



Roj: **STS 1605/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1605**

Id Cendoj: **28079120012012100149**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2012**

Nº de Recurso: **672/2011**

Nº de Resolución: **181/2012**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 181/2012

Fecha Sentencia : 15/03/2012

Ponente Excmo. Sr. D. : **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION Nº: 672/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Señalamiento: 08/03/2012

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : ARB

Prevaricación administrativa.- Estimatoria.- Indebida aplicación del art. 404 del C. Penal .- No concurren elementos propios de la prevaricación.- Tipo objetivo.- Calificación de acción como delictiva.- Jurisprudencia T. Supremo.- Jurisprudencia Sala 3ª del T.S.- Permuta.-

Nº: 672/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Fallo: 08/03/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 181/2012

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro



D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil doce.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por **Jose Daniel , Carlos Antonio , Magdalena , Luis Miguel , Juan María , M. Modesta , Patricia , Regina , Sacramento , Susana , Vanesa , Amador y Arcadio** , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, con fecha trece de Enero de dos mil once , en causa seguida contra Patricia , Jose Daniel , Magdalena , Luis Miguel , Jose Augusto , Juan María , Modesta , Carlos Antonio , Arcadio , Susana , Sacramento , Vanesa , Amador y Regina , por delito de prevaricación, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**, siendo partes recurrentes los acusados **Jose Daniel , Carlos Antonio , Magdalena , Luis Miguel , Juan María y Modesta** , representados por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo y defendidos por el Letrado Don Alberto Jabonero Corral; **Patricia** , representada por la Procuradora Doña Maria Jesús Fernández Salagre y defendida por el Letrado Don Antonio González Úbeda Romero; **Regina** , representada por el Procurador Don Jorge Laguna Alonso y defendida por el Letrado Don Wilfredo Jurado Rodríguez; **Sacramento , Susana y Vanesa** , representados por la Procuradora Doña Dolores Tejero García-Tejero y defendidos por el Letrado Don César Pinto Cañón; **Amador** , representado por la Procuradora Doña Cristina María Deza García y defendido por el Letrado Don Alfonso de las Heras Catalán y **Arcadio** , representado por el Procurador Don Ludovico Moreno Martín y defendido por el Letrado Don Alvaro Adan Gil.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El día 19/01/2007 D. Luis Angel presentó ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid denuncia; el Fiscal Jefe del TSJ trasladó al Magistrado Juez Decano de los de Torrejón de Ardoz la denuncia recibida por comunicación de fecha 2 de abril siguiente. Posteriormente, incoando las oportunas diligencias previas, con el número 851/2007. Tras las práctica de diversas diligencias de instrucción y al advertirse que una de las personas implicadas, D^a Regina ostentaba el cargo de diputada de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma de Madrid, el Juez Instructor acordó elevar a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid la exposición razonada. Posteriormente, fue designado instructor el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano, incoándose unas diligencias Previas con el número 4/2009, contra Patricia , Jose Daniel , Magdalena , Luis Miguel , Jose Augusto , Juan María , Modesta , Carlos Antonio , Arcadio , Susana , Sacramento , Vanesa , Amador y Regina , y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, se elevaron las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, rollo 4/2010) que, con fecha trece de Enero de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Se declaran expresa y terminantemente probados los siguientes:

1.- El día veinte de mayo del año 1.999 se suscribió un convenio entre la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad Autónoma de Madrid, el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz y la Asociación de Vecinos Pro-viviendas sociales de la misma localidad, en el que la Comunidad Autónoma se obligaba a conceder ciertas ayudas a la citada Asociación para la edificación en el término municipal de la corporación aludida de 107 viviendas llamadas de integración social y el Ayuntamiento se comprometía, a su vez, a ceder de modo gratuito a la Asociación el suelo apto que fuere preciso para la promoción de dichas viviendas.

2.- Por otra parte, y tras diversas negociaciones que se habían llevado a cabo previamente entre ambos, el día catorce de septiembre del año dos mil uno, el concejal delegado para el urbanismo del indicado Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, D. Jose Daniel y el representante legal de la entidad "Patrimonios Siglo XXI S.A.", D. Ángel Gil Sevillano, pactaron y firmaron en las dependencias municipales de aquella localidad, un documento que contenía un proyecto de convenio urbanístico que habría de someterse después a la aprobación del pleno municipal y cuyo objeto era la urbanización y el aprovechamiento urbanístico de diferentes terrenos de dispar naturaleza situados en el paraje conocido como la "Mancha Amarilla", del término municipal de la expresada población.



3.- En el referido acuerdo se convenía que la sociedad "Patrimonios Siglo XXI, S.A." llevaría a cabo, a su costa, la urbanización de aquellos terrenos que, siendo propiedad del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz y estando situados dentro del paraje conocido como la "Mancha Amarilla", tuvieren como destino la construcción y la comercialización de viviendas de venta libre. También se urbanizaría la parcela existente en tal zona que el Ayuntamiento había cedido a la Asociación Pro-viviendas sociales de Torrejón de Ardoz en observancia del convenio antes citado en el apartado 1 del actual relato. Para garantizar el pleno cumplimiento de la anterior obligación, la entidad "Patrimonios Siglo XXI, S.A." concertaría un aval bancario por el importe de las obras que debía realizar. El coste estimado de la urbanización de las expresadas parcelas ascendía a la suma de 539.291.101 pesetas.

4.- En el mismo documento se pactaba que una vez que estuviesen urbanizados los terrenos de referencia, el Ayuntamiento se comprometía, por su parte, a transmitir a la sociedad "Patrimonios Siglo XXI, S.A." la propiedad de los terrenos que, siendo de su pertenencia y estando situados en el mismo paraje de la "Mancha Amarilla", tuvieren como destino la construcción y la comercialización de viviendas de protección pública y de precio tasado.

5.- A su vez, y como contraprestación por esta transmisión, la entidad "Patrimonios Siglo XXI, S.A.", además llevar a cabo las obras de urbanización referidas en el anterior apartado 3, habría de abonar al Ayuntamiento contratante en dinero efectivo y en tres diversos plazos, la suma de 559.000.000 pesetas.

Toda esta operación recibía en el proyecto de convenio que las expresadas partes suscribían la denominación de permuta.

6.- El día anterior al de la firma del proyecto comentado, es decir el día trece de septiembre del año dos mil uno, el concejal antes citado, Sr. Jose Daniel , había firmado un escrito conteniendo una moción que dirigía a la Comisión de Gobierno municipal y en la que venía a proponer la aprobación inicial del expresado convenio, denominado de permuta de bienes, que consideraba ventajoso para los intereses de la entidad local.

7.- A tal moción se acompañaron dos informes firmados en la misma fecha, trece de septiembre, uno sobre la valoración y la edificabilidad de las fincas afectadas por el proyecto de convenio, que firmaba el arquitecto municipal, D. Fausto , y otro sobre la viabilidad jurídica del convenio proyectado, que firmaba la abogada municipal de urbanismo, D^a. Ángeles , y que concluía con el parecer favorable de la informante al acuerdo que se pretendía concertar.

8.- Atendiendo a lo que se proponía en esta moción, el convenio de referencia fue aprobado inicialmente por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz en su reunión de dieciocho de septiembre de ese año. Asistieron a tal reunión la titular de la alcaldía D^a. Patricia y los concejales D. Jose Daniel , D. Carlos Antonio , D. Amador , D^a. Magdalena , D. Luis Miguel , D^a. Regina , D. Jose Augusto , y D. Juan María . En la reunión se acordó someter el convenio a información pública y para ello se dispuso el libramiento de sendos despachos al Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid y al diario "El País", a fin de que publicaran los oportunos anuncios. Igualmente, se participó el acuerdo adoptado a la sociedad contratante "Patrimonios Siglo XXI S.A."

9.- En virtud de un acuerdo posterior de la Comisión Informativa de Urbanismo, Vivienda y Ordenación Urbana del ayuntamiento de referencia, cuya reunión se celebró el día diecinueve de noviembre del mismo año bajo la presidencia de D. Jose Daniel y entre cuyos asistentes estaba también D. Arcadio , se dispuso la elevación del proyecto de convenio al pleno de la corporación para su aprobación definitiva. En el curso de dicha reunión, la Concejala Sra. Nieves puso de manifiesto la disconformidad que mantenía el Sr. Secretario municipal con la propuesta que había formulado el Concejal Delegado de Urbanismo sobre dicho pacto urbanístico y opuso también que no se había seguido en el asunto la tramitación reglamentaria que, a su juicio, procedía.

10.- Antes de celebrarse la reunión plenaria de la corporación municipal, el Sr. Secretario del Ayuntamiento, D. Juan Antonio , firmó el día veintitrés de noviembre de dicho año un informe en el que sostenía la improcedencia de aprobar el tan citado convenio por estimar que sus términos eran contrarios al ordenamiento jurídico. Entendía así, entre otros extremos, que no podía hablarse de una permuta si no había reciprocidad en dar y en recibir una cosa. Manifestaba, además, la discordancia del proyecto con la ley 9/2001 de la Comunidad de Madrid y, tras destacar la ausencia de todo informe de la Intervención municipal, concluía apreciando en su texto la existencia de una ilegalidad de forma y de fondo.

11.- El mismo día 26 de noviembre, que era la fecha señalada para la celebración del pleno, el Interventor General del municipio, D. Hilario , firmó otro informe en el que, tras exponer que el montante del presupuesto municipal para el año 2.001 ascendía a un total de 6.974.198.792 pesetas, mostraba también su parecer desfavorable a la aprobación del convenio pendiente, ya que entendía que su texto se oponía a lo previsto en el artículo 112



del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y hacía expresa advertencia de lo que al efecto ordenaba su artículo 119 sobre la responsabilidad penal en que podría incurrirse si el acuerdo se aprobaba.

12.- El día veintiséis de noviembre del año dos mil uno se celebró, según estaba previsto, la reunión del Ayuntamiento Pleno de Torrejón de Ardoz. En ella se acordó la aprobación definitiva del convenio urbanístico planeado con la entidad "Patrimonios Siglo XXI S.A.". A lo largo de la reunión fue objeto de debate la procedencia de aprobar el convenio, así como las objeciones que habían expuesto en sus informes el Secretario y el Interventor municipal.

El primer concluía en su informe que el convenio era ilegal por los motivos siguientes: "1.-Que no puede existir permuta cuando no existe una reciprocidad de dar y recibir una cosa, artículo 153 del Código Civil, y a estos efectos puede haber una cierta entrega en dinero que no puede representar una parte mayoritaria de la prestación. 2.-No existe obligación legal si no está reflejada en los presupuestos y, por tanto, nadie puede subrogarse en algo que no es deuda vencida, líquida y exigible, y además en los términos del Reglamento de Gestión Urbanística en el sistema de cooperación la urbanización no puede ser ejecutada fraccionadamente. 3.-Que este supuesto convenio no es tal en los términos del Art. 245 y 246 de la Ley 9/01, porque se habla de permuta, no se cumple, ninguna de las finalidades de dichos artículos y además desde el mismo momento en que existe una norma específica en la ley para que los Ayuntamientos dispongan de los bienes de los patrimonios públicos, no puede convenirse sobre la que la norma específica establece; y esta norma específica es el art. 178 de la Ley 9/2001, artículo 178 que permite a los Ayuntamientos la enajenación mediante concurso, la cesión a otras Administraciones para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, la adjudicación por precio fijado o la cesión gratuita, en uno y otro caso por concurso, en los términos del art. 178.1. c), la cesión gratuita mediante convenio suscrito con Administración pública o entidad dependiente o la permuta por terrenos destinados a infraestructuras, equipamientos, y servicios públicos.....5.-La inexistencia de precio cierto y definido no se define siquiera desde la sencilla vía del Código Civil, artículo 1447, lo único claro es la entrega de parcelas munitales, la inexistencia del cumplimiento de los trámites legales que ya está expresado en el informe de la Oficialía Mayor desde el 18.09.01, que tampoco se ha cumplido, la imposibilidad legal de vender volumen edificable cuando existen parcelas definidas.....Concluyendo dicho informe con la precisión de que "esa ilegalidad de forma y fondo es por lo expuesto y que, resumidamente lleva a decir que si existiera permuta, no se da la concreción de lo que la otra parte entrega, no existe valoración de lo que se da y de lo que se entrega, exigencia ineludible e insoslayable del procedimiento..."

El Interventor municipal en su informe de fecha 26 de noviembre, tras poner de manifiesto, que el presupuesto del Ayuntamiento del año 2001 ascendía a la cantidad de 6.974.198, 729 pesetas, informó que toda enajenación de bienes patrimoniales debía regirse en cuanto a su preparación a la normativa de contratos de las Administraciones públicas circunstancia que según el no se cumplía a la vista del Informe de la Secretaria General, por lo que informó desfavorablemente, con la advertencia expresa que establece el art. 119 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.

Cuando llegó el momento de la oportuna votación, lo hicieron a favor de aprobar el acuerdo urbanístico de referencia los diez acusados miembros del grupo municipal del Partido Socialista y los cuatro del PADE, es decir, D^a. Patricia, como titular de la alcaldía, y, como concejales, D. Jose Daniel, D. Carlos Antonio, D. Amador, D^a. Magdalena, D. Luis Miguel, D^a. Regina, D. Jose Augusto, D. Juan María, D^a. Modesta, D. Arcadio, D^a. Susana, D^a. Sacramento y D^a. Vanesa. Los diez primeros pertenecían al grupo socialista y los cuatro últimos al grupo del P.A.D.E. Otros seis ediles se abstuvieron y cuatro más votaron en contra, por lo que el punto del orden del día se declaró aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de la corporación municipal.

13.- El mismo día veintiséis de noviembre, y tal como se venía haciendo de modo habitual, se habían reunido de modo previo a la reunión del pleno y por separado los catorce concejales del grupo municipal socialista y los cuatro del PADE bajo la presidencia de sus respectivos portavoces, con el objeto, en ambos casos, de preparar la actuación del grupo durante el pleno que había de celebrarse después. En el curso de cada una de dichas reuniones y por lo que atañe al convenio urbanístico a aprobar, los indicados portavoces, D. Jose Daniel, por el grupo socialista y D. Arcadio, por el grupo del P.A.D.E., -- persona que, además de concejal, era abogado en ejercicio -, quienes tenían asumida dentro de cada grupo la dirección de las cuestiones relativas al urbanismo, ilustraron a sus demás compañeros acerca del carácter y del contenido de dicho borrador de pacto y les indicaron que lo votaran en sentido afirmativo, indicación que los demás aceptaron sin objeción alguna, tal como siempre hacían, ya que cada uno de los ediles tenía asignada una parcela del quehacer municipal y era el responsable de turno o, en su caso, el portavoz, quien decidía lo que había de votarse, hasta el punto de que los restantes concejales por lo común ni conocían, ni leían los expedientes.

14.- El día veintitrés de enero del año dos mil dos, la Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, D^a. Patricia, y el representante de la entidad "Patrimonios Siglo XXI S.A.", D. Ángel Gabriel Gil Sevillano, otorgaron



en dicha población una escritura notarial de permuta mediante la que elevaban a documento público el convenio que había aprobado el pleno municipal.

15.- Interpuesto un recurso contra, el acuerdo plenario que había adoptado el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz el día 26 de noviembre del año 2.001, relativo a la aprobación del convenio urbanístico proyectado entre tal corporación municipal y la entidad "Patrimonios Siglo XXI S.A.", el siguiente día catorce de diciembre del año dos mil seis recayó una sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se anuló el acuerdo municipal impugnado, así como también la escritura pública otorgada en veintitrés de enero de 2.002, por no ser conformes al ordenamiento jurídico. Entre los fundamentos de esta sentencia merece destacar el que señala que " a pesar de la calificación que han dado las partes a la operación, este Tribunal no puede compartir que estemos en modo alguno en presencia de una permuta, y al mezclarse dos operaciones lo cierto es que resultan incumplidas simultáneamente las normas aplicables a cada contrato verdadero -el de ejecución de obra y el de transmisión de inmueble-...porque no se respetan ni las prevenciones en orden a publicidad y concurrencia establecidas en la legislación de contratos ni la específica sobre enajenaciones de inmuebles contenida, entre otros, en el artículo 80 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen Local, según el cual las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública, con la excepción de la enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario", añadiendo la misma sentencia que "esto es consecuencia de la regla que garantiza los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas, Art. 103 de la Constitución , al colocar en posición de igualdad a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales"

16.- La expresada sentencia fue declarada firme en virtud de un auto que pronunció la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en siete de mayo del año dos mil nueve , al tiempo que denegaba la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto contra ella.

17.- Todos los acusados son mayores de edad y carecen de antecedentes penales"(sic).

Segundo.- El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a los acusados D^a. Patricia , D. Jose Daniel , D. Carlos Antonio , D. Amador , D^a. Magdalena , D. Luis Miguel , D^a. Regina , D. Jose Augusto , D. Juan María , D^a. Modesta , D. Arcadio , D^a. Susana , D^a. Sacramento y D^a. Vanesa , como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal , sin el concurso de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público con el contenido que se dispone en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, por el tiempo de ocho años respecto de los tres primeros y con una duración de siete años para los condenados restantes, imponiendo, además, a todos ellos el pago de las costas procesales causadas.

No ha lugar a deducir testimonio contra el testigo D. Luis Angel como responsable de un delito de falso testimonio"(sic).

Tercero.- Que en fecha 14/01/2011 ha recaído auto aclaratorio, en el que se dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Aclarar la Sentencia que dictó esta Sala en el actual procedimiento el pasado día 13 de enero, en los siguientes términos:

1º En el párrafo tercero del fundamento de derecho séptimo de la expresa resolución, se sustituye la mención a D. Carlos Antonio por la de D. Arcadio .

2º El fallo de la citada sentencia quedará redactado en los siguientes términos:

FALLO

<Que debemos condenar y condenamos a los acusados D^a. Patricia , D. Jose Daniel , D. Arcadio , D. Amador , D^a. Magdalena , D. Luis Miguel , D^a. Regina , D. Jose Augusto , D. Carlos Antonio , D. Juan María , D^a. Modesta , D^a. Susana , D^a. Sacramento y D^a. Vanesa , como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal , sin el concurso de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público con el contenido que se dispone en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, por el tiempo de ocho años respecto de los tres primeros y con una duración de siete años para los condenados restantes, imponiendo, además, a todos ellos el pago de las costas procesales causadas.

No ha lugar a deducir testimonio contra el testigo D. Luis Angel como responsable de un delito de falso testimonio">(sic)"



Cuarto.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, por **Jose Daniel , Carlos Antonio , Magdalena , Luis Miguel , Juan María , Modesta , Patricia , Regina , Sacramento , Susana , Vanesa , Amador y Arcadio** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos. Por decreto de fecha cinco de mayo de dos mil once, se acordó declarar desierto, con imposición de costas, el recurso anunciado por Jose Augusto .

Quinto.- El recurso interpuesto por Jose Daniel , Carlos Antonio , Magdalena , Luis Miguel , Juan María y Modesta , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Quebrantamiento de Forma al amparo del artículo 850.1 LECrim por denegación de prueba documental pertinente propuesta en tiempo y forma, concretándose en los siguientes medios de prueba propuestos por la defensa de D^a Regina en su escrito de defensa, reiterada como cuestión previa, y hecha neuza por adhesión recogida en su escrito de defensa:

"-4.- Más Documental.-... .

-5.- Más Documental.-

Se desiste de la formalización del presente motivo.

2.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECr , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva y del principio de proscripción de la indefensión, recogido en el artículo 24.1 CE , y vulneración del derecho de defensa y del derecho a un proceso público con todas las garantías previstas en el artículo 24.2 CE , en su vertiente de derecho a un juez imparcial, y artículo 6.1º Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en relación con el artículo 729.2º LECR , derivado de la admisión por la Sala de documento no propuesto por las partes aportado por testigo.

Se desiste de su formalización.

3.- Infracción de precepto Constitucional, al amparo del artículo 852 LECR en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva y del principio de proscripción de la indefensión, recogido en el artículo 24.1 CE , y vulneración del derecho de defensa y del derecho a un proceso público con todas las garantías previstos en el artículo 24.2 CE , en su vertiente de derecho a un juez imparcial, y artículo 6.1º Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en relación con el artículo 708 LECR y 728 LECR .

Se desiste de su formalización.

4.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECR , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 C.E . por inexistencia de prueba de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

5.- Infracción de precepto Constitucional, al amparo del artículo 852 LECR , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 C.E . respecto de D. Jose Daniel , al presumirse en su contra existencia de dolo inicial, que se sitúa en el momento de proposición de convenio, sin que exista prueba de cargo alguna al respecto.

No se formaliza el presente motivo, al haber quedado embebido en el anterior.

6.- Infracción de precepto Constitucional, al amparo del artículo 852 LECR , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 C.E . respecto de todos sus representados.

7.- Infracción de precepto Constitucional, al amparo del artículo 852 LECr , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, previsto en el artículo 24.2 CE .

Se desiste de su formalización por ser correlativo del motivo anunciado en primer lugar.

8.- Infracción de precepto Constitucional, al amparo del artículo 852 LECR , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la motivación, consagrada en el artículo 24.1 C.E . en relación con el artículo 120.3 CE .



9.- Infracción de Ley. Al amparo del artículo 849.1º LECR por indebida aplicación del artículo 404 C.P . en relación con el artículo 78 de la Ley de Bases de Régimen Local y artículos 80 , 81 , 82 y 84 del RD 2568/1986 de 28 de noviembre , sobre organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

10.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º LECR , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en la causa, que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se señala como documento literosuficiente que demuestra el error denunciado el Auto de 15 de febrero de 2002 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 1ª, en Pieza Separada de Suspensión dimanante del Recurso 1/2002, obrante al folio 589 y 590 del Tomo II del Rollo instructor.

11.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º LECR , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en la causa, que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

12.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º LECR , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en la causa, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se señalan como documentos literosuficientes que demuestran el error denunciado:

- Convocatoria del Pleno de la Corporación de fecha 22 de noviembre de 2001, e incorporado en virtud de contestación a oficio remitido al Sr. Secretario de la Corporación en cumplimiento de la prueba acordada a solicitud de la defensa de Dª Patricia , más documental 3ª de su escrito de defensa.

13.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º LECR , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en la causa, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se señalan como documentos literosuficientes que demuestran el error denunciado:

- Informe de la Abogada urbanista Dª Ángeles de 13 de septiembre de 2001 (F-68 y 69, Tomo I del Rollo instructor).

- Informes de 13 de septiembre de 2001 (F-67, Tomo I del Rollo instructor) y 15 de noviembre de 2001 (F-95 y 96, Tomo I del Rollo instructor) del Arquitecto municipal D. Fausto .

No se formaliza el presente motivo, al quedar embebido en anteriores motivos.

14.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º LECR , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obra en la causa, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se señalan como documentos literosuficientes que demuestran el error denunciado:

- Acta de Comisión Informativa de Urbanismo, Vivienda y Ordenación Urbana, de fecha 19 de noviembre de 2001, en el particular relativo a la moción 2ª (Folio 109 y 110 del Tomo I del Rollo Instructor).

Se desiste de su formalización por quedar embebido en otros motivos.

15.- Subsidiariamente infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º LECR por incorrecta aplicación del artículo 42 C.P . en cuanto a la extensión y contenido de la pena de inhabilitación especial.

Sexto.- El recurso interpuesto por Patricia ,se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Al amparo de lo prevenido en el 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, concretamente por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la C.E ., en relación con la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por la falta de motivación de la sentencia, contenido en el artículo 24.1 del mismo cuerpo legal .

2.- Al amparo de lo prevenido en el 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, concretamente por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, consagrada en el art. 24.2 de la C.E .

Se desiste del presente motivo.

3.- Al amparo de lo prevenido en el 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, concretamente por vulneración de la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la C.E ., e infracción igualmente del artículo 120.3 del mismo cuerpo legal .



4.- Al amparo de lo prevenido en el art. 850.1 LECrim , por quebrantamiento de Forma, al haberse denegado diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma y que fueran pertinentes.

5.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º LECr , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en la causa, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se señala como documentos literosuficientes que demuestran el error denunciado:

a. El auto de 15 de febrero de 2002 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 1ª, en Pieza Separada de Suspensión dimanante del recurso 1/2002, obrante al folio 589 y 590 del Tomo II del Rollo instructor.

b. El Decreto de convocatoria del Pleno de 22 de noviembre de 2.001, incorporado a autos como consecuencia de la prueba más documental 3ª de su escrito de defensa acordada a solicitud de esa defensa.

c. Se renuncia a la introducción del resto de los documentos contenidos en el motivo anunciado, bien porque ya constan en la sentencia como hechos probados, bien porque resultan innecesarios para la variación del fallo.

6.- Al amparo de lo prevenido en el 849.1º de la LECrim por infracción de Ley, ya que, partiendo de los hechos probados, se ha procedido a la aplicación indebida del art. 404 del CP , así como el art. 80 del Real Decreto Ley 781/1986, de 18 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de aquellas disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, art. 112. Del reglamento de Bienes de las entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1.372/1966, de 13 de junio y art. 178.1 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid .

Sétimo.- El recurso interpuesto por Regina , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Al amparo de lo prevenido en el 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, concretamente por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el art 24.2 de la C.E ., al no existir actividad probatoria válida y mínima de cargo, en que fundamentar el fallo condenatorio.

2.- Al amparo de lo prevenido en el 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, concretamente por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, consagrada en el art 24.2 de la C.E .

3.- Al amparo de lo prevenido en el 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, concretamente por vulneración de la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la C.E ., e infracción igualmente del artículo 120.3 del mismo cuerpo legal .

Se desiste del presente motivo.

4.- Infracción de Ley del artículo 849.1º de la L.E.Cr .

Señala el número 1 del art. 849 LECr que procederá el recurso de casación cuando, dados los hechos que se declaren probados se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica que deba ser observada en la aplicación de la norma penal. C.E.

5.- (4) Infracción del artículo 849.2º de la LECr .

Señala el artículo 849.2º LECr que procederá el recurso de casación cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obrantes en Autos y no contradicho por otros elementos probatorios.

6.- Infracción del artículo 850.1º de la LECr .

Señala el artículo 850.1º de la LECr que procederá la interposición del recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando se hubiese denegado alguna diligencia que prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.

Ya nos hemos referido con anterioridad en el Motivo Segundo del presente recurso que damos íntegramente por reproducido.

7.- Infracción del artículo 851.3º de la LECr .

Señala el artículo 851.3º de la LECr que también procederá el recurso de casación cuando en la misma no se resuelva sobre los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa.

8.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 por entender que se consignan como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.



Se desiste del presente motivo.

Octavo.- El recurso interpuesto por Sacramento , Susana y Vanesa , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero de la art 849 de la L.E.Cr por indebida aplicación de los arts. 404 del Código Penal .

2.- Con amparo en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del derecho al derecho a la presunción de inocencia (Artículo 24.2 CE).

Noveno.- El recurso interpuesto por Amador , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECr , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 CE por inexistencia de prueba de cargo sobre todos los elementos del tipo penal.

2.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º LECr por indebida aplicación del artículo 404 C.P . en relación con el artículo 78 de la Ley de Bases de Régimen Local y artículos 80 , 81 , 82 y 84 del RD 2568/1986 de 28 de noviembre , sobre organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

Décimo.- El recurso interpuesto por Arcadio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Por infracción de precepto constitucional: Conforme al art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , consideramos infringido el art. 24.2 de nuestra Constitución , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

2.- Infracción de precepto constitucional: Conforme al art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , alegamos la infracción del art. 24.1 de la Constitución Española de 1978 , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.- Infracción de precepto constitucional: Conforme al art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , alegamos la infracción del art. 9.3 de la Constitución Española , que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

4.- Infracción de Ley: Conforme al art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , alegamos la infracción del art. 404 del Código Penal , por aplicación indebida del mismo.

5.- Infracción de Ley: Alegamos el motivo previsto en el art. 849.2 de la LECr , por haber existido error en la apreciación de la prueba, tanto en los hechos declarados probados como en algunos relatos fácticos contenidos en los fundamentos jurídicos.

Undécimo.- Instruido el Ministerio Fiscal, interesa la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos, por las razones vertidas en el escrito que obra unidos a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Duodécimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día ocho de Marzo de dos mil doce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Todos los recurrentes han sido condenados como autores de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal . En los hechos probados se declara como tal que los acusados aprobaron con su voto en el Pleno celebrado en el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz celebrado el 22 de noviembre de 2001, un convenio urbanístico entre el citado Ayuntamiento y la sociedad Patrimonios Siglo XXI, S.A., por el cual la referida sociedad llevaría a cabo, a su costa, la urbanización de unos terrenos propiedad del Ayuntamiento situados en el paraje conocido como la "Mancha Amarilla" que tuvieran como destino la construcción y la comercialización de viviendas de venta libre, así como una parcela, sita en el mismo lugar, que el Ayuntamiento ya había cedido mediante otro convenio en el año 1.999 a la Asociación Proviviendas sociales de Torrejón. El coste estimado de la urbanización ascendía a la suma de 539.291.101 pesetas. Además, la sociedad entregaría al Ayuntamiento, en dinero y en tres plazos, la cantidad de 559.000.000 pesetas. A cambio, el Ayuntamiento se comprometía a transmitir a la sociedad, una vez urbanizados los terrenos de referencia, la propiedad de los terrenos que siendo de su pertenencia y estando situados en la "Mancha Amarilla" tuvieran como destino la construcción y la comercialización de viviendas de protección pública y de precio tasado. En el convenio, se calificaba la operación como una permuta.



La sentencia de instancia califica los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación. Considera el tribunal, tras examinar el régimen normativo de la enajenación de inmuebles por parte de las entidades locales, que los acusados pretendieron con el convenio soslayar la aplicación del referido régimen legal, cuya aplicación hubiere impedido la determinación de antemano de la identidad del contratante con el que habría de concertarse el negocio jurídico. Efectivamente, según argumenta en la fundamentación jurídica de la sentencia, el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, dispone que las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública, exceptuándose solamente el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario. Y en el mismo sentido, el artículo 112 del Real Decreto 1372/1986, que aprueba el reglamento de bienes de las entidades locales, luego de establecer en el apartado primero que las enajenaciones de bienes patrimoniales se registrarán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales, añade en el segundo que no será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, aunque exige la tramitación previa de un expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor. Igualmente cita el tribunal el artículo 178 de la Ley 9/2001, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, según el cual el concurso por el procedimiento abierto o por el restringido es el sistema normal de enajenación de los bienes integrados en los patrimonios públicos del suelo y de los restantes bienes de los municipios calificados como suelo urbano y urbanizable, si bien contempla como excepción, entre otras, las permutas con otros terrenos destinados a infraestructuras, equipamientos o servicios públicos.

Entiende el tribunal de instancia que el negocio jurídico contenido en el referido convenio no puede ser calificado como una permuta y que se acudió indebidamente a esa figura para no aplicar las normas realmente aplicables que hubieran impuesto la subasta pública. En definitiva, viene a afirmar que el carácter injusto de la resolución se centra en la utilización de la permuta como apariencia encaminada a no aplicar adecuadamente el ordenamiento vigente, que habría obligado a acudir a mecanismos más respetuosos con la concurrencia pública y el respeto a la igualdad entre todos los administrados que hubieran podido tener interés en la adquisición de los inmuebles municipales. Valora a estos efectos, especialmente, un informe del Secretario municipal contrario al referido convenio.

Ni en los hechos probados ni en la fundamentación jurídica se hace referencia concreta a los trámites que debiera haber seguido el Ayuntamiento para la enajenación, bien se acudiera al procedimiento de la subasta pública, o bien al elegido de la permuta.

SEGUNDO.- En el motivo sexto del recurso interpuesto por Patricia ; noveno del recurso interpuesto por Jose Daniel , Carlos Antonio , Magdalena , Luis Miguel , Juan María y Modesta ; primero del recurso interpuesto por Sacramento , Susana y Vanesa ; cuarto del recurso interpuesto por Arcadio ; cuarto de Regina , y segundo de Amador , todos con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim , denuncian la indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal , pues entienden que no concurren los elementos propios del delito de prevaricación. En primer lugar, sostienen que no puede apreciarse el elemento objetivo, pues la resolución acordada en el Pleno aprobando el ya referido convenio urbanístico aunque haya sido anulada por contraria a la ley en sentencia de lo Contencioso administrativo dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, puede considerarse defendible en Derecho, ya que la línea jurisprudencial seguida en esa sentencia no es la única, conviviendo con otra que admite la posibilidad de permuta de bienes patrimoniales por obra futura, posibilidad que igualmente aparece en algunas normas autonómicas, que citan algunos de los recurrentes. De esta forma, no podría afirmarse que la contrariedad a Derecho apreciada en la citada sentencia, se convierte en arbitrariedad e injusticia, necesarias para la aplicación de la norma penal.

1. El artículo 404 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. El tipo objetivo viene constituido por la arbitrariedad e injusticia de la resolución, que es algo más que la mera contradicción con el derecho, de manera que no son delictivas todas las resoluciones administrativas que son anuladas por los tribunales de la jurisdicción contencioso- administrativa por considerarlas no conformes a Derecho.

El control ordinario sobre la legalidad de la actuación de la Administración corresponde a los tribunales de esa jurisdicción, interviniendo la jurisdicción penal solo en los casos más graves, en los que se aprecia una contradicción tan absoluta con el Derecho que lo acordado por la autoridad o funcionario público no pueda encontrar ningún apoyo en una interpretación mínimamente razonable de la norma realizada con los métodos usualmente admitidos, resultando así una resolución que, al carecer de la mínima justificación, debe ser calificada como arbitraria.

2. La jurisprudencia ha señalado, como se acaba de decir, que no basta la mera contradicción al derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras



ilegalidades administrativas, incluso aunque pudieran dar lugar a la nulidad de pleno derecho, y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

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

Como se dice en otras sentencias, tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre , o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo), o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable, y, por lo tanto, de forma arbitraria.

3. En el caso, la cuestión se centra en examinar si la decisión adoptada por los acusados, aprobando el convenio urbanístico en el que bajo la denominación de permuta el Ayuntamiento entregaba la propiedad de unos terrenos y recibía a cambio una cantidad de dinero y la urbanización de otros terrenos de su propiedad, pudiera encontrar, en el momento en que se adoptó, una explicación razonable basada en una interpretación del Derecho realizada con los métodos usualmente admitidos. Dicho con otras palabras, si la opción elegida para la operación no resultaba absolutamente rechazable desde el punto de vista jurídico, desde cualquiera de las opciones interpretativas y aplicativas razonables, dado el estado de la cuestión en ese momento.

Por lo tanto se trata de establecer si era posible entender que la entrega de bienes inmuebles a cambio de dinero y de las obras de urbanización realizadas sobre otros inmuebles, podía ser calificada jurídicamente como permuta, para permitir así una enajenación de aquellos inmuebles sin necesidad de acudir al procedimiento de la subasta pública, previsto en la ley como regla general.

4. El tribunal de instancia ha entendido que tal calificación resulta imposible. Pero, tal como dicen algunos de los recurrentes en el desarrollo de sus motivos de impugnación por infracción de ley, existe una línea jurisprudencial que, tratándose de entidades locales, admite, directa o indirectamente, la permuta de bienes patrimoniales por obra futura, lo cual es igualmente contemplado en algunas normativas de ámbito autonómico, que autorizan en algunos casos el procedimiento de adjudicación directa.

En la STS de 23 de setiembre de 2003, rec. 586/1998, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se examinaba un supuesto en el que la Sala de lo Contencioso- administrativo del País Vasco se refería a "...un acto bilateral de clara naturaleza obligacional a través del cual se produce una permuta entre los contratantes, ya que el Ayuntamiento se obliga a la entrega de la propiedad de una finca cierta, mientras que la recurrente ha de entregar al Ayuntamiento un frontón y una plaza pública". Así, se dice más adelante, FJ 5º, en la sentencia del Tribunal Supremo, que en el contrato, calificado de permuta, consta que «el Ayuntamiento otorgará escritura de enajenación directa del derecho de excavación o construcción bajo el subsuelo a favor de Construcciones



Brues, SL, siendo la contraprestación o precio de la venta el valor de la obra de construcción del frontón cubierto y de la urbanización de la plaza pública y contorno resultante».

Y en el fundamento cuarto de la sentencia, la Sala Tercera, frente al criterio de la parte recurrente que sostenía que la sentencia impugnada vulneraba la jurisprudencia aplicable en cuanto a la verdadera naturaleza jurídica de lo convenido entre las partes, señalaba que "...cabe señalar que la doctrina mayoritaria conceptúa como permuta los contratos mediante los cuales se cede o aporta un solar para obra, como es el caso que nos ocupa, mientras que la jurisprudencia invocada subraya que se trata de un contrato atípico do ut des no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque presente notas que le aproximan a la permuta, e incluso subsumible por analogía dentro de los términos del artículo 1538 del Código Civil. En la línea jurisprudencial, que avala el contenido de la Sentencia del Tribunal de Instancia, cabe citar las Sentencias de la Sala Primera de este Tribunal de 22 de mayo de 1974, 2 de enero de 1976, criterio reiterado en las posteriores Sentencias de la Sala Primera de 30 de junio de 1977, 12 de febrero de 1979, 7 de julio de 1982, 24 de octubre de 1983, 7 de junio de 1990, 2 de febrero de 1991, 14 de diciembre de 1992, 30 de septiembre de 1993, 19 de noviembre de 1994 y 19 de octubre de 1996".

En el mismo sentido, la STS de 16 de julio de 2001, rec. 1563/1996, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, admitió la figura de la permuta para calificar una operación de entrega de un bien inmueble a cambio de obra futura, citando además la sentencia de la misma Sala de 12 de febrero de 2001, rec. 2295/1995, en la que se "acepta tal concepción con relación a la entrega de una parcela de propiedad municipal a cambio de 1.686 m² de locales a construir en otra parcela del mismo Polígono de propiedad particular".

5. Por lo tanto, de las anteriores sentencias, alegadas por alguno de los recurrentes, se deduce que podría sostenerse que, conforme a una interpretación razonable de las normas aplicables a la situación que se describe en los hechos probados, era posible acudir al mecanismo de la permuta para realizar una operación compleja que incluía la enajenación de bienes inmuebles del municipio, aunque luego el órgano jurisdiccional competente entendiera que tal interpretación no era la correcta y anulara la operación.

No se trata aquí de establecer cuál es, de las varias posibles, la interpretación que debe prevalecer, como más correcta, en relación a las normas que regulan estos complejos aspectos de las operaciones inmobiliarias y urbanísticas que afectan a los intereses de las entidades locales, pues tal cosa resulta competencia de los tribunales del orden contencioso-administrativo, que adoptan sobre estos particulares las resoluciones pertinentes, como ocurrió en el presente caso, en el que el acuerdo aprobando el referido convenio urbanístico fue anulado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, que entendió, optando legítimamente por una de las interpretaciones posibles, que no se podía calificar como permuta un contrato en el que una parte entrega un inmueble y otra, a cambio, realiza una obra.

La competencia del tribunal penal se contrae a establecer si deben ser calificadas como prevaricadoras determinadas resoluciones administrativas, y, como se ha dicho, para ello es precisa no solo la mera contradicción al derecho, sino la arbitrariedad, que solo será apreciable cuando la resolución no encuentre un posible apoyo en una interpretación de la norma mínimamente razonable de acuerdo con los métodos usualmente admitidos, en su aplicación a los hechos del caso.

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

Pero no todas las normas de procedimiento pueden reputarse esenciales a estos efectos. Lo son, desde luego, si con su infracción o no aplicación se suprime el control que la norma pretendía establecer sobre determinadas actuaciones administrativas. En la STS nº 331/2003, antes citada, se decía que "...no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución". Y, más adelante se añadía que la valoración deberá ser diferente cuando la omisión de "...las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento



establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales".

6. En el caso, como ya se dijo más arriba, la sentencia centra la prevaricación en la utilización de la permuta como mecanismo de enajenación de inmuebles en las circunstancias que se contienen en los hechos probados, actuación que considera fraudulenta en tanto que se refiere, como contraprestación de la entrega del inmueble, a cosas no existentes. Pero no recoge en los hechos probados, ni tampoco en los fundamentos jurídicos, infracciones sustanciales del procedimiento, que no sean las derivadas de la utilización del mecanismo de la permuta, en tanto que permitió acudir al sistema de adjudicación directa. En este sentido, no se concretan los trámites omitidos ni se examinan las posibles consecuencias de su omisión. Tampoco se desprende de los hechos probados que se haya producido ninguna manipulación de los precios, pues no consta discusión alguna respecto a la valoración de los terrenos o de las obras de urbanización que se iban a entregar a cambio.

No es posible, por lo tanto, examinar ahora otras posibles razones para calificar los hechos como constitutivos de prevaricación.

Establecido que la actuación administrativa desarrollada por los recurrentes era defendible en Derecho, aun cuando el Tribunal Superior de Justicia la anulara por errónea y por faltar al procedimiento establecido, no puede apreciarse la comisión de un delito de prevaricación.

En consecuencia, los motivos examinados se estiman en este aspecto, sin que sea necesario el examen de la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo, ni el análisis de los restantes motivos de cada recurso.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados Patricia ; Jose Daniel , Carlos Antonio , Magdalena , Luis Miguel , Juan María y Modesta ; Sacramento , Susana Y Vanesa ; Arcadio ; Regina ; y Amador , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, con fecha 13 de Enero de 2.011 , en causa seguida contra los anteriormente mencionados y otro más, por delito de prevaricación. Declarándose de oficio las costas correspondientes a los respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo

672/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 08/03/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 181/2012

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca



D. Luciano Varela Castro

D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil doce.

El día 19/01/2007 D. Luis Angel presentó ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid denuncia; el Fiscal Jefe del TSJ trasladó al Magistrado Juez Decano de los de Torrejón de Ardoz la denuncia recibida por comunicación de fecha 2 de abril siguiente. Posteriormente, incoando las oportunas diligencias previas, con el número 851/2007. Tras las práctica de diversas diligencias de instrucción y al advertirse que una de las personas implicadas, D^a Regina ostentaba el cargo de diputada de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma de Madrid, el Juez Instructor acordó elevar a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid la exposición razonada. Posteriormente, fue designado instructor el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano, incoándose unas diligencias Previas con el número 4/2009, contra Patricia , Jose Daniel , Magdalena , Luis Miguel , Jose Augusto , Juan María , Modesta , Carlos Antonio , Arcadio , Susana , Sacramento , Vanesa , Amador y Regina , por delito de prevaricación; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, conoció la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que con fecha trece de Enero de dos mil once dictó sentencia condenando a los acusados D^a. Patricia , D. Jose Daniel , D. Carlos Antonio , D. Amador , D^a. Magdalena , D. Luis Miguel , D^a. Regina , D. Jose Augusto , D. Juan María , D^a. Modesta , D. Arcadio , D^a. Susana , D^a. Sacramento y D^a. Vanesa , como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal , sin el concurso de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público con el contenido que se dispone en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, por el tiempo de ocho años respecto de los tres primeros y con una duración de siete años para los condenados restantes, imponiendo, además, a todos ellos el pago de las costas procesales causadas.- Acordando no haber lugar a deducir testimonio contra el testigo D. Luis Angel como responsable de un delito de falso testimonio.- Por auto aclaratorio de fecha 14/01/2011, se acordó aclarar la sentencia anterior mencionado en los siguientes términos: 1º En el párrafo tercero del fundamento de derecho séptimo de la expresa resolución, se sustituye la mención a D. Carlos Antonio por la de D. Arcadio .- 2º El fallo de la citada sentencia quedará redactado en los siguientes términos: FALLO <Que debemos condenar y condenamos a los acusados D^a. Patricia , D. Jose Daniel , D. Arcadio , D. Amador , D^a. Magdalena , D. Luis Miguel , D^a. Regina , D. Jose Augusto , D. Carlos Antonio , D. Juan María , D^a. Modesta , D^a. Susana , D^a. Sacramento y D^a. Vanesa , como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal , sin el concurso de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público con el contenido que se dispone en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, por el tiempo de ocho años respecto de los tres primeros y con una duración de siete años para los condenados restantes, imponiendo, además, a todos ellos el pago de las costas procesales causadas.- Acordando no haber lugar a deducir testimonio contra el testigo D. Luis Angel como responsable de un delito de falso testimonio>.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por las representaciones legales de trece de los acusados y que ha sido **CASADA Y ANULADA**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver a los recurrentes del delito de prevaricación del que venían acusados. Extendiendo la absolución al condenado no recurrente Jose Augusto .

III. FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a los acusados Patricia , Jose Daniel , Carlos Antonio , Magdalena , Luis Miguel , Juan María , Modesta , Sacramento , Susana , Vanesa , Arcadio , Regina , Amador y Jose Augusto , del delito de prevaricación del que venían siendo acusados; dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra los mismos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ