de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, prevaricó por idear la trama criminal de adquirir con sobreprecio la CASA000 , y para eso dirigió las conversaciones de la entidad con los propietarios de la casa, encargó a los servicios técnicos urbanísticos del Ayuntamiento la elaboración de una tasación sobre la casa, asimismo encargó otra tasación a la entidad privada Tinsa (que resultó superior a la de los vendedores y a la del propio Ayuntamiento), llevó, como propuesta, al Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife la decisión de la compra de la casa y consiguió que éste lo aprobara en sesión de 3 de diciembre de 2002, sin que haya constancia de que se haya informado a los miembros de este órgano colegiado de la existencia de informes de tasación por valor inferior al que se pretendía aprobar; y malversó porque el precio que se aprobó (exactamente el ofrecido por los vendedores en su oferta de compraventa) para efectuar la compra fue excesivo y superior al de mercado y el de las tasaciones oficiales, siendo efectivamente pagado, como pretendió siempre Aureliano . Y Ceferino , en su condición de Secretario Delegado de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, prevaricó, participando en la trama de Aureliano (pues, primero, conocía las negociaciones de éste con los vendedores de la casa; y, segundo, decidió junto a éste elegir la oferta de los propietarios sin variar el precio de compra) al elaborar la propuesta de resolución dirigida al Consejo de Administración por no advertir de reparo de legalidad a sus miembros antes de su adopción dado el sobreprecio que iba en la propuesta de Aureliano ; y malversó porque la compra se efectuó con el sobreprecio referido. Y además, Aureliano también malversó (segundo delito de malversación, que por el Ministerio Fiscal se atribuye únicamente a este acusado) porque permitió que en la escritura de la compraventa se incluyera, en contra de lo que se había acordado por el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo cuando se aprobó la adquisición, y que conocía perfectamente pues había sido propuesta suya ("el precio de adquisición del inmueble comprende el IGIC, los



otros gastos, arbitrios, o impuestos que se deriven del otorgamiento de la escritura pública, serán satisfechos por las partes conforme lo dispuesto por la ley" según consta en la resolución aprobada el 3 de diciembre de 2002), que el Ayuntamiento se hiciera cargo del impuesto de plusvalía (Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana), como efectivamente sucedió y se pagó, en vez de ser satisfechos por los verdaderos titulares de la deuda tributaria, que eran los vendedores de la vivienda.

2. Para la acción popular, Aureliano cometió dos delitos de prevaricación y dos delitos de malversación; Ceferino cometió dos delitos de prevaricación y dos de malversación; y Benigno cometió un delito de prevaricación y uno de malversación. Aureliano prevaricó, tras diversas actuaciones (negociar con los dueños de la casa; encargar un informe de tasación a la entidad privada Tinsa, que presentó a los técnicos municipales que no lo validaron sino que hicieron otro por inferior valor; solicitó la retención de un crédito presupuestario por la cantidad pedida por los vendedores) por proponer al Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo la decisión de la compra de la casa y conseguir que sus miembros lo aprobaran, y malversó porque el precio fue excesivo y superior al de mercado y el de las tasaciones oficiales. Y Ceferino prevaricó al participar junto a Aureliano en la operación de compraventa con sobreprecio interviniendo en sus decisiones, y al formular el informe-propuesta de compra que debía ser sometido a la aprobación por el Consejo de Administración, no incluyendo toda la información y sin advertir de la posible irregularidad del acuerdo de la Gerencia a sus miembros; y malversó porque la compra se efectuó con el sobreprecio referido. También Aureliano prevaricó porque decidió, en contra de lo que se había acordado en el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo cuando se aprobó la compra, que el Ayuntamiento pagara el impuesto de plusvalía y malversó porque permitió que en la escritura de la compraventa se

incluyera que el Ayuntamiento se hiciera cargo del impuesto de plusvalía, como efectivamente sucedió y se pagó. Asimismo, Ceferino también prevaricó porque certificó, sin advertir de su ilegalidad, dado que conocía que el acuerdo del Consejo de Administración era contrario, una resolución del concejal de urbanismo y Consejero Director de la Gerencia de Urbanismo (en ese momento, el ahora acusado Benigno) que dispuso que ésta abonara el impuesto de plusvalía, y malversó porque, conociendo la ilegalidad de la decisión puesto que de tal extremo previamente se había advertido por un Informe de Fiscalización interna del Interventor Delegado de la Gerencia y la Técnico de Gestión Económica, permitió su pago. Y Benigno prevaricó al dictar la resolución de 6 de mayo de 2005 que dispuso el pago del impuesto de plusvalía con cargo a la Gerencia, sabiendo que en el Consejo de Administración no se había decidido que fuera así, y la mantuvo a pesar de conocer la advertencia de anomalía y de contradicción hecha por un Informe de Fiscalización interna del Interventor Delegado de la Gerencia y la Técnico de Gestión Económica. Y malversó porque, aun conociendo que su resolución había sido advertida de no cumplir con lo acordado en la resolución del Consejo de Administración, no anuló su propia resolución y eso acarreó que por el servicio correspondiente se ordenara el pago referido como efectivamente se hizo. Esta es la sucesión de hechos que plantean las acusaciones a cada acusado incardinándolas en los correspondientes tipos penales.

En segundo lugar, celebrado el juicio oral, esta Sala considera que los hechos básicos, descritos en el relato fáctico de esta sentencia, sobre los que se ha practicado prueba suficiente y que ha sido valorada convenientemente, son, expresados de forma sucinta, los siguientes:

- Aureliano , en su condición de Concejal de Urbanismo y Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, tramó un plan que consistía en comprar para el Ayuntamiento con sobreprecio una casa del municipio para incorporarla al patrimonio municipal, aunque malgastara el dinero público, y al mismo tiempo beneficiar económicamente a los vendedores del inmueble, que se la habían ofrecido para su adquisición al Ayuntamiento por un precio fijo y con compromiso del Ayuntamiento de pago del impuesto de plusvalía. Para ese fin, y desde la Gerencia que él dirigía y atendiendo a los requerimientos de los dueños del mismo, el acusado Aureliano encargó un dictamen de valoración interno a los servicios del propio ayuntamiento y encargó a un dictamen una entidad externa, y decidió adquirirla por el precio desmesurado de la oferta de los propietarios, cercano al precio de la tasación de la entidad externa, y que los propietarios se beneficiaran no sólo por el sobreprecio de su oferta sino igualmente al no tener que pagar el impuesto de plusvalía puesto que lo haría la propia Gerencia por ellos. A tal fin, y una vez tomada la decisión y pactado con los propietarios, ordenó la retención de crédito por el valor que había decidido, le encargó al Secretario Delegado de la Gerencia que elaborara una propuesta de compra con el precio de la oferta de los vendedores para ser por él presentada y defendida ante el órgano que debía aprobar tal decisión, el Consejo de Administración de la citada Gerencia, y así fue, puesto que se aprobó en la reunión de 3 de diciembre de 2002 a pesar de la tasación muy inferior del informe interno del ayuntamiento, de la que no consta que se hubiera puesto en conocimiento expreso de los miembros del órgano colegiado, al margen de que fuera mencionada en la propuesta de acuerdo, que resultó aprobada. Igualmente, y siguiendo con el plan urdido pues era la parte final del mismo y con idéntica intención de beneficiar a los vendedores del



inmueble, malgastando el patrimonio dinerario municipal, a la hora de firmar la escritura este acusado solicitó que en la escritura pública constara que el impuesto de plusvalía lo abonaría la propia Gerencia y no el particular, al que le correspondía por ley, y sobre lo que se había pronunciado expresamente el propio Consejo de Administración en sentido contrario cuando se aprobó la adquisición. Como representante del Ayuntamiento, firmó la escritura en nombre de la parte compradora y ordenó la tramitación del pago de la cantidad aprobada a la parte vendedora.

- Ceferino , en su condición de Secretario Delegado de la Gerencia Municipal de Urbanismo Aureliano , atendió al requerimiento del Consejero Director y preparó el borrador de resolución para la aprobación, en su caso, de la operación de adquisición de la vivienda como parte del conjunto del expediente, que estaba a su cargo, y que debía ser presentada ante el Consejo de Administración, al que asistió con voz y sin voto en la sesión de 3 de diciembre de 2002. Igualmente, certificó una resolución que dictó el Consejero Director de la Gerencia Benigno el 6 de mayo de 2005 relativa al pago del impuesto de plusvalía por parte del Ayuntamiento.

- Benigno , en su condición de Concejal de Urbanismo y Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, dictó el 6 de mayo de 2005, una resolución ordenando el pago por parte de la Gerencia a la Unidad de Gestión Tributaria del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife de la cantidad que correspondía con el impuesto de plusvalía, a cuyo pago se había comprometido el propio ayuntamiento en la escritura de compraventa, en contra de lo que se había aprobado en el Acuerdo del Consejo de Administración que decidió favorablemente la propuesta de la operación de compraventa.

Esto, y no otra cosa, es lo que ha derivado de la prueba practicada y de lo que consta en el conjunto de las actuaciones, así como de su apreciación a tenor de lo que al respecto dispone el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Y de estos hechos se concluye necesariamente que de lo realizado por Aureliano se ha demostrado su coincidencia con los requisitos de los tipos penales de la prevaricación y de la malversación agravada por la cantidad, pues ha logrado que se dicte una resolución arbitraria y que esa resolución conlleve una sustracción del dinero público. Y de estos hechos igualmente se concluye que no ha habido demostración plena de que lo realizado por Ceferino y por Benigno coincida por completo con las previsiones legales de la prevaricación y de la malversación, como sí sostienen la acusación pública y la acción popular.

DELITO DE MALVERSACIÓN

En cuanto al tipo penal del delito de malversación de caudales públicos, y de acuerdo con lo que se acaba de señalar, los elementos del citado tipo hacen nítido acto de presencia en la actuación de Aureliano , en dos ocasiones distintas y de ahí que se le considere autor de un delito de malversación de forma agravada, aunque parecen dos actos de signo diferente pero se trata de una unidad de acción puesto que el acusado pretendía malversar y lo hizo pero realizando dos actos de una misma ideación criminal. Es decir, que maquinó para malversar y lo hizo por cuanto logró pagar un sobreprecio y que ese pago (y quien lo recibió) tuviera un nuevo beneficio por la exención de un impuesto que se cargó al propio ayuntamiento.

En primer lugar, y como ya se ha dicho, en cuanto al primer acto y su consideración como parte de una malversación en su forma agravada, ha de señalarse que la resolución prevaricadora de la que partió la comisión del posterior delito de malversación, resultaba ajena al interés público. Es decir, la resolución dio lugar, en lo que aquí es relevante a los efectos de resolver sobre la posible comisión de un delito de malversación, a la compra de unos terrenos con un extraordinario sobreprecio (la prueba practicada confirma que su valor, según la tasación correcta y procedente era de unos 300.000 euros, concretamente 332.469,69 euros, si bien se pagaron finalmente unos 600.000, concretamente 612.777,78 euros) con pérdida de dinero de una institución pública y ganancia de unos particulares.

En el supuesto objeto de este procedimiento la malversación del patrimonio público se materializa inicialmente, y de forma muy grave, mediante una compra con sobreprecio. El patrimonio municipal que resultó malversado (los fondos utilizados para el pago del sobreprecio) se encontraban a disposición del Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, al que por la cuantía y naturaleza de la operación correspondía la competencia para resolver sobre su destino.

Estos hechos resultan constitutivos de un delito de malversación del art. 432 CP . La malversación de caudales públicos incluye no solamente los supuestos de apoderamiento efectivo de los recursos patrimoniales de la administración por parte del autor (supuesto de sustracción), sino también los supuestos de desvío o de administración desleal de los mismos que se producen cuando se facilita un tercero la apropiación o sustracción ("se consiente que un tercero sustraiga", art. 432.1 CP), es decir, en los que el funcionario o autoridad, incumpliendo su deber de garante, viene a hacer posible el desvío de los fondos a terceros (así lo dice la sentencia del Tribunal Supremo 12 de enero de 2017). Desde esta perspectiva de la malversación como supuesto de facilitación de la transferencia sin causa de fondos públicos a terceros, es decir, como supuesto de gestión desleal del patrimonio público, la jurisprudencia ha venido afirmando que se comete un delito de



malversación del art. 432 CP en los supuestos de contratación en los que el pago por la administración no tiene como contrapartida la recepción real de prestación o servicio alguno (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013); la adquisición de productos o servicios que no sirven al interés público y que, desde la perspectiva del concepto personal de patrimonio utilizado por la jurisprudencia, generan un evidente perjuicio (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002); o los supuestos de compras con sobreprecio (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013).

Es el caso del acusado Aureliano , que tenía una evidente posición de garante con relación al patrimonio municipal, y, actuando con conocimiento de que se pagaba un precio superior al real, presentó la propuesta y votó favorablemente sumando sus votos a los del resto de concejales cuya voluntad había manipulado mediante la neutralización de los procedimientos de control (el expediente incoado, la propuesta de resolución carente de toda la información, la ocultación de información a los órganos de control -en particular, al Interventor Delegado- para posibilitar un informe sin reparos). Es decir, se trata de quien siendo miembro nato y teniendo las verdaderas facultades directivas o de facto, el órgano colegiado que tenía a su disposición los fondos públicos, vota favorablemente, tras tener la iniciativa de presentarla, la decisión por la que se materializa la malversación actuando con infracción de sus deberes como garante; y, al tiempo, actúa manipulando la voluntad de los demás concejales.

Los hechos, en consecuencia, resultan constitutivos de un delito de malversación del art. 432 CP (redacción vigente a la fecha de los hechos) del que debe considerarse autor al acusado Aureliano .

La malversación es un delito pluriofensivo, pues tutela, de una parte, el patrimonio de las Administraciones Públicas y, de otra, la infracción de los deberes de aquellas personas que tienen a su cargo determinados bienes, la infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración; se busca proteger el ordenado funcionamiento de la actividad administrativa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2010 configura los elementos del tipo penal:

- a) Subjetivamente, el autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del C. Penal .
- b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales en todo caso de naturaleza mueble, nunca inmuebles - sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2005 - han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma.
- c) El tercer elemento se refiere a la especial situación que respecto de tales caudales o efectos públicos debe encontrarse el funcionario o autoridad. Aquellos deben estar "... a su cargo por razón de sus funciones...", como dice el precepto penal aunque no es suficiente con que el funcionario tenga los caudales con ocasión o en consideración a la función que desempeña, siendo preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica derivada del cargo. Se ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido. En el mismo sentido se ha entendido que "tener a su cargo" no solo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones, en definitiva como viene exigiendo la jurisprudencia, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositada.
- d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar, que es "sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva -quebrantamiento del deber de impedir- que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tinte la acción como esencialmente dolosa - elemento subjetivo del tipo-, y una actuación en la que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro pues se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el animus rem sibi habendi, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio, bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero.

En la actuación del acusado Aureliano coinciden nítidamente todos y cada uno de los citados elementos constitutivos del tipo penal de la malversación de caudales públicos, debiendo destacarse que a la Gerencia le competía, según el art 4 de sus Estatutos de 4 de marzo de 2002 "gestionar el patrimonio público de suelo municipal, a cuyo fin podrá asimismo, adquirir, poseer, reivindicar, administrar, gravar, permutar y enajenar toda clase de bienes...". Aureliano era al tiempo de los hechos el Consejero Director de la Gerencia Municipal de



Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, en cuanto era el concejal de Urbanismo del ayuntamiento, y en esa condición, por mandato del art. 11. 1 de los citados Estatutos era el Vicepresidente Primero del Consejo de Administración de la Gerencia, y ocuparía la presidencia en caso de ausencia, vacante o enfermedad del alcalde (art. 9.1). Ese Consejo de Administración tenía una presidencia formal en la persona del Alcalde pero sin competencias materiales, salvo las de representación y convocatoria y dirección de las sesiones del pleno del Consejo. Es decir, que las verdaderas funciones directivas correspondían al Consejero Director; así lo dice el largo listado de competencias que figura en el art. 12 de los Estatutos. Además, el día de adopción del acuerdo, el 3 de diciembre de 2002, no acudió el Alcalde al Pleno del Consejo de Administración, por lo que el mismo fue presidido por el acusado Aureliano en su condición de Consejero Director (así consta según certificación del secretario del Ayuntamiento que obra al fol. 662 de las actuaciones; y en el borrador del acta de la sesión que consta al fol. 896 de las actuaciones). Pero es que además, el Alcalde había dictado un Decreto (al folio 1450 y siguientes de las actuaciones, por copia) a 19 de marzo de 2002 en el que se disponía delegar en Aureliano "las competencias de esta Alcaldía en materia de Urbanismo" y "esta delegación abarcará la facultad de dirigir y gestionar las Direcciones y Servicios de la Gerencia Municipal de Urbanismo (sector funcional de servicios territoriales), incluida la de resolver mediante actos administrativos que afecten a terceros y todas las que correspondan a esta Alcaldía en dicha materia, con excepción de las que sean indelegables por prescripción legal", habiendo aceptado el acusado a fecha 29 de abril de 2002 (folio 1452). A todo esto debe unirse que Aureliano firmó los cheques con los que se abonó el precio de compra del inmueble a los vendedores (copia certificada al fol. 664 de las actuaciones), así como firmó la relación contable de mandamiento de pago (copia certificada al fol. 665 de las actuaciones) en cuanto era el ordenador de pagos de la Gerencia (art. 12.a de los Estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo).

Y en cuanto al cuarto requisito de los referidos, "el que sustrajere o consintiere que otro sustraiga", ha de señalarse que en la conducta típica de sustracción o apoderamiento según la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2008 esa acción equivale a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios. La operación de la detracción de esos fondos municipales no fue especialmente complicada. Se inicia la sustracción en el acto en el que se decide adquirir una vivienda (decisión sobre la que, por cierto, tampoco se hizo un expediente, sobre la necesidad de esta adquisición apresurada) habiendo motivos para negociar el precio de la vivienda ofertado a la baja pues los informes objetivos de la propia institución así lo señalaban, se optó por adquirir al precio de la oferta, sin cuestionar nada, y con un sobreprecio de casi el cien por cien, sobre lo que no procede cualquier tipo de añadido por esta Sala ante la evidencia nítida de la comisión del delito. Ha habido un enriquecimiento indebido de un tercero (la parte vendedora), se ha producido un daño patrimonial al erario municipal: la grave desproporción entre el precio real y el satisfecho a través de la clara disposición antijurídica del acusado. Los móviles de la actuación del acusado Aureliano ni se han acreditado debidamente ni tampoco parece que tengan importancia alguna.

Aparece claramente acreditado el dolo por cuanto el acusado conocía, a través de los informes de los técnicos, lo desorbitado del precio, con el daño patrimonial al Ayuntamiento. Basta la mera lectura del factum de esta sentencia para comprobar la concurrencia de todos y cada uno de estos elementos constitutivos en los hechos que se están enjuiciando, pues evidentemente el acusado Aureliano consiguió lo pretendido, que el Ayuntamiento comprara la casa y que se pagara en exceso a sus propietarios.

¿Se malversó? La respuesta de esta Sala es indudable ante la prueba practicada: sí se malversó por parte de este acusado. Como parte de la trama se ideó pedir una tasación lógica, y que no costaba nada al erario municipal, es decir que fueran los propios técnicos municipales, conocedores perfectos de la ordenación urbana de la ciudad y del concreto enclave del inmueble desde la perspectiva de dicha ordenación, los que objetivamente valoraran el inmueble. Se sabía que esa tasación, en su objetividad, iba a dar una valoración que no se correspondía con el excesivo precio de la oferta, excesivo incluso para un profano, y que debía ser perfectamente conocido por quien ejercía labores relacionadas con el urbanismo, como era el acusado en su condición de concejal de la materia. Y de ahí que se avanzara otra paso en la trama, pedir una tasación externa, que costó dinero público, y de la que se sabía que iba a llegar a un precio altísimo, como resultó. El plan pudo continuar porque la oferta de los propietarios era la intermedia, pero lo cierto es que era el precio intermedio pero cercanísimo al de la tasación externa. Si se hace un recorrido sobre la reciente historia urbanística y de tasación del inmueble se observa lo siguiente:

-Ya en 1998, la arquitecta municipal Zurita hizo un informe sobre la situación urbanística del inmueble, concluyendo que dada su calificación de nivel 3 y que el suelo era urbano de planeamiento remitido, el inmueble no podía generar ninguna clase de aprovechamiento.



-Con anterioridad, en 1997, se había hecho un primer informe técnico de valoración por un arquitecto técnico municipal, en 389.109'66 euros, que partía del valor de mercado corregido por los coeficientes que consideraban la antigüedad de la edificación, uso predominante y calidad constructiva.

-Los vendedores ofrecieron al Ayuntamiento su particular tasación hecha por el arquitecto Armas FERIA, que atendió su encargo, y que acabó ser la que se ofreció (y pagó) al Ayuntamiento. Resulta ser un informe sobre el precio de mercado, sin comprobaciones urbanísticas, importante dado que el inmueble tenía limitaciones en su ordenación.

-A 23 de octubre de 2002, por iniciativa del acusado Aureliano (aunque no se lo haya dicho directamente a la funcionaria) y siendo la compra inminente, se emite informe por la arquitecto técnico del Ayuntamiento, Marcelina, de la Unidad de Planeamiento y Gestión Urbanística, que hace una valoración del inmueble y que cuenta con un informe previo que por la Gerencia, pero a iniciativa del acusado Aureliano se había pedido a la entidad Tinsa.

-El informe de Tinsa, el de tasación más alta de todos, obedece a puros criterios de mercado sin entrar a profundizar las cuestiones urbanísticas que necesariamente afectaban al precio del inmueble. Es decir, que se hizo sobre unos aprovechamientos teóricos en una zona económicamente muy rentable por su ubicación, y con fines de inversión.

-En cambio, en el informe de la técnico municipal, ya citado, de 23 de octubre de 2002, se incidió, partiendo de lo dispuesto en la Ley del régimen del suelo y valoraciones 6/1998, de 13 de abril, en los parámetros de valoración objetivos como son los valores catastrales. Es decir, pura valoración urbanística atendiendo a los criterios neutrales procedentes que en ningún caso puede obviar una serie de limitaciones legales producidas por estar afectada por el planeamiento urbanístico municipal relacionadas con las clases de suelo: suelo urbano consolidado y suelo urbano de planeamiento remitido.

-Se aprobó, por decisión del acusado, la compra por el precio intermedio, o sea, el de la oferta avalada por la tasación particular de los vendedores.

-Tras la denuncia ante la Fiscalía, ésta encarga una tasación al arquitecto Nemesio que concluye un precio de 475.454'9 euros, pero de la que cabe concluir que además de conectar criterios de mercado con los urbanísticos presenta el problema de la falta de coherencia cronológica por la fecha de su realización ante la ausencia de datos objetivos y de ahí que el propio autor hable de un posible error de un 10/15%.

En definitiva, que el acusado optó por una valoración incorrecta y subjetiva frente a la correcta y objetiva de los técnicos municipales, y de ahí que obligatoriamente deba hablarse de elemento crucial para la comisión del delito de malversación en su forma agravada.

Igualmente resulta indiscutible la agravación específica del apartado segundo de tal precepto, absolutamente aplicable. Ha de partirse, para poder llegar a esta determinación, de la conceptualización legal (el Código se refiere en el segundo apartado del precepto a "si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de la cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento al servicio público") como a la realidad de los hechos, y en este caso se trata de una malversación superior a los 200.000 euros, pero dado que el precepto no especifica cantidad alguna habrá de valorarse en cada caso concreto en función de las circunstancias concurrentes. En este sentido es significativo que en la última reforma del precepto (que no es aplicable al caso que se está juzgando ahora) de 2015, y vigente a partir de 1 de julio de ese año, se configure la especial gravedad con dos alternativas, o la causación de un grave daño o entorpecimiento al servicio público o que el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. El Tribunal Supremo ha valorado en algunas ocasiones la posibilidad de una cantidad equivalente para las estafas agravadas. En el caso concreto, la cantidad de que se trata es per se significativa a efectos de la agravación tanto en valores absolutos como relativos al tratarse del pago del doble de lo que podía haber costado. A esto debe añadirse el daño a la institución y al erario público, al prestigio de los servicios públicos y al deterioro que este tipo de actuaciones conlleva.

En cuanto a la segunda parte de la trama malversadora, la relativa al pago del impuesto de plusvalía, tampoco cabe duda alguna de la autoría de este segundo acto por el acusado Aureliano. Conocía el acuerdo del Consejo de Administración puesto que lo había promovido, conocía la ley y lo que prescribe sobre a quien le corresponde el pago del tributo, pero decidió intencionadamente, con ánimo de perjudicar el patrimonio municipal, alterar lo legal y lo acordado. Esa actuación solo puede ser tildada de malversadora. Es inadmisibles que se alegue su ignorancia o su inacción respecto de lo que firmaba, pues estaba actuando por

poder del Ayuntamiento y además de leer la escritura debió ser informado por el Notario, además de que el vendedor Gabino lo sabía porque además dice que se lo había dicho siempre al Ayuntamiento, y que esa era una de las condiciones de la transacción. En definitiva, que la actuación malversadora queda igualmente



acreditada. Dicha acreditación no se puede predicar respecto de resto de los acusados de malversación, a los que la acción popular les adjudica haber delinquido en el momento del pago efectivo del impuesto. Según esta acusación Benigno malversó por ordenar el pago y Ceferino por colaborar con él y hacer las gestiones para que ese pago del impuesto sea efectivo. Bastan los argumentos que se exponen en esta sentencia relativos a estos dos acusados en cuanto a la prevaricación administrativa para concluir la no suficientemente probada comisión del delito de malversación.

DELITO DE PREVARICACIÓN

En segundo lugar, y en cuanto a la ya referida prevaricación, cabe señalar que el Acuerdo del Consejo de Administración, acto prevaricador como resultado final de una trama que había empezado con anterioridad mediante actuaciones previas tendentes a tal fin, resulta ser la materialización administrativa de una ideación que incluía la decisión de la compra de un inmueble, sin justificación alguna en relación al interés del Ayuntamiento por hacerse con ese bien al tratarse de un importe extraordinariamente superior al real, que no se negoció a la baja (a partir de la oferta, nunca cuestionada, de los vendedores) y con las aprovechamientos lucrativos que eso suponía a favor de propietarios particulares. De este modo, esa resolución encarna el resultado de la actuación arbitraria contraria a la legalidad y al interés público llevada a cabo por Aureliano (prevaricación del art. 404 CP), y determina la posterior transferencia no justificada de efectivo (pago de precio excesivo). Estos hechos, constitutivos de delito de prevaricación (y también de malversación de fondos públicos), se cometen por Aureliano, primero, con las actuaciones previas mediante la ideación de la compra con los propietarios y la posterior preparación del expediente y, en particular, de manipulación del proceso de formación de la voluntad del Consejo de Administración de la Gerencia de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife con relación al precio, al que presentó, en su función de Consejero Director de la Gerencia, la propuesta y consiguió el voto favorable, sin que conste que hubiera informado expresa y convenientemente del proceso negociador y de las tasaciones que se realizaron. El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP protege el funcionamiento correcto de la Administración Pública con sujeción a la Ley y con "absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines" de realización del interés público y general, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2013 y 4 de febrero de 2010. Con esta finalidad se tipifican y sancionan como delito las conductas de los funcionarios públicos contrarias a su deber como garantes de la legalidad de la actuación de la administración mediante actuaciones que se apartan radicalmente de la legalidad o mediante una resolución que "no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, 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" (así lo destacó la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015). Es decir, como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015 "no es la mera ilegalidad

sino la arbitrariedad, lo que se sanciona (...) los actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho". Por medio de este tipo penal del art. 404, el Estado busca la mejor garantía de los derechos y libertades de las personas frente a la actividad de la Administración, mediante la sumisión de ésta a la Ley y al Derecho, conforme preceptúa el artículo 103 de la Constitución. Como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2009 "... sobre el bien jurídico protegido debe quedar sentado 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 Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal...". Según se observa del relato fáctico de esta resolución cabe advertir que se ha vulnerado el bien jurídico que tutela este precepto, en cuanto el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan la actuación de ésta y que son esencialmente tres: 1º) Servicio prioritario a los intereses generales; 2º) Sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; y 3º) Absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines.

En el supuesto que se está enjuiciando la "arbitrariedad" viene a materializarse finalmente en un acuerdo arbitrario, el tomado por el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo a instancias del acusado Aureliano. No cabe duda de la naturaleza prevaricadora de los contratos administrativos en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder, y se ha destacado por la jurisprudencia que el delito de prevaricación no se refiere únicamente o de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades, lo que incluye necesariamente "el proceso de decisión en el que sea imperativo respetar los principios propios



de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, deban respetarse los principios administrativos de publicidad y concurrencia", como lo señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015 , y en relación al caso concreto en que resulta indiscutible el carácter prevaricador de los contratos en que se pacta un precio superior al real y no justificado lo dijo la sentencia del Tribunal Supremo 19 de julio de 2013 .

Los hechos que se declaran probados en esta sentencia revelan que por parte de Aureliano se llevaron a cabo diversas actuaciones de finalidad prevaricadora, pues adoptó decisiones arbitrarias abiertamente contrarias a sus deberes como funcionario público (la decisión de atender, sin negociar lo más mínimo respecto de su precio, la compra de una casa que le es ofrecida al Ayuntamiento por sus propietarios con un precio excesivo; la decisión de proponerla con gravísimas irregularidades, relacionadas con el precio de la misma, al órgano competente para su aprobación); alteró el contenido del expediente de compra de la casa por no justificar la adquisición a ese precio y no informar verazmente sobre las tasaciones previas para ocultar el pago de un extraordinario sobrepago por la casa; y votó a favor del acuerdo

en el que se materializaba y se creaban las bases para el grave daño al interés público que finalmente se causó.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 , entre otras varias, ha expresado claramente los requisitos exigidos para incardinar una conducta en el tipo del citado artículo 404 del Código Penal : 1) el sujeto activo debe ser una autoridad o funcionario público; 2) el funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución en asunto administrativo que, ante todo, se reputa no adecuada a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder; 3) que la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa", dado que el art. 404 CP ha puesto el acento en el dato del "ejercicio arbitrario del poder" proscrito por el art. 9.3 CE (se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular; cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa); y 4) que la autoridad o funcionario actúe "a sabiendas" de la injusticia de la resolución que dicta.

Queda por motivarse si la conducta del acusado reúne los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia, a saber:

A) El acusado Aureliano está plenamente incardinado en el artículo 24.1 del Código Penal , en cuanto ha de reputarse a efectos penales como autoridad, dado que tiene mando y ejerce el mismo, a tenor de todo lo que se ha referido sobre sus cargos en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

B) La resolución dictada, de la que es pleno artífice el acusado Aureliano aunque se haya acordado en el seno de un órgano colegiado, no es ajustada a Derecho. Este acusado fue el encargado de llevar la propuesta al pleno del Consejo de Administración, por el puesto que ocupaba en el mismo dadas sus labores directoras del organismo. Impulsó y autorizó una tramitación irregular del procedimiento para que se neutralizara a los órganos de control del ayuntamiento, y al ofrecer una información parcial y sesgada de lo que se pretendía condicionó el voto de cada uno de los miembros del órgano (todos concejales) que acordaron en consecuencia una decisión arbitraria e injusta, votando él mismo a favor. Todo esto resulta indudable que es constitutivo de delito de prevaricación con relación a la prevaricación para la que se utiliza un órgano colegiado.

C) No basta con un mero ilícito administrativo para configurar el delito de prevaricación administrativa, siendo necesario además que la resolución sea arbitraria, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública, pues no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona. A ello se añade, como otro elemento para formar la convicción sobre la totalmente irregular y arbitraria conducta del acusado y el decidido propósito que le animaba de burlar la legalidad administrativa, la desproporción entre el valor real y el ofertado, como se argumentó anteriormente en cuanto a la fundamentación del delito de malversación de caudales públicos. Tal comportamiento vulnera la exigible atención de las autoridades a la protección de los intereses generales y viola los mandatos de los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución .

D) Finalmente ha de atenderse a si en la conducta del acusado Aureliano ha concurrido el requisito subjetivo de que "a sabiendas de su injusticia dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo..." (art. 404). Y es que el acusado actuó con plena conciencia y voluntad de lo que hacía puesto que atendió, sin cuestionar nada, al requerimiento de precio que le hicieron los propietarios al Ayuntamiento, y lo hizo dándole la forma de apariencia de regularidad pero con la presentación engañosa de un acuerdo que se sabía fraudulento y con el que convenció a los miembros del Consejo de Administración, además con un valor que había de abonarse que era notoriamente superior al atribuido por los propios técnicos municipales, y que ello significaría un quebranto grave para las arcas municipales y un desproporcionado enriquecimiento para la parte vendedora. No cabe



obtener otra conclusión diferente a la de que el acusado tenía plena conciencia de la injusticia o arbitrariedad de la resolución y que, sin embargo, la propuso y promovió su aprobación.

En consecuencia, se dan todos los requisitos para entender la comisión del delito de prevaricación administrativa, del artículo 404 del Código Penal, por el que se acusa a Aureliano del primer delito, el de prevaricación, por el que en esta resolución se le condena.

Por último existe completa relación de medio a fin entre el delito de prevaricación y el delito de malversación que se declaran probados: las actuaciones arbitrarias que se declaran probadas, cometidas siempre por el acusado Aureliano, desde la decisión de adquirir una casa para el Ayuntamiento sin que constara la justificación de tal medida, hasta la manipulación del expediente administrativo, la ocultación de su verdadero precio según tasación neutra y objetiva, o presentación de la propuesta y su defensa en el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo hasta la votación favorable a dicha operación, y la propia compraventa materializada, con asistencia del propio Aureliano al notario para suscribir la escritura pública correspondiente sirvieron como instrumento que hizo posible la comisión del delito de malversación, es decir, el pago de un sobreprecio en la compraventa y la transferencia de aprovechamientos sin causa. Desde esta perspectiva, ambos delitos tendrían que ser castigados como un concurso medial de delitos (art. 77.1 inciso final CP; con relación a la naturaleza medial del concurso entre malversación y prevaricación, como apuntan las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016, 3 de septiembre de 2014, o 21 de mayo de 2012).

Sin embargo, no cabe hablar de que por el acusado Ceferino se haya cometido el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP (ni el delito de prevaricación del que lo acusan Ministerio Fiscal y acción popular relacionado con el acuerdo del Consejo de Administración, ni el delito de prevaricación del que lo acusa únicamente la acción popular relacionado con el pago del impuesto de plusvalía), pues su intervención en el asunto es la que ha resultado probada y que como tal se vierte en el relato fáctico de esta resolución. Aquí no se está juzgando su competencia o habilidad como funcionario, sino si cometió prevaricación. Y esto no ha resultado probado. Las acusaciones no han logrado demostrar que este acusado participara en la trama de la compra de la casa con sobreprecio, más allá de que redactara una propuesta de resolución, siguiendo las directrices del Consejero Director, que se lo debió pedir en algún momento, para ser sometido a su posible aprobación. Nada se ha probado más allá de que redactara esta propuesta, o de que no informara en el pleno del órgano sobre el conjunto de la tramitación del expediente pues nada se sabe si se le preguntó al respecto. A todo esto debe añadirse que debe ser valorado como criterio sobre la posible comisión de un delito de prevaricación por este acusado hasta qué punto le corresponde su participación en los procesos de decisión de la Gerencia y su campo de atribuciones y la correspondiente responsabilidad por lo que pueda decidirse en tal órgano. En este sentido, basta con examinar los Estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo, aprobados por el Pleno del ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en sesión de 4 de marzo de 2002, y vigentes al momento de los hechos que se enjuician, y que no mencionan la existencia de la figura del Secretario Delegado en su organigrama pues cuando se refiere en su artículo 5 a los órganos superiores de gobierno y administración cita al Consejo de Administración, al Consejero Director y al Gerente, y en su art. 7.5 dispone que "El Gerente así como los funcionarios que desempeñan las funciones de fe pública y asesoramiento legal y de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y aquéllos otros que en cada caso se determinen por el Presidente, asistirán a las sesiones del Consejo Rector y de los restante órganos colegiados de la Gerencia Municipal de Urbanismo, con voz pero sin voto", y en su art. 15 dispone que "Las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo y las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera se ejercerán por funcionarios de la Corporación de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, de Régimen Jurídico de los funcionarios de la Administración Local, con habilitación de carácter nacional". Y el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional disponía en su art. 3 que "La función de asesoramiento legal preceptivo comprende: a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de Concejales o Diputados con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto. b) La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial. En estos casos, si hubieran informado los demás Jefes de servicio o dependencia u otros asesores jurídicos, bastará consignar nota de conformidad o disconformidad, razonando esta última, asumiendo en este último caso el firmante de la nota la responsabilidad del informe. c) La emisión de informes previos siempre que un precepto legal expreso así lo establezca. d) Informar, en las sesiones de los órganos colegiados a que asista y cuando medie requerimiento expreso de quien presida, acerca de los aspectos legales del asunto que se discuta, con objeto de colaborar en la corrección jurídica de la decisión que haya de adoptarse. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión sobre cuya legalidad



pueda dudarse podrá solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación. e) Acompañar al Presidente o miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras y, si así lo demandaren en sus visitas a autoridades o asistencia a reuniones, a efectos de asesoramiento legal". Esta regulación genérica de la figura del funcionario que hacía las funciones de Secretario Delegado de la Gerencia de Urbanismo ha de tomarse en su justa medida a la hora de valorar la actuación del acusado Ceferino en la tramitación del expediente y en la adopción del acuerdo. Se ha acreditado que preparó el expediente como le correspondía por sus funciones de Secretario, y en el informe propuesta constaba referencia a la tasación interna de la vivienda por los

técnicos del ayuntamiento, pero es que nada se ha acreditado al respecto sobre cualquier otra intervención de este acusado. Y no se puede pretender que se le condene únicamente, dada que ninguna otra actuación de tipo delictiva se ha logrado demostrar pro las acusaciones, porque no informó en el Pleno sobre la conveniencia de pagar otra cantidad; ésta era una decisión de política municipal y su opinión en este sentido era jurídicamente irrelevante y en verdad ni le competía pronunciarse al respecto.

Y en cuanto a la cuestión del impuesto de plusvalía y la posible comisión delictiva por parte del acusado Ceferino (lo acusa la acción popular, y no el Ministerio Fiscal), solo consta que haya certificado una resolución (le competía en cuanto Secretario de la Gerencia), resolución en cuya redacción o gestación no consta que interviniera, siendo además la resolución la adopción relacionada con el cumplimiento de un compromiso municipal. No hay otra prueba que haga pensar en una intervención diferente de este acusado, y, en consecuencia, se debe concluir su inacreditada autoría respecto de los dos delitos de prevaricación.

Y tampoco cabe hablar de que por parte de Benigno se haya cometido un delito de prevaricación administrativa por el que viene acusado por la acción popular, al no haberse logrado acreditar lo que pretendía esa parte acusadora. Se le acusa de haber prevaricado al preocuparse, a través de una resolución suya, casi dos años después del acuerdo municipal de compra, de culminar algo que se había iniciado por la intervención de Aureliano en el momento de elevar a escritura pública un previo acuerdo municipal, por el pago del impuesto de plusvalía a cargo de la Gerencia y no a cargo de los vendedores, y dictar una resolución al respecto ordenando el pago. Pero, a juicio de esta Sala, este acusado se limitó al cumplimiento de una decisión del Ayuntamiento, la pactada en la escritura de compraventa, y que afectaba a terceros. Era una resolución de mero trámite e inevitable, sin que quepa pensar que le correspondía cuestionar algo que había pactado públicamente el Ayuntamiento, aunque hubiera un acuerdo previo, si bien interno, que dijera lo contrario. Debían haber sido los servicios jurídicos municipales correspondientes, de haberlos, los encargados de vigilar si el Ayuntamiento pacta en escritura pública lo que acuerda previamente en sus órganos colegiados, y no lo hace en sentido contrario. No parece que tal función le correspondiera a este acusado, y de ahí que su resolución no pueda tildarse de prevaricadora al tratarse de una resolución de trámite que impulsaba un procedimiento que debía acabarse para materializar un acuerdo, que nadie reparó internamente, y así que finalizara un expediente para la total liquidación de un impuesto que estaba pendiente de pago. Por consiguiente, no cabe hablar de autoría de delito de prevaricación por el acusado Benigno .

TERCERO.- De dichos delitos es responsable en concepto de autor el acusado Aureliano por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que los integran. A esta conclusión se llega por esta Sala tras la apreciación conjunta del material probatorio sobre a base de las consideraciones que se exponen a continuación.

El acusado Aureliano es autor de un delito de prevaricación y de un delito de malversación agravada. Aunque no lo reconoce, el conjunto de la prueba contradice su versión acerca de que nada conoció, de que nada se le informó, de que nada hizo y de que nada sabía. En definitiva, la abundancia del material probatorio de tipo incriminatorio respecto del acusado, apreciado por este Tribunal, como válida a la par que más que suficiente para enervar el constitucional principio de presunción de inocencia, conduce necesariamente por la senda de la formación de la convicción condenatoria en este Tribunal acerca de la comisión de dichos delitos por parte del acusado Aureliano . Fue el autor material de los delitos al margen de que no conste que fuera el beneficiario de algún tipo de ventaja, pecuniaria o no, que se pudiera haber obtenido de las mismas. Y fue el autor material de los delitos porque decidió comprar la CASA000 . La casa no se compró sólo, aunque eso pareció cuando se pudo escuchar a los acusados en el acto del plenario; la casa se compró porque alguien lo decidió y resulta que el que decide en la Gerencia no parece que sea el Alcalde que no va a la Gerencia sino que tiene delegadas sus competencias de urbanismo, ni parece que sea el Gerente pues no está en sus facultades, ni parece que sea el secretario por la razones ya apuntadas. Y es que resulta que la persona que dirige la Gerencia, como no podía ser de otra forma, es su Consejero Director, que para eso lo nombraron, y para eso preside el órgano decisorio de la Gerencia, el Consejo de Administración. La realidad, conveniente y suficientemente acreditada, es que es el instigador de la trama aprovechándose de su condición de Consejero Director prevaleciéndose de tal condición de autoridad. Esto, y no otra cosa, es lo que se concluye necesariamente del conjunto del material probatorio



a partir de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral. La prueba es su lugar en la Gerencia, puesto que la dirige y decide; no su negociación con los compradores a pesar de lo que sostienen los acusadores (no lo dice siquiera el gran aprovechado de la trama, Gabino , como él mismo alardea, al menos en el acto de la vista; y todo esto al margen de que en las actuaciones consta un escrito de la otra propietaria y aprovechada, Petra , dirigida a la Gerencia de Urbanismo en el que dice "Hemos recibido indicación de esa Gerencia de Urbanismo del interés por adquirir una vivienda de nuestra propiedad ..", fol. 589, donde, por cierto, también les vuelve a manifestar el precio [el que resultó pagado] y "corriendo a cargo del adquirente todos los gastos e impuestos que devengue la transacción", demostrativo de que la compra se debió negociar); sus encargos de tasación (en informe de 23 de octubre de 2002, de la arquitecta técnica del Ayuntamiento, al fol. 613, Marcelina , se señala que hace el informe a efectos de adquisición en el presente ejercicio y que se debe dar traslado de la tasación a los Órganos de Dirección a los efectos oportunos); su encargo al Secretario de borrador de propuesta; su solicitud a la Intervención Delegada (fol. 614) de crédito, unos días antes del Consejo, para la adquisición del inmueble precisamente por el valor por el que después se propuso y se aprobó (demostrativo todo esto de su predeterminación); su propuesta al Consejo de Administración; su voto favorable; y su intervención en la escritura de compraventa, no negada incluso en lo relativo a la modificación en cuanto al pago del impuesto de plusvalía. En definitiva, que no cabe duda alguna sobre la autoría de los delitos y procede la correspondiente condena por los mismos a su autor, el acusado Aureliano .

CUARTO.- En la realización del expresado delito no concurre circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal alguna.

QUINTO.- En cuanto a las penas a imponer al acusado que ha resultado condenado, Aureliano , proceden las que se fijan en el fallo de esta sentencia en atención a primero, la concreta sucesión de hechos, segundo, la gravedad de los hechos a la vista de lo que significa de desprecio a lo público, todo lo cual supone la imposición de las penas como se determinan en esta resolución por considerarse ajustadas. Así se condena a este acusado por el delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación agravada de caudales públicos a la pena de cuatro años de prisión y diez años de

inhabilitación absoluta. En orden a la determinación de la pena ha de estarse a lo que preceptúa el Código Penal como penas tipo para los delitos de malversación y prevaricación administrativa. Para la malversación, el subtipo del artículo 432-2º por el que viene acusado establece una pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta de diez a veinte años.

En cuanto a la prevaricación administrativa, en el artículo 404 del CP se fija la pena tipo de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Dada la existencia de concurso medial entre ambos delitos, por imperativo del artículo 77-2º del Código Penal , en principio habría de aplicarse la mitad superior de la pena prevista para el delito más grave -el de malversación-, lo que haría un arco de seis a ocho de prisión y la inhabilitación absoluta de quince a veinte años. Se estima de una mayor gravedad y perjudicialidad para el acusado, en este caso, lo que prevé el artículo 77-2º, y han de penarse los delitos por separado, a tenor del artículo 77-3º, ambos del Código Penal . Procede, pues, aplicar al acusado Aureliano , por el delito de prevaricación administrativa, la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Por el de malversación agravada, la pena de cuatro años de prisión y diez años de inhabilitación absoluta con las accesorias correspondientes.

SEXTO.- En función de la previsión legal de los arts. 109 y 110 CP en virtud de la cual el autor de un hecho delictivo está obligado a la reparación del daño y al perjuicio por él causado, procede en este sentido lo que solicitan las acusaciones, la obligación de pagar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife por el exceso pagado en la operación de compraventa. Además, el artículo 116 del Código Penal dispone que "toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente". Esto obliga al resarcimiento de tales daños y perjuicios ocasionados. Y el perjuicio ocasionado es doble, pues por una parte se trata de la cantidad malversada del sobreprecio de la compra de la casa, y de otra parte la cantidad malversada e indebidamente abonada por el impuesto de plusvalía.

En cuanto a lo primero, al tratarse de una suma de dinero (solicitada por el Fiscal la cantidad de de doscientos ochenta mil doscientos ochenta y un euros con ochenta y nueve céntimos (280.281,89€), por la acusación particular la cantidad de ciento treinta y siete mil trescientos veintidós euros con ochenta y ocho céntimos (137.322,88€), y por la parte actora civil la misma cantidad que el Ministerio Fiscal, la de doscientos ochenta mil doscientos ochenta y un euros con ochenta y nueve céntimos (280.281,89 €) que fue sustraída por el primer delito de malversación al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife (diferencia entre el valor real del inmueble adquirido y el precio indebidamente abonado), por imperativo del artículo 110.3 del CP habrá de condenarse al autor al pago de dicha suma. Habrá de determinarse la cantidad exacta que como ya se ha



dicho en fundamento anterior es la de 280.281,89 euros por las razones acerca de la validez de esta cifra tal y como quedaron expuestas en el fundamento jurídico segundo de esta resolución.

Y en cuanto a lo que se le debe imponer como responsabilidad civil por la segunda acción malversadora, asciende sin duda alguna a la cantidad de diez mil novecientos cuarenta y seis euros con seis céntimos (10.946,06€) por ser lo indebidamente pagado por impuesto de plusvalía en la posición del legal deudor tributario, la parte vendedora. Todo lo anterior con expresa imposición de lo prevenido en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Ceferino de los delitos de que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Benigno de los delitos de que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Aureliano por el delito de prevaricación, ya definido, en concurso medial con un delito de malversación agravada de caudales públicos, igualmente definido, a penar separadamente por la malversación a la pena de cuatro años de prisión y diez años de inhabilitación absoluta y por el de prevaricación a siete años de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público, y al pago de un tercio de las costas de este procedimiento, incluido un tercio de las costas de la acción popular y un tercio de las costas del actor civil. Igualmente deberá indemnizar al Ayuntamiento tanto por el sobreprecio como por lo devengado por el impuesto de plusvalía, en las cantidades expresadas en el fundamento jurídica sexto de esta resolución, con los intereses.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, contra la que cabe interponer RECURSO de CASACIÓN, en el plazo de cinco días, contados al siguiente al de su notificación, anunciándolo en esta Audiencia para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, por el Sr. Magistrado Ponente, durante las horas de audiencia pública del día de su fecha, de lo que doy fe.