



Roj: **STS 1803/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1803**

Id Cendoj: **28079120012019100354**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2019**

Nº de Recurso: **1516/2018**

Nº de Resolución: **281/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 281/2019

Fecha de sentencia: 30/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1516/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 24/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Sección Sexta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1516/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 281/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo Garcia



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1516/2018 interpuesto por **Enrique**, representado por la procuradora DOÑA MARÍA CARMEN ORTIZ CORNAGO bajo la dirección letrada de DON ADOLFO PREGO PUIG DE LA BELLACASA, contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 36/2016, en el que se condenó al recurrente, como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, en concurso medial con un delito de malversación agravada de caudales públicos de los artículos 432.1 y 2 también del Código Penal. Ha sido parte recurrida el **Ministerio Fiscal**, **Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife**, representando por el Letrado Consistorial, DON Florian y Genaro, representado por la procuradora DOÑA BEGOÑA DEL ARCO HERRERO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción número 1 de Santa Cruz de Tenerife, incoó el Procedimiento Abreviado número 2331/2012 por delito de prevaricación administrativa y delito de malversación de caudales públicos, contra Enrique, Genaro Y Hugo, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta. Incoado el Rollo de Procedimiento Abreviado 36/2016 (Número de registro general 70/2016), con fecha 12 de abril de 2018 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"" **PRIMERO:** El día 7 de julio de 1998, Sara y Jacinto, propietarios del inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 y NUM001 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, Sara y Jacinto 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 Enrique, titular del D.N.I. nº NUM002, nacido el NUM003 /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, Moises , un "Informe sobre el uso a destinar el inmueble sito en la CALLE000 n. NUM001 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 Genaro 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, Genaro , nacido el NUM004 /1956, con D.N.I. nº NUM005 , 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 Enrique .

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 Enrique , 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 Enrique , 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 Jacinto y Sara . Los talones estaban suscritos por el acusado Enrique 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 Hugo , mayor de edad, con DNI n. NUM006 , 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 Genaro , 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. 4059100, que se había iniciado el 16 de septiembre de 2003 practicada por la Unidad de Inspección Tributaria del Ayuntamiento a Jacinto para exigirle el pago del referido impuesto".

SEGUNDO. - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

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

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

Que debemos condenar y condenamos al acusado Enrique 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."

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Enrique , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y por vulneración de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso formalizado por Enrique , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la valoración de la prueba, por haber omitido datos de hecho relevantes para la correcta calificación, acreditados por un documento que tiene la condición de casacional según el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ., integrado por el informe de tasación de los folios 659 y siguientes.



Segundo. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de prueba al declarar probado que el estudio elaborado por el Arquitecto Felipe el 4 de julio de 1999 (folios 590 y siguientes) no recoge las limitaciones al aprovechamiento urbanístico que afectaban al inmueble (página 2 de la declaración de Hechos Probados), resultando ser un informe "sobre el precio de mercado sin comprobaciones urbanísticas importantes" (sic); y al omitir la verdadera metodología aplicada.

Tercero. - Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución en cuanto a que la Sentencia considera probado que el precio convenido y pagado superaba el verdadero valor del inmueble comprado por el Ayuntamiento.

Cuarto. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documento demostrativo de la equivocación del Juzgador. Los documentos invocados son los obrantes a los folios 191 a 193 y 129 a 131.

Quinto. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 404 Código Penal.

Sexto. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo. 432 Código Penal al calificar los hechos relatados como un delito de malversación de caudales públicos cometido por el acusado Sr. Enrique, con relación al pago del precio convenido en la compra del inmueble ' CASA000 '.

Séptimo. - Por infracción de ley al amparo, del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo. 404 Código Penal.

Octavo. - Por infracción de ley al amparo, del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida apreciación de los hechos de un delito de malversación de fondos públicos del art. 432.1 y 2 Código Penal.

Noveno. - Por infracción de ley al amparo, del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal.

QUINTO. - El Ministerio Fiscal, anunció recurso del que posteriormente desistió por escrito de fecha 21 de mayo 2018, teniéndole por desistido por Decreto de 20 de junio de 2019.

SEXTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 18 de julio de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró el día 24 de abril de 2019. Al acto compareció el letrado recurrente DON ADOLFO PREGO DE OLIVER PUIG DE LA BELLACASA en defensa de Enrique, que informó sobre los motivos. Asistió a la vista el Letrado recurrido, DON Florian en defensa del Excelentísimo Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, no compareció la defensa de Genaro, a pesar de estar citado en forma y el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. - Por sentencia de 12 de abril de 2018 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife se ha condenado a Enrique por la comisión de un delito de prevaricación, en concurso medial con otro delito de malversación de caudales públicos a la pena de 7 años de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público por el primero de los delitos y 4 años de prisión y 10 años de inhabilitación absoluta por el delito de malversación.

El condenado ha interpuesto recurso de casación por nueve motivos que por razones de orden sistemático van a ser contestados siguiendo el siguiente orden: Daremos respuesta, en primer lugar, a los motivos 1º, 2º y 4º en los que se denuncia error en la valoración de la prueba con apoyo en determinados documentos obrantes en autos. En segundo lugar, contestaremos al motivo 3º en el que se ha denunciado la vulneración del principio de presunción de inocencia, cuya estimación hace innecesario todo pronunciamiento sobre los motivos 5º y 6º. Seguidamente daremos respuesta a los motivos 7ª y 8ª, en que se ha denunciado infracción de ley respecto de la condena por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos en relación con el pacto por el que la Corporación Municipal quedó obligada al pago de impuestos y demás gastos derivados de la compraventa litigiosa. La estimación de este último motivo hace innecesario todo pronunciamiento sobre el último motivo del recurso.

PRIMERO . - 1. En el primer motivo del recurso, por el cauce establecido en el artículo 849.2 de la LECrim, citando el informe pericial de la empresa TINSA, (folio 659 y siguientes de las actuaciones) se indica que es



erróneo el párrafo de los hechos probados de la sentencia impugnada que tiene el siguiente contenido: *"informe que en ningún caso hacía referencia a las limitaciones urbanísticas que afectaban al inmueble tasado"*.

En el recurso se alega que esta inferencia se completa con un párrafo de la argumentación jurídica que incide en el mismo error. El párrafo en cuestión es el que sigue: *"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"*.

El impugnante sostiene que el informe pericial es un documento a efectos casacionales y que de su propio contenido se infiere que el precio de tasación fijado tuvo en cuenta la situación urbanística del inmueble, razón por la que la afirmación del relato fáctico antes aludido es inexacto, lo que tiene su importancia para determinar si ese informe establecía una tasación manifiestamente errónea y elevada.

2. Según se indica en la reciente STS 207/2017, de 28 de marzo, "[...] la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECr im, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones, el error que se denuncia y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (STS núm. 126/2015, de 12 de mayo) [...]". Por tal motivo esta Sala viene afirmando de modo constante que el motivo de impugnación ha de fundarse en auténticos documentos, y no en otra clase de pruebas; que esos documentos deben ser literosuficientes, es decir, deben evidenciar por su propio contenido un error fáctico; que los datos acreditados por el documento no deben estar en contradicción con otras pruebas y que los datos debe ser relevantes para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia (SSTS 936/2006 y 778/2007 , entre otras muchas).

Se ha discutido si los informes periciales son documentos a efectos de fundamentar este motivo de casación ya que las pericias, en principio, son pruebas personales y no documentales, aunque el informe se documente por escrito. A pesar de ello, a los informes periciales se les ha reconocido virtualidad para fundamentar una pretensión de modificación del relato fáctico de la sentencia, con arreglo al artículo 849.2 de la LECrim , siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que se trate de un solo informe o varios coincidentes sobre los mismos elementos fácticos y que el tribunal los haya valorado como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere de forma relevante su sentido originario.

b) Que se cuente con un solo informe o varios coincidentes y, pese a no disponerse de otras pruebas, el tribunal de instancia llegue a conclusiones divergentes sin expresar las razones que lo justifiquen o sin dar una explicación razonable de esa divergencia (SSTS. 182/2000 de 8 de febrero , 1224/2000 de 8 de julio , 1572/2000 de 17 de octubre , 1729/2003 de 24 de diciembre , 299/2004 de 4 de marzo y 417/2004 de 29 de marzo)

En el primer caso se demuestra un error al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19 de diciembre 2012).

3. El Ministerio Fiscal se ha opuesto a la estimación del recurso alegando que los documentos señalados por el recurrente son informes periciales y no se da ninguna de las circunstancias que permiten su invocación a efectos casacionales. Sin embargo, se da una circunstancia singular: Los informes en cuestión fueron incorporados al expediente administrativo incoado para la adopción del acuerdo o resolución calificada de prevaricadora y son anteriores al procedimiento penal y, a la vez, los firmantes de los informes han comparecido al proceso como peritos. Concorre la doble circunstancia de la condición documental y pericial de los informes.

Sin embargo, en este motivo casacional no se reprocha la corrección o no de tales informes sino su contenido literal que, según el recurrente, ha sido desconocido en la sentencia, afirmando que dice lo que no dice y tergiversando su contenido real.

En la medida en que sólo se censura la literalidad del documento y su fiel transcripción al relato fáctico, el informe de referencia es documento a efectos casacionales, lo que obliga a analizar la queja contenida en el recurso.

4. El informe elaborado por la empresa TINSA hizo una extensa mención de la situación urbanística del inmueble, por lo que no es cierto que el informe no hiciera referencia a las limitaciones urbanísticas. Su contenido literal contradice el relato fáctico de la sentencia en este punto.



En el informe aludido se hizo una extensa reseña de la situación urbanística del inmueble. Se indicó que se trataba de un inmueble clasificado como urbano en el PGOU, en el área de reparto Toscal-Santiago; que la zona en que se enclavaba estaba destinada a parque, a desarrollar en un Plan Especial y que un 18% de su superficie (1.600 metros cuadrados) estaba destinado a realojo de residentes afectados por el propio parque. Se señalaba que la edificabilidad resultante era ridícula y que parecía que se había establecido como un mecanismo del PGOU con la finalidad de favorecer la gestión del Plan Especial. El informe explica que la única forma de desarrollo del Plan Especial sería la expropiación y describió los cálculos realizados para establecer el valor del inmueble, contemplando separadamente el suelo y la construcción, aplicando normativa específica para cada uno de los componentes y llevando a cabo complejos sistemas de cálculo, que se especifican de forma muy detallada.

El informe de la mercantil TINSA no silenció la situación legal del inmueble, ni la ocultó. Simplemente no calculó el valor del bien tomando en consideración su calificación urbanística, porque no lo consideró procedente. Si lo que se pretendía con este apartado del relato fáctico era enfatizar que la empresa ocultó la situación urbanística para atribuir al inmueble un valor manifiestamente elevado, no podemos silenciar que el informe pericial encargado por el Ministerio Fiscal y realizado por Estudio Cabrera SL (folio 515- 544), tampoco tomó en consideración la situación urbanística. Este último informe tuvo en cuenta el valor de reposición y el informe de TINSA tuvo en cuenta el valor de comparación. Ambos son sistemas de cálculo posibles conforme a la ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de inmuebles. Pero lo relevante a efectos de este motivo no es la indagación de qué sistema es más correcto, sino que el informe de la mercantil TINSA hizo expresa y extensa referencia a la situación urbanística del inmueble y no la ocultó.

El motivo se estima.

SEGUNDO. - 1. En el segundo motivo del recurso y por la misma vía casacional que en el motivo anterior se denuncia error en la descripción del informe el arquitecto don Felipe de 4 de julio de 1999 (folios 590 y siguientes de las actuaciones).

Los hechos probados de la sentencia afirman literalmente respecto de este informe que *"no recogía en ningún caso las limitaciones al aprovechamiento urbanístico que afectaban al inmueble ofertado"* y, según el recurso, tal afirmación no se corresponde con la realidad porque en el informe aludido se hace referencia expresa a esas limitaciones. A juicio del recurrente, esta deficiencia en el juicio fáctico pone en cuestión la supremacía concedida por el tribunal de instancia a la tasación del funcionario municipal que ha sido establecida desfigurando la objetiva descripción de otras tasaciones.

2. Al igual que en el caso anterior, el informe de tasación elaborado a petición de la propiedad el 4 de julio de 1999 por el Estudio Armas y obrante a los folios 59-84 de las actuaciones, tomó como referencia el valor de reposición pero también se hizo constar expresamente la situación urbanística del inmueble en los siguientes términos:

"Según el PGOU de Santa Cruz de Tenerife vigente, el inmueble se encuentra en el ámbito del Centro Histórico, área de reparto Toscal-Santiago, incluido dentro del Plan Especial que se encuentra pendiente de aprobación. El edificio se encuentra incluido dentro del catálogo de edificios protegidos, teniendo un nivel de protección tres. Se ha redactado el Avance del Plan Especial del Toscal, donde se proponer la utilización del inmueble objeto de tasación como equipamiento".

Por lo tanto, el relato fáctico de la sentencia al indicar que este informe *"no recogía en ningún caso las limitaciones al aprovechamiento urbanístico que afectaban al inmueble ofertado"*, no ha reproducido fielmente el contenido del informe. Le ha atribuido una deficiencia que no existía.

Probablemente la sentencia se refiera, no tanto a que no expresara las limitaciones urbanísticas, sino que no las tuviera en consideración para llevar a cabo la tasación, cuestión que tampoco se ajusta a la realidad porque, tanto en este informe como en el anterior, se conocía la situación urbanística y el uso que se podía dar al inmueble como consecuencia de su calificación urbanística y de su inclusión en un Plan Especial que estaba por desarrollar, de ahí que en ambos casos se consideró procedente realizar la valoración de acuerdo con el valor de reposición. En todo caso, la literalidad del relato histórico no se ajusta al contenido del documento, razón que nos lleva a la estimación de este segundo motivo del recurso.

TERCERO. - 1. En el cuarto motivo del recurso, también por el cauce previsto en el artículo 849.2 de la LECrim, se cuestionan dos concretas afirmaciones del relato histórico de la sentencia y que son las siguientes: En relación con la actuación del Secretario delegado de la Gerencia Municipal de Urbanismo se dice que 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 de 612.777,78 €.



La frase entrecomillada es errónea, a juicio del recurrente, porque la propuesta contenía con absoluta claridad las tres valoraciones realizadas sobre el inmueble, afirmación que se trata de soslayar utilizando expresiones como "entre otros extremos", sin indicar cuáles, o con la expresión "a la vista de las valoraciones", sin expresar cuáles.

También en el juicio histórico de la sentencia, a la hora de establecer las condiciones en que el Consejo de Administración acordó la compra del inmueble, se indica expresamente lo siguiente: *"sin que quede suficiente constancia de que los miembros del Consejo de Administración tuvieran un efectivo conocimiento de la totalidad del expediente"*. Esa afirmación se censura por errónea dado que en la Propuesta que se remitió al Consejo de Administración se hacían constar las distintas propuestas, lo que permitió al citado Consejo actuar con pleno conocimiento de todas las circunstancias de relevancia.

2. El motivo debe ser desestimado. El documento reseñado por el recurrente indica que la determinación del precio se ha hecho a la vista de las *"las valoraciones y la propuesta de ambas partes"* lo que se ajusta fielmente al contenido del documento, en el que se indicaron las distintas valoraciones realizadas. No hay error en la apreciación del contenido del documento y su literalidad no desdice ni contraviene este particular contenido del relato fáctico. El recurrente adivina intenciones que el relato no describe.

Por otro lado, el documento contiene una referencia expresa y detallada, al menos en cuanto al valor del inmueble, de las distintas valoraciones realizadas antes de proponer el precio de venta, pero lo que la literalidad del documento no acredita es que *"los miembros del Consejo de Administración tuvieran un efectivo conocimiento de la totalidad del expediente"*. Esta afirmación del relato fáctico no puede ser calificada de inexacta o inveraz por el contenido del documento que se menciona en el recurso. El citado documento hace referencia a las valoraciones exclusivamente. El conocimiento o desconocimiento de los miembros de la Gerencia del contenido del expediente administrativo es una afirmación contenida en el juicio histórico de la sentencia que no tiene su apoyo en el informe del Secretario Delegado de la Gerencia Municipal de Urbanismo, por lo que la literalidad del citado documento no evidencia el error fáctico denunciado.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

CUARTO . - 1. En el tercer motivo del recurso, con apoyo en el artículo 852 de la LECrim e invocando el artículo 24 de la Constitución , se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia.

Se aduce que la sentencia impugnada, para efectuar su pronunciamiento de condena, descansa íntegramente en un punto decisivo: la afirmación de que el precio que pagó el Ayuntamiento por el inmueble adquirido era superior a su valor real, ya que sin esa afirmación no se sostiene ni el delito de prevaricación ni el de malversación de caudales públicos.

Tratando de sintetizar el desarrollo argumental del recurso, lo que se viene a cuestionar es que la sentencia de instancia haya valorado positivamente la tasación del funcionario municipal frente a las otras dos tasaciones referidas en el expediente administrativo. Se considera que la sentencia parte de premisas erróneas, como que la tasación deba hacerse de acuerdo con el valor catastral, lo que no se corresponde con lo establecido en el artículo 31.2 de la Ley 6/1998 . Se minusvalora la importancia que la citada ley da al valor de mercado como elemento fundamental de tasación y no toma en consideración, además, que las tasaciones privadas no sólo atendieron al valor de mercado para fijar el valor del inmueble. Se ha dado prevalencia al informe del funcionario y se ha considerado que el precio pagado por la compra fue "desmesurado" sin explicar debidamente las razones de tal elección, amparándose en el principio de valoración conjunta de la prueba, que no exime del deber de justificar en datos objetivos las conclusiones probatorias de la sentencia. .

2. Según se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia, la condena al acusado por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos se justifica porque actuó con la finalidad de adquirir para el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife la llamada CASA000 , mediante sobreprecio, con el consiguiente perjuicio para las arcas públicas y con el correspondiente beneficio para los propietarios.

A tal fin, dirigió las conversaciones con los propietarios; encargó una tasación a los servicios municipales y conociendo que esa tasación, por su objetividad, iba a dar una valoración que no se correspondía con la oferta de los propietarios, encargó una tasación externa, con el consiguiente gasto, sabiendo que iba a llegar a un precio altísimo, como así ocurrió. Se afirma en la sentencia que actuó a sabiendas de que el precio ofertado era muy superior al real, que manipuló la voluntad de los miembros del Consejo y neutralizó los procedimientos de control. Se señala también que el informe que debería haberse tomado en consideración era el de los servicios municipales porque fue realizado teniendo en cuenta "parámetros objetivos como los valores catastrales".

El delito de prevaricación administrativa, tipificado en el artículo 404 del Código Penal , sanciona penalmente a la autoridad o funcionario público que "dictare una resolución arbitraria en asunto administrativo". En este caso la arbitrariedad se concreta en que el acusado impulsó y autorizó una tramitación irregular del expediente



administrativo, ofreció información parcial y sesgada a los miembros del Consejo de Administración condicionado el sentido de su voto y consiguió la compra de un inmueble, sin justificación alguna en relación con el interés del Ayuntamiento, al verificarse la adquisición por un precio notablemente superior al real, con los consiguientes aprovechamientos lucrativos para los propietarios del inmueble. La compra con sobreprecio supone, a juicio de la sentencia impugnada, una gestión desleal que constituye también un delito de malversación de caudales públicos, a tenor de lo previsto en el artículo 432 del Código Penal .

Por lo tanto, los hechos atribuidos al acuerdo y que justifican la condena son:

- a) La manipulación de los miembros del Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo para condicionar el sentido de su voto.
- b) La compra del bien inmueble mediante sobreprecio.
- c) La tramitación irregular del expediente administrativo.
- d) La neutralización de los mecanismos de supervisión.

3. Para centrar nuestro análisis conviene hacer una sucinta reseña sobre el principio de presunción de inocencia y las consecuencias que dicho principio conlleva cuando se invoca en vía casacional.

Como recuerda la STS 125/2018, de 15 de marzo , entre otras muchas, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia impugnada se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente. En definitiva, a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié para, desde ella, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

4. Proyectando los anteriores criterios al caso que centra nuestra atención, debemos hacer las siguientes consideraciones:

- a) El acuerdo por el que se dispuso la compra del inmueble fue adoptado por el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo y se dice que el acusado ocultó información a los integrantes del Consejo y manipuló su voluntad para conseguir un consentimiento viciado.

Esta afirmación resulta determinante para atribuir al acusado los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos dado que el acuerdo autorizante de la compra fue adoptado por todos los miembros del órgano colegiado, sin que consten discrepancias o votos en contra.

Hemos afirmado en fundamentos anteriores que los informes periciales, tanto de la propiedad como el realizado a instancias de la Gerencia de Urbanismo por la empresa TINSA, ni desconocieron ni ocultaron la situación urbanística del inmueble en cuestión. Por otra parte, en el expediente administrativo incoado para adoptar el acuerdo de compra se incluían las tasaciones de los servicios municipales y de la empresa TINSA, en donde no sólo consta la situación urbanística del inmueble, sino los procedimientos de cálculo utilizados y, sobre todo, las distintas cuantías de las valoraciones del inmueble.



No cabe duda que los miembros de la Gerencia Municipal de Urbanismo que votaron el acuerdo de compra tenían información suficiente sobre las divergencias de las tasaciones y pudieron recabar más información o votar en contra del acuerdo y, sin embargo, no lo hicieron. En la sentencia se afirma que su voluntad fue manipulada mediante la ocultación de información, pero las pruebas identificadas para acreditar esa inferencia, que son los propios informes, evidencian su incorrección. No hubo ocultación de la información.

En la sentencia se indica que no consta que los miembros del Consejo fueran debidamente informados pero lo cierto es que sobre la base de ese hecho negativo no puede descansar la condena. Debía haberse acreditado que se ocultó información, que se dio una información sesgada o parcial y que los miembros del órgano colegiado no tuvieron oportunidad de conocer las diferencias de valoración al tomar su decisión, pero ninguno de los miembros del Consejo ha aseverado en juicio que se ocultara información. El Secretario declaró que el expediente estaba completo y que a la reunión acudieron los técnicos y no hay prueba alguna de que se produjera la manipulación a la que alude la sentencia.

b) No se ha acreditado ninguna circunstancia que acredite algún tipo de relación o interés del acusado para favorecer a los propietarios. Fueron ellos quienes iniciaron el proceso por su interés en la venta del inmueble.

c) Tampoco se ha aportado prueba alguna que acredite que el proceso administrativo seguido para adoptar el acuerdo de compra tuviera alguna irregularidad. La sentencia no ha identificado un solo trámite irregular y no puede tener tal consideración el que se solicitara un informe de valoración externo ya que la ley no lo prohíbe, máxime teniendo en cuenta las manifestaciones del Secretario del Ayuntamiento que en el juicio manifestó que ese tipo de tasaciones eran habituales. Es más, si se acude a la normativa básica en esta materia, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 114 se establece la facultad de acudir a tasaciones privadas.

No es función de este tribunal indagar y determinar todos los requisitos y trámites exigibles pero la adquisición de un bien inmueble por una corporación local, pero si poner de relieve que no se ha identificado en la sentencia impugnada ninguna irregularidad en la tramitación del expediente administrativo incoado para llevar a cabo la adquisición de la casa

No consta tampoco que la tramitación del expediente administrativo fuera impulsada y decidida en sus detalles por el acusado, quien ha negado toda intervención. Tampoco consta que se neutralizaran los sistemas de control. Se hace esta afirmación en la sentencia sin justificar su apoyo probatorio.

d) La sentencia parte de la consideración de que se pagó un sobrepago porque no se fijó el precio de venta de acuerdo con la valoración realizada por los servicios municipales que se destaca como la más lógica y racional, porque atendía a valores objetivos. Esta inferencia es fundamental para el pronunciamiento de condena de la sentencia de primera instancia.

En el acto del juicio comparecieron los distintos peritos y polemizaron sobre los distintos sistemas de valoración sin ponerse de acuerdo y la sentencia como mayor argumento afirma que el valor asignado por los servicios municipales era el correcto por atender a parámetros de valoración objetivos como los valores catastrales.

Es cierto que a efectos de expropiación el valor de un inmueble ha de determinarse a partir de precios con un alto grado de objetividad, conforme a lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa. Así, conforme a lo establecido en los artículos 23 y siguientes de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones se establece con toda claridad que, a los efectos de expropiación, las valoraciones del suelo se efectuarán con arreglo a los criterios establecidos en la misma, cualquiera que sea la finalidad que la motive y la legislación, urbanística o de otro carácter, que la legitime. Aun cuando el objetivo de la Ley es valorar el suelo de acuerdo con su valor real, no es menos cierto que para ello establece un método determinado y concreto que ha de ser aplicado, de forma que para el suelo ha de tomarse en consideración su valoración urbanística y para los inmuebles el valor catastral, si bien no de forma automática sino con importantes matices. De un lado el sistema de fijación del justiprecio admite la posibilidad de acuerdo entre las partes, por más que éste deba respetar los criterios de valoración y, en todo caso, el artículo 31 de la Ley 6/1998 dispone que "el valor de las edificaciones, que asimismo se calculará con independencia del suelo, se determinará de acuerdo con la normativa catastral en función de su coste de reposición, corregido en atención a la antigüedad y estado de conservación de las mismas". No son los desnudos valores catastrales los que han de tomarse en consideración sino estos valores con importantes correcciones, lo que suele dar lugar a divergencias que son resueltas por los Jurados Provinciales de Expropiación y, en última instancia, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este caso, sin embargo, no se trata de una expropiación, sino de la compra de un inmueble ya construido, que se pensaba destinar a Casa de la Juventud, según las prioridades políticas establecidas por el Consistorio



Municipal, que tenía entre sus objetivos la creación de una red de Casas de Juventud. En caso de compraventa el valor del bien se determina por la concurrencia de oferta y demanda y por criterios de mercado y oportunidad, por lo que resulta muy cuestionable la afirmación de que el valor catastral o, incluso, el valor a efectos de expropiación era el adecuado para la determinación del precio.

Resulta relevante citar la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, que para fijar el valor de inmuebles a efectos de constitución de garantías hipotecarias, provisiones técnicas de empresas aseguradoras y determinación del patrimonio hipotecario de fondos de pensiones, establece distintos criterios de valoración, como el valor de coste o reemplazo y el valor de comparación, que han sido los criterios utilizados por algunos de los informes periciales tomados en consideración en este caso para la determinación del precio de venta. Aun cuando el sistema de valoración establecido en la Orden aludida tiene por finalidad determinadas operaciones del sistema financiero, no cabe excluir que sus criterios puedan servir de referencia para establecer el valor de un inmueble para conseguir el acuerdo propio de todo contrato.

En este caso constan cuatro valoraciones distintas: a) La encargada por los propietarios tres años antes de la venta que fijó un valor de venta de 612.777,78 €, precio por el que finalmente se vendió el inmueble; b) La realizada por el funcionario municipal correspondiente que fijó un valor de 332.496,69 €; c) La realizada por el empresa TINSA, a petición de la Gerencia Municipal de Urbanismo, que fijó al inmueble un valor de 705.966,11 € y d) La realizada por encargo del Ministerio Fiscal, a cargo del Estudio Cabrera SL, que tasó el bien en la cantidad de 475.454,90 euros (con un margen de error del 10-15%).

Si se pondera el valor máximo calculado en el informe del tasador judicial (546.772€, incluido el porcentaje posible de desviación) con el precio pagado (612.778 €) puede observarse que la desviación se reduce a 66.005 €, muy alejada de los 280.281,89 €, establecida en la sentencia.

Tres de los informes de tasación han valorado el bien con distintos criterios técnicos, pero en función del precio de mercado, y piénsese que el acuerdo de las partes al formalizar la compraventa, incluso aunque el precio fuese algo superior al valor de mercado, permitía la adquisición del bien y evitaba el complejo sistema expropiatorio, con los perjuicios consiguientes y con la incertidumbre sobre el precio final resultante. Por último, debe destacarse que, al margen del dictamen elaborado a instancia del Ministerio Fiscal, no se ha aportado siquiera un informe pericial adicional que determine el valor del bien a efectos de expropiación.

A la vista de lo que se acaba de expresar, no puede afirmarse que la valoración de los servicios municipales fuera la correcta, no sólo porque ni siquiera la pericia acordada por el Ministerio Fiscal avalara dicha valoración, sino porque la sentencia opta por esta pericial de forma no razonada en tanto que no explica por qué razón los valores catastrales y urbanísticos debían servir de referencia, con exclusión del precio de mercado, en un supuesto de compraventa.

El motivo, en consecuencia, debe ser estimado lo que conduce a declarar que no hubo acción punible en la compra de la CASA000 en lo relativo al pago del precio. Esta disposición hace innecesario todo pronunciamiento sobre los motivos de casación quinto y sexto, que censuran la sentencia en relación con los hechos anteriores, pero a través del cauce de infracción de ley establecido en el artículo 849.1 de la LECrim .

QUINTO . - 1. En el motivo séptimo y por la vía del artículo 849.1 de la LECrim se censura la aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal en relación con la decisión del acusado de incluir en la escritura pública de compraventa una cláusula por el pago del impuesto de Incremento del Valor de los Terrenos fuera asumido por el propio Ayuntamiento, en contra de los expresamente aprobado por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo.

En el escrito impugnatorio se sostiene que esa decisión no fue una resolución administrativa, sino una decisión personal, tomada en el marco de una relación negocial que, a lo sumo, podría ser calificada como delito de fraude del artículo 436 Código Penal , por el que no se formuló acusación y que es heterogéneo respecto de los delitos objeto de condena y acusación, por lo que no cabe sanción penal por dicho delito.

El motivo no puede tener favorable acogida. Tal y como señala el Ministerio Fiscal en su informe y como puede advertirse de la lectura de la sentencia impugnada, cuando en su fundamentación jurídica califica la conducta del acusado como constitutiva de un delito de prevaricación, se está refiriendo única y exclusivamente a la compra mediante sobreprecio del inmueble y no al pacto relativo al pago de impuestos y otros gastos, cuestión que es ajena al delito de prevaricación y que únicamente es calificada como malversación de caudales públicos. Por tanto, no es necesario indagar si la prestación de consentimiento es un acto administrativo o si, por aplicación de la doctrina de los actos separables, es un acto de derecho privado que no puede integrar el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal . La propia sentencia resuelve la cuestión en la medida en que no califica esta actuación como delito de prevaricación.

El motivo se desestima.



SEXTO. - 1. En el motivo octavo y por la misma vía que en el motivo anterior se denuncia la indebida aplicación del delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal también en relación con la decisión del acusado de incluir en la escritura pública de compraventa una cláusula por el cual el pago del impuesto de Incremento del Valor de los Terrenos fuera asumido por el propio Ayuntamiento, en contra de los expresamente aprobado por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo.

Se dice en el escrito impugnatorio que la acción realizada por el acusado y que consistió en el pago del impuesto no puede ser comprendida en las acciones típicas del precepto aplicado; "sustraer o consentir que otro sustraiga". Habría sido en todo caso una disposición indebida de caudales públicos pero nunca una sustracción. Se afirma en el recurso que "abstenerse de cobrar al deudor tributario un impuesto que le corresponde abonar podrá ser otra cosa, pero no es un acto de apoderamiento o de sustracción de un caudal público, salvo que se quiera interpretar el tipo penal más allá de los límites que impone el principio de legalidad, incluyendo en el concepto caudal un impuesto que, ni está liquidado ni esta cobrado de quien sería en principio el sujeto pasivo tributario, pero que dejó de serlo por asumir otro la carga tributaria de abonarlo".

De forma subsidiaria y para el caso de que se estime que hubo sustracción de caudales públicos, *el recurrente entiende que, no sería* de aplicación la figura de malversación considerada por la Audiencia sino la del art. 432.2 en relación con el art. 253 Código Penal, reformados por Ley Orgánica 1/2015 de 1 de julio, en cuanto es Ley posterior más favorable al acusado que la vigente al tiempo de suceder los hechos. El nuevo art. 432, reformado en 2015, establece para el tipo genérico una pena de prisión de 2 a 6 años, situando el límite cuantitativo de la "especial gravedad" en los 50.000 euros. Dado que el importe del impuesto no cobrado al vendedor fue de tan sólo 10.946,06 €, muy por debajo de las previsiones cuantitativas del subtipo agravado y muy próximo al límite del tipo atenuado del art. 433 (situado en los 4.000 €), la pena imponible de prisión es la de 1 a 2 años, la pena correcta, en nuestro caso, sería el límite mínimo del nuevo tipo genérico del art. 432; es decir, 2 años de prisión.

2. Para la resolución de la queja debe tenerse muy presente que el delito de malversación de caudales públicos tipificado en el artículo 432 del Código Penal ha sido objeto de una profunda modificación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Antes de esa fecha se castigaba por delito de malversación a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero con igual ánimo sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

La jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la STS 07 de septiembre de 2017, nº 606/2017, ha expresado que "[...] "sustraer" o "consentir que otro sustraiga", constituyen dos modalidades comisivas diferentes. La primera se configura por la apropiación de los caudales o efectos públicos, con separación de su destino y con ánimo de apoderamiento definitivo. La segunda, por el contrario, tiene una configuración de omisión impropia, puesto que por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no sólo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, forzado a la evitación del resultado (STS 986/2005, de 21 de julio) [...]"

Todo ello conduce a que el artículo 432 del Código Penal contemple dos ánimos diferentes, en función de la modalidad comisiva de que se trate. Mientras la acción típica de sustraer exige de la concurrencia del ánimo de lucro en el sujeto activo de la conducta apropiatoria, la modalidad omisiva de consentir la sustracción por un tercero, requiere el ánimo de lucro de éste, no del que consiente, de manera que en estos supuestos el elemento subjetivo del injusto se satisface respecto al consentidor del ilícito apoderamiento, con el conocimiento del hecho y la libre decisión de tolerarlo.

La conducta enjuiciada en las presentes actuaciones y a la que se refiere el presente motivo no fue en ningún caso una conducta de apropiación por tercero de caudales públicos sino la asunción indebida de una deuda por parte de la Corporación Municipal. Se trata de un supuesto de administración desleal del patrimonio público que no tiene su encaje en el delito sancionado en el artículo 432 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

Esa misma conducta sería, sin embargo, susceptible de ser tipificada como delito de malversación con arreglo a la actual configuración del tipo penal, dado que en la actualidad la malversación se caracteriza por la comisión de cualquiera de las conductas previstas en el artículo 252 del Código Penal, pero sobre patrimonio público.

El artículo 252 sanciona la administración desleal que la comete quien "teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado".



El nuevo tipo de malversación reprueba la conducta de la autoridad o funcionario público encargado del patrimonio público que, quebrantando los vínculos de fidelidad y lealtad que le corresponden por el ejercicio de su función y abusando de las funciones de su cargo, causa un perjuicio al patrimonio administrado. Esta modalidad típica es mucho más amplia que la que definía al delito de malversación con anterioridad a la reforma y en ella caben actuaciones distintas de la mera sustracción tales como la asunción indebida de obligaciones.

El hecho descrito en el relato fáctico de la sentencia y consistente en asumir en nombre de la Corporación municipal el pago del impuesto del incremento del valor de los terrenos, incumpliendo lo dispuesto por el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo, no es constitutivo de un delito de malversación de caudales públicos. El citado delito, en su redacción vigente al tiempo de los hechos exigía para su comisión una conducta de apropiación del bien público por el funcionario o por terceros que en este caso no concurre, salvo que se pretenda dar al término sustracción una significación muy alejada de la que le es propia, la apropiación no violenta de un bien de ajena pertenencia. La sentencia identifica la sustracción con la gestión desleal pero son conductas diferentes, lo que conduce a la estimación del motivo.

Como consecuencia de todo lo anterior procede la libre absolución del recurrente sin que sea necesario dar respuesta al último motivo del recurso.

SÉPTIMO. - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales derivadas del recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Enrique** contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 12 de abril de 2018 por delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 1516/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto la causa 1516/2018, seguida contra la sentencia de 12 de abril de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el Procedimiento Abreviado número 2331/2012, por delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos, contra Enrique con DNI NUM002 , nacido en el día NUM003 de 1964, con antecedentes penales no computables a efectos



de reincidencia y en libertad provisional por esta causa y otras dos personas que resultaron absueltas en primera instancia y cuyo pronunciamiento no ha sido objeto de recurso. La citada sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ÚNICO. - Absolver a Enrique de los hechos por los que fue acusado y posteriormente condenado en la sentencia impugnada, declarando de oficio las costas procesales causadas en la primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina