

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063690

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 477/2018, de 17 de octubre de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2187/2017

SUMARIO:

Delito de prevaricación administrativa. Características. El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, tutela el correcto ejercicio de la función jurídica de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, cuales son:

1º) El servicio prioritario de los intereses generales.

2º) El sometimiento a la Ley y al Derecho.

3º) La absoluta objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines conforme al art. 108 CE

Por ello, la sanción de prevaricación garantiza el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. El delito de prevaricación administrativa tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. No se trata de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la jurisdicción penal, a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite en los que la actuación administrativa, además de ilegal, es injusta y arbitraria.

En cuanto a su naturaleza jurídica las características del delito de prevaricación son:

1º) En primer lugar es un delito de infracción de deber en el que la infracción delictiva queda consumada en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad (o el funcionario) del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad y por tanto, en arbitrariedad.

2º) En segundo lugar, se trata de un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido a título de autores por los funcionarios públicos. Los "extraneus", es decir, quienes no reuniesen las cualidades especiales de autor que predica el legislador, serían, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad.

3º) En tercer lugar es norma penal en blanco que exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base.

4º) Desde el punto de vista de la causalidad es un delito de resultado, no de mera actividad, pero en actividad coincide con el resultado, el dictado de la resolución, por lo que al no realizar un resultado distanciado espacio-temporalmente de la acción son difícilmente imaginables las formas de tentativa.

5º) En cuanto a la discusión entre ilegalidad administrativa y delito de prevaricación, hemos de partir de que en ésta la acción consiste, en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito.

6º) En cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017, de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 9, 103 y 106.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 24, 65.3 y 404

Ley 39/2015 (LPAC), art. 48.2

Código Civil, art. 647.

PONENTE:



Don Juan Ramón Berdugo Gomez de la Torre.

Magistrados:

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don VICENTE MAGRO SERVET
Don CARMEN LAMELA DIAZ

RECURSO CASACION núm.: 2187/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 477/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 2187/2017, interpuesto por D. Pedro Francisco, D. Pedro Enrique, D. Abel, D. Adolfo, y D. Alejo, representados por la procuradora doña Matilde Martín Pérez y bajo la dirección letrada de don Francisco Javier Artilles Camacho; y por D. Anselmo, representado por la procuradora Doña Matilde Martín Perez y bajo la dirección letrada de Doña Gloria Carmen González Montelongo contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2017, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Puerto del Rosario, incoo Procedimiento Abreviado con el número 387/2013, por delito de malversación de caudales públicos, prevaricación y apropiación indebida, contra Pedro Francisco, Pedro Enrique, Abel, Adolfo y Alejo, Anselmo, y ejerciendo la acusación particular la Asociación de vecinos Las Clavellinas y la Mercantil Difusión Comercial e Inmobiliaria S.A., y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria cuya Sección Sexta dictó, en el Rollo de Sala nº 26/2016, sentencia en fecha 28 de junio de 2017, con los siguientes hechos probados:

" PRIMERO.- Probado y así se declara que en virtud de escritura pública otorgada con fecha 29 de enero de 1982 la mercantil Placasa dono al Ayuntamiento de La Oliva, representado en el otorgamiento por el acusado y Alcalde de la localidad, Pedro Francisco y por el Secretario de la Corporación un "Trozo de terreno situado en El Coto de el Tamboril y el Fragoso de los Negro con una superficie de 27 Hectáreas", en la localidad de Corralejo.

En la estipulación tercera de la citada escritura publica se hizo constar:

"El Ayuntamiento de La Oliva, por su cuenta y riesgo, se obliga a elaborar un Plan Parcial de Ordenación Urbana, que abarcará no solo la finca objeto de la donación sino la colindante propiedad de Placasa S.A, hasta un total de sesenta hectáreas".

Y en la estipulación cuarta consta:

"La finca donada será destinada a cubrir las necesidades de solares de los vecinos de Corralejo, quedando el sobrante a favor del Ayuntamiento de La Oliva, como bienes propios".

La parcela donada es la finca registra' NUM000 del Registro de la Propiedad N°1 de Puerto del Rosario que fue incluida en el Plan Parcial SAU 50 Hectáreas.

Segundo.

Igualmente se declara probado que con fecha 7 de agosto de 1999 en sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de La Oliva, los seis acusados, Pedro Francisco, en su condición de Alcalde-Presidente de la corporación y Abel, Alejo, Anselmo, Pedro Enrique y Adolfo, como concejales pertenecientes al grupo de gobierno, con perfecto conocimiento del destino que se debía dar a la parcela donada y sin que el mismo se hubiera cumplida y sin que se hubiera obtenido el previo consentimiento de la entidad donante Placasa (en la actualidad Difusión Comercial e Inmobiliaria), votaron a favor de la aprobación del expediente de enajenación de una porción de 125.000 metros cuadrados (12,5 Hectáreas) del terreno con la finalidad de liquidar la deuda que el Ayuntamiento mantenía con la entidad "La Caixa", quebrando con ello el correcto ejercicio de la función pública.

Con carácter previo a la citada aprobación únicamente se había elaborado un informe de tasación, sin que se hubiera segregado la porción de terreno objeto de la enajenación y sin que la finca figurase inscrita en el inventario municipal de bienes.

Con fecha 11 de enero del 2000 se emitieron sendos informes técnico y jurídico favorables a la segregación, siendo la licencia de segregación concedida el 17 de enero del 2000, incluyéndose la finca, con carácter de mero trámite, en el Inventario de Bienes objeto de enajenación por acuerdo del Pleno en sesión celebrada el 16 de febrero del 2000, Pleno en que el que también se aprobó la adjudicación a la entidad La Caixa de la porción segregada de 125.000 metros cuadrados, por un precio de remate de 250 millones de pesetas, previa propuesta de adjudicación a su favor de la mesa de calificación en reunión celebrada el 20 de enero del 2000, siendo inscrita en el Registro de la Propiedad N.º1 de Puerto del Rosario con el número NUM001

En virtud de escritura pública otorgada el 18 de marzo de 2002 la referida finca fue vendida por La Caixa a la entidad Goiana S.A.

Tercero.

No se declara probado que al aprobar el expediente de enajenación en el antedicho Pleno los acusados actuaran con la finalidad de menoscabar los fondos públicos o de destinar de forma deliberada y consciente dichos fondos a usos no permitidos.

Del mismo modo no se declara probado que el acusado Pedro Francisco se apropiara para su exclusivo beneficio del cheque librado por la entidad La Caixa por importe de 12.250.000 de pesetas para el abono de los impuestos devengados por la adjudicación del inmueble."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallo: Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS como autores criminalmente responsables de un delito de prevaricación administrativa a Pedro Francisco, Pedro Enrique, Abel, Adolfo, Alejo y Anselmo y a cada uno de ellos a la pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO, SEA ELECTIVO O



DE LIBRE DESIGNACIÓN, A NIVEL LOCAL O INSULAR EN FUERTEVENTURA POR ESPACIO DE CINCO AÑOS.

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente de toda responsabilidad criminal a los acusados del delito de malversación de caudales públicos.

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente de toda responsabilidad criminal a Pedro Francisco del delito de apropiación indebida.

Todo ello con la expresa imposición a los condenados, por partes iguales, de un tercio de las costas devengadas."

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por los recurrentes D. Pedro Francisco, D. Pedro Enrique, D. Abel, D. Adolfo, D. Alejo y D. Anselmo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos. Habiéndose declarado desierto, con fecha 27 de octubre de 2017, el recurso de casación anunciado por la acusación particular Asociación de Vecinos Las Clavellinas, al no ser formalizado el mismo.

Cuarto.

La representación procesal de los recurrentes D. Pedro Francisco, D. Pedro Enrique, D. Abel, D. Adolfo, D. Alejo, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

1º.- Por infracción de ley del art. 849.2 de la LECrim. por aplicación indebida del art. 404 de la CE.

2.- Por infracción de ley del art. 849.2 de la LECrim. por error en la apreciación de la prueba derivada de documentos que revelan la equivocación del juzgador.

3º.- Por infracción de ley del art. 849.2 de la LECrim. por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos que revelan la equivocación del juzgador.

4º.- Por vulneración del derecho a obtener una sentencia motivada y del derecho a la tutela judicial efectiva, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ, 852 de la LECrim, y 24.1 y 120.3 de la CE.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y las partes del recurso interpuesto, manifestando su intención de adherirse al recurso la procuradora Dña. Matilde Martín Pérez, en nombre y representación de Anselmo, tanto el Ministerio Fiscal en el sentido expresado en su escrito, así como la representación de Anselmo en el escrito de fecha 13 noviembre de 2017; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 26 de septiembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Pedro Francisco, Abel, Adolfo, Alejo Y Pedro Enrique.

Primero.

El motivo primero por infracción de Ley. art. 849.1 LECRIM por aplicación indebida del art. 404 C.Penal .

Se argumenta que la sentencia recurrida entiende que concurren todos los elementos necesarios del tipo de prevaricación previstos en el art. 404 C.P., y más concretamente un acto "evidentemente ilegal", cuando todas y cada una de las supuestas ilegalidades que expone dicha sentencia, o bien no constituyen ilegalidad alguna



desde el punto de vista jurídico (tanto civil como administrativista) o bien, cuando menos existe una duda razonable en cuanto a su interpretación técnica, no existiendo consecuentemente tal supuesta irregularidad y de existir, de entidad suficiente como para concluir que nos encontramos ante un acto "grosero", en el sentido exigido por la norma para que la acción pueda ser calificada como delictiva, incurriendo así la conducta de los recurrentes en el tipo penal discutido, dado que cuestiona tales como si se trató de una donación onerosa, si nos encontramos ante una donación sujeta a condición suspensiva o resolutoria, o si nos encontramos ante una donación modal, y hasta la propia interpretación que cabe dar a las estipulaciones tercera y cuarta en la escritura de donación, constituyen cuestiones de fondo, de indudable calado que han de tenerse en cuenta a la hora de discernir si verdaderamente nos encontramos ante un acto carente de un mínimo de justificación, o si, por el contrario, cuando menos, existe una interpretación razonable, justificativa de la actitud de los condenados que haga diluir cualquier atisbo de ilícito penal.

Segundo.

Para la adecuada resolución del recurso hemos de partir de que en sede del bien jurídico, el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, tutela el correcto ejercicio de la función jurídica de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, cuales son:

- 1º) El servicio prioritario de los intereses generales.
- 2º) El sometimiento a la Ley y al Derecho.
- 3º) La absoluta objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines conforme al art. 108 CE (STS. 18/2014, de 23 de enero).

Por ello, la sanción de prevaricación garantiza el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo, 795/2016, de 27 de octubre; 373/2017, de 24 de mayo).

En efecto, el delito de prevaricación de la autoridad o funcionario público se integra por la infracción de un deber, concretamente el deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, razón por la que una actuación al margen y contra la ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo fotográfico del deber con los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico previsto en el art. 9.1 CE, que tiene un explícito mandato, referente a la Administración Pública en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración que como piedra angular se cierran con el sometimiento de todos sus actos a la Ley y al Derecho.

Como se ha dicho en STS 49/2010, de 4 de febrero, y SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo y 795/2017, de 25 de octubre, el delito de prevaricación administrativa tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. No se trata de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la jurisdicción penal, a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite en los que la actuación administrativa, además de ilegal, es injusta y arbitraria. Todo ello conforme a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad, mínima intervención y última ratio del Derecho Penal.

- En cuanto a su naturaleza jurídica las características del delito de prevaricación son:

1º) En primer lugar es un delito de infracción de deber en el que la infracción delictiva queda consumada en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad (o el funcionario) del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad y por tanto, en arbitrariedad.

2º) En segundo lugar, se trata de un delito especial propio. Como señala la STS 13 de febrero de 2017 es una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido a título de autores por los funcionarios públicos (art. 24 CP), y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto debe estar dirigido a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al derecho (v. arts. 9.1, 103 y 106 CE) de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Los "extraneus", es decir, quienes no

reuniesen las cualidades especiales de autor que predica el legislador, serían, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad y podrá aplicárseles el art. 65.3 del Código Penal rebajando en un grado la pena, aunque no sea preceptivo.

3º) En tercer lugar es norma penal en blanco que exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base. En este sentido, en la actualidad son básicos la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015 y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público, sustituida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que entró en vigor el 9 de marzo de 2018.

4º) En cuarto lugar, el delito de prevaricación, desde el punto de vista de la causalidad es un delito de resultado, no de mera actividad, pero en actividad coincide con el resultado, el dictado de la resolución, por lo que al no realizar un resultado distanciado espacio-temporalmente de la acción son difícilmente imaginables las formas de tentativa. La STS de 8 de mayo de 2014 recuerda que "es claro que una vez dictada la resolución administrativa resulta lesionado el bien jurídico, al quedar menoscabado el ejercicio de la función pública de acuerdo con el principio de legalidad y los restantes principios exigibles por la Constitución en un Estado de Derecho sin que sea preciso con arreglo a la redacción del precepto, que la resolución injusta se ejecute y materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración. De ahí que no sea fácil hallar en la práctica ni en la jurisprudencia casos concretos de tentativa, que solo podrían darse en supuestos extraordinarios en que la conducta típica de dictar la resolución se mostrara fragmentada en su perpetración.

5º En cuanto a la discusión entre ilegalidad administrativa y delito de prevaricación, hemos de partir de que en ésta la acción consiste, en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

La desviación de poder ha sido definida como la desviación ideológica en la actividad administrativa desarrollada, o como una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza. En definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto. Así lo proclaman las SSTS de la Sala 3ª, de 20.11.2009 y 9.3.2010, que también señalan que "la desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y con el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico..." o como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa. S.A. contra Comisión), la desviación de poder concurre "cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso".

Ahora bien, para alcanzar la tipicidad del artículo 404 CP, no es suficiente la mera ilegalidad, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión del DP aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala Segunda, al declarar que "el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora".

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. En este sentido, a pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable,

no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contenían, al igual que ahora en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial

de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley. es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la STS nº 755/2007. de 25.9, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves.

La STS. 259/2015, de 30 abril, recuerda cómo el CP de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso INTELHORCE).

La STS de 11.3.2015 recalca que "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad, lo que se sanciona".

Conforma, por tanto, el elemento objetivo del tipo de prevaricación del artículo 404 CP "el acuerdo de resoluciones arbitrarias entendidas como los actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho" .

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones y debe ser de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable, por lo que la ilegalidad debe ser contundente y manifiesta exigiendo para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución, no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente esa flagrante ilegalidad ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular, la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado vigente cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omitiendo totalmente las formalidades procesales administrativas, actuando con desviación de poder, omitiendo en cada caso dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). La arbitrariedad típica debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta de ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, cabrá predicar la arbitrariedad cuando no pueda

sostenerse bajo contexto interpretativo alguno la resolución dictada, cuando no sea posible sostener el significado de la norma que se realiza por el autor, y ello cualquiera que sea la finalidad de la misma, pues la intención se encuentra ausente del tipo, y puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. (STS. 284/2009 de 13.3). En definitiva, basta el dolo, siendo el móvil indiferente para el legislador, salvo cuando lo convierte en elemento subjetivo de lo injusto, adicional al dolo, lo que en la prevaricación no ocurre.

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, 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 triple finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de aval del orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones (SSTS 18/2014 de 13.1, 152/2015 de 24.2).

Por un lado, la observancia respetuosa del procedimiento establecido en la contratación pública tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, ostenta otra finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas aquellas formas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar, en caso contrario, a la nulidad o a la anulabilidad de los actos de la Administración pública (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Sin embargo, y como dijimos con la nulidad administrativa, tampoco 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, como el artículo 48.2 de la vigente ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, 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. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento administrativo 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 sujete a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Es, en este sentido, reveladora de la tipicidad penal la elusión de los trámites esenciales. (STS nº 331/2003, de 5 de marzo).

La STS. 259/2015 condenó por prevaricación en un caso en que se fraccionó un contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del mismo, vulnerando con ello lo dispuesto en el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, y además una vez reconducida fraudulentamente la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos y garantías, también se vulneraron las limitadas exigencias de éste, al encargar a su único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos supuestamente de diferentes empresas, los que arbitrariamente elegidos debían procurar que las condiciones por el acusado ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación aparentando la concurrencia de contradicción. Pura ficción al servicio del fraude que mereció condena por prevaricación y falsedad documental.

6º) En cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017, de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en las SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o

consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio).

Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

En sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna.

La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada.

Pero la alegación gratuita del desconocimiento del carácter injusto y arbitrario de la resolución no basta para excluir el tipo subjetivo. Ha de concretarse con cautela ese elemento subjetivo. Como se recordaba en la STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Por ello la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos halláramos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).

En definitiva para colmar la tipicidad objetiva y subjetiva será necesario lo que sigue: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

La expresión "a sabiendas", según las SSTS de 30 de mayo de 2003, 22 de septiembre de 2003, 25 de mayo de 2004, 1 de julio de 2009, no solo elimina del tipo la comisión culposa, sino también la comisión del delito a título de dolo eventual.

Tercero.

Pues bien en el caso concreto los recurrentes cuestionan las consideraciones que sustentan el fallo condenatorio de la sentencia objeto de recurso, que se fundamenta en una serie de "ilegalidades" que se exponen, de forma alternativa y sucesiva en el fundamento décimo segundo de la misma:

1º) Inexistencia de expediente alguno al respecto.

2º) Se aprobó enajenar un bien que realmente aún no existía, o para ser más precisos, no era un terreno independiente sino que se integraba en uno de mayor cabida.

3º) El hecho de que la Entidad La Caixa se postulara como adquirente de la posesión de terreno antes de que se produjera la aprobación de la enajenación. Existencia de una negociación previa y aprobación de la enajenación con la única finalidad de "liquidar la deuda con La Caixa".



4º) El acuerdo infringe abiertamente la cláusula 4ª de la escritura de donación, siendo además necesario el consentimiento de la entidad donante.

5º) La objeción efectuada por el Secretario de la Corporación de la Mesa de contratación, esto es, el contenido del art. 5 de la entonces vigente Ley 39/98, reguladora de las Haciendas Locales.

El motivo, se adelanta, deberá ser estimado.

Necesariamente debemos partir, en primer lugar, de que la propia sentencia centra el debate en que el acto resulta ser evidentemente ilegal, pese a reconocer la discusión civil sobre si la donación inicial se trató de una verdadera donación o bien un convenio urbanístico encubierto -es significativa la estipulación tercera de la escritura de donación de 29 de enero de 1982 en la que se hace constar que "El Ayuntamiento de la Oliva, por su cuenta y riesgo, se obliga a elaborar un Plan Parcial de Ordenación Urbana que abarcará no solo la finca objeto de donación sino la colindante propiedad de Placasa SA, la entidad donante hasta un total de 60 hectáreas-, como defendió en el pleno el que fuera Secretario de la Corporación o de si la misma era sometida a una condición suspensiva o se trataba de una donación modal.

Y en segundo lugar, y por lo que aquí afecta, como ya hemos señalado anteriormente, no toda omisión de procedimiento aboca al tipo penal, sino que es necesario que con esa forma se procure eliminar los mecanismos de control establecidos para asegurar que la resolución está sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en que adoptó aquélla.

Cuarto.

Analizando, conforme a la anterior doctrina jurisprudencial, las alegaciones en que la sentencia recurrida fundamenta el pronunciamiento condenatorio. En primer lugar considera que el acuerdo de aprobación del expediente de enajenación de 7 de agosto de 1999 de una porción de 125.000 metros cuadrados de la finca donada resulta manifiestamente contrario a derecho, por infracción del art. 68.1 de la entonces vigente Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas, que exigía un previo expediente de contratación en el que se justificara la necesidad de la misma.

Es cierto, como hemos dicho en el fundamento jurídico 2º, que cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, se comete este delito, pues en estos casos la actuación de la autoridad o del funcionario no se limita a suprimir el control formal de una actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su actuación se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación concreta administrativa en la que se adopta la resolución. Son, en este sentido, trámite esenciales (SSTS 331/2003, de 5 de marzo; 755/2007, de 25 de septiembre, 18/2011, de 23 de enero).

En el caso que nos ocupa, ciertamente en el momento de la adopción del cuestionado acuerdo de 7 de agosto de 1999, solo constaba en expediente el informe de tasación como único trámite existente, pero también es cierto que con anterioridad al mismo constaba un Decreto del Sr. Alcalde de 15 de julio de 1999 (folio 278) por el que se acordaba solicitar de los servicios correspondientes la incorporación de una serie de documentos, como expediente de autorización de venta o de simple dación de venta; pliego de cláusulas administrativas. Particulares; certificado de depuración del bien; informe de Secretaría, e informe de fiscalización de intervención.

Tal es así que la afirmación de los recurrentes de que el tan repetido acuerdo de 7 de agosto de 1999, lo que verdaderamente venía a aprobar era la tramitación propiamente dicha del expediente, y no tanto la aprobación de un expediente en si mismo considerado y concluso, tiene atisbos de verosimilitud, máxime si se observa que si bien en la parte dispositiva del citado acuerdo se aprueba el "expediente de enajenación"; en su parte final se añade "con su consiguiente tramitación y culminación del mismo", e incluso la propia sentencia recurrida, en el fundamento de derecho tercero, párrafo noveno, relativo al delito de malversación del que los recurrentes también habían sido acusados por una de las acusaciones particulares recoge que "tan solo cabría calificar el acuerdo del Pleno de 1999 como un acto preparatorio".

Asimismo es relevante destacar el expediente completo de enajenación que obra a los folios 273 a 328 Tomo I, en el que constan hasta un total de 19 trámites, en especial los informes de Intervención y Secretaría de la Corporación.

Es cierto que puede haber un defecto de orden cronológico o procedimental en el expediente, como relató el Secretario del Ayuntamiento en un informe obrante en el expediente de enajenación emitido el 20 de enero de 2000 y en el acto del juicio oral, dado que los informes obrantes en el expediente (el de intervención es el suyo propio) "no precedieron a la aprobación del expediente de intervención", esto es al acuerdo del Pleno de 7 de

agosto de 1999, pero no obstante tal cuestión de índole procedimental, no informó en sentido desfavorable al entender que "las cuestiones de fondo del expediente eran sustancialmente correctas".

Consta, igualmente, que ante la advertencia del Secretario de dicho informe de la necesidad de "dar cuenta al órgano competente de la Comunidad Autónoma de la enajenación de los bienes que en su caso se produzca", el expediente fue remitido y se dio cuenta del mismo y de la venta proyectada a la Consejería de Presidencia del Gobierno de Canarias (folio 357 Tomo I), que no formuló reparo.

Y por último, cuando en el acuerdo del Pleno de 16 de febrero de 2000 en el que se aprobó la adjudicación de la parcela a la entidad La Caixa de la porción segregada a 125.000 metros cuadrados por un precio de rescate de 250.000.000 pesetas, previa propuesta de adjudicación a su favor de la Mesa de Calificación en reunión celebrada el 20 de enero de 2000, el expediente administrativo se encontraba totalmente terminado en todos sus trámites.

Consecuentemente no puede sostener que existiera esa omisión absoluta del expediente administrativo, ni que con ese posible defecto cronológico se intentara eludir los controles propios de la actuación administrativa.

Quinto.

La segunda irregularidad que destaca la sentencia es que se aprobó enajenar un bien que realmente aún no existía o, para ser más precisos, no era un terreno independiente único que se integraba en uno de mayor cabida, la finca donada. Los informes técnico-jurídicos favorables a la segregación se emitieron con posterioridad al acuerdo de 7 de agosto de 1999 y la licencia de segregación también resulta posterior.

Irregularidad que de estar vinculada a la anterior, no puede sostenerse. En efecto el acto traslativo no fue el acuerdo de 7 de agosto de 1999, que la propia sentencia califica de "preparatorio" sino el posterior de aprobación de la adquisición de la porción ya segregada de 125.000 metros cuadrados, de fecha 16 de febrero de 2000, acuerdo por el que se perfeccionó la enajenación, operando el posterior otorgamiento de escritura pública como "traditio instrumental".

Fecha aquella de aprobación del acuerdo en la que ya se había concedido licencia de segregación, lo fue el 17 de enero de 2000, previos informes técnico y jurídico favorables a la misma.

Sexto.

Destaca también la sentencia recurrida para considerar el acuerdo manifiestamente contrario a derecho, que la propia adquirente -La Caixa- se postuló en una carta remitida por su representante, Sr. Severino, como tal adquirente de la porción de terreno, no solo antes de que se produjera la segregación, sino también de la aprobación de la enajenación, dado que la carta tiene fecha de 8 de julio de 1999.

Ello acredita, a juicio de la sentencia, unas previas negociaciones entre la entidad bancaria y el Ayuntamiento para saldar la deuda que este mantenía con aquélla, y en las que ya habría ofertado el terreno en dación de pago, lo que no era posible dado que legalmente los bienes patrimoniales solo pueden ser enajenados en pública subasta, salvo que se trate de una permuta (art. 112.1 in fine del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/85, de 13 de junio).

Destaca así la sentencia que es tan evidente la existencia de negociaciones que se aprobó la enajenación con una única finalidad "liquidar la deuda con La Caixa" que efectivamente se liquidó con el importe de la subasta.

Y por último, que la entidad bancaria advertía de la necesidad del previo consentimiento de la entidad donante -Placasa- que ni se solicitó ni se ha prestado.

Tal actuación no puede sustentar el ilícito penal de prevaricación. En primer lugar en la carta obrante al folio 39, La Caixa se limita a manifestar que "hemos tenido conocimiento de la intención de esa Corporación de proceder a la subasta de las siguientes fincas...", añadiendo que "La Caixa tiene intención de presentar la plica correspondiente para concurrir a las subastas y de pujar hasta el importe de la deuda...", y en segundo lugar la existencia de negociaciones previas para saldar la deuda que el Ayuntamiento mantenía con La Caixa no implica, por sí solo, ilegalidad alguna, lo esencial es si en el proceso posterior de enajenación y licitación se respetaron los principios rectores de la contratación administrativa, como son: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

- En el caso actual no se ha cuestionado la legalidad de la subasta objeto del enjuiciamiento, al haberse respetado los principios generales de la contratación antes referidos. Plena legalidad que no se ve afectada por la existencia de esas conversaciones y negociaciones previas con el fin de saldar y liquidar la deuda existente con la

entidad bancaria, de hecho consta en autos, en las actas de la Mesa de Contratación, que se sacaron dos fincas a subasta, adjudicándose una de ellas a La Caixa y la otra a un postor distinto.

Por último no resulta ocioso transcribir el auto dictado por la propia Audiencia Provincial de 26 de noviembre de 2014 (folios 196 a 208, Tomo III), que acordó el sobreseimiento de la causa respecto del inicial querellado, Sr. Severino, Delegado General en Canarias de La Caixa, y firmante de la carta, que dice: "Por otra parte, de los testimonios de particulares remitidos, dejando al margen el hecho de que la entidad La Caixa, representada por el Sr. Severino que resultó adjudicataria en la subasta, el único documento en el que podría sustentarse la participación delictiva que se le atribuye estaría constituido por la carta suscrita por mismo, en su condición de Delegado General de Canarias de La Caixa, y presentada en el Ayuntamiento de La Oliva el día 14 de julio de 1999.

Ciertamente, de esa carta no deja de llamar la atención el hecho de que pese a que la misma es anterior al acuerdo plenario de 7 de agosto de 1999 (por el que el Pleno del Ayuntamiento de La Oliva acordó la enajenación de bienes por pública subasta), el Sr. Severino conociese ya en el mes de julio de 1999, la intención de la Corporación de proceder a subastar determinados bienes, los cuales aparecen descritos con detalles relativos al Plan Parcial del que formaban parte, a su inscripción registral y al título por el que dicha Corporación habría adquirido los bienes (donación mediante escritura pública otorgada por la entidad Placasa. S.A. el día 29 de enero de 1982 ante el Sr. Notario don Francisco Javier Misas Barba, al nº 169 de su protocolo.

Ahora bien, la referida carta no puede considerarse concluyente a los efectos de entender que existió un concierto previo entre miembros del Ayuntamiento de La Oliva y el apelante Sr. Severino, en representación de La Caixa, ya que no podemos perder de vista los siguientes aspectos que permitirían sostener lo contrario, a saber:

En primer lugar, que la enajenación se realizó en pública subasta, anunciada en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se acudió a un medio que permitía la máxima difusión de la subasta y se posibilitaba la concurrencia de cualquier licitador.

En segundo lugar, en dicha carta al describir la finca, se hace mención a que "La enajenación de esta finca está sujeta a la condición suspensiva de que por el donante de la misma PLACASA, S.A se otorgue previa o simultáneamente escritura pública, acreditado su conformidad con la misma por no incumplir la Estipulación 4ª de la escritura de donación núm. 169 del 29.01.82 otorgada ante el Notario D. Francisco Javier Misas Barba, no pareciendo lógico que se haga mención a tal condición de existir un concierto tendente a eludirla y menos aún que de existir una intencionalidad ilícita por parte de La Caixa o de sus representantes la pongan de manifiesto a través de un cauce regular, cual es la presentación del escrito ante el Registro de entrada de la Corporación Municipal, dejando constancia de su presentación, al quedar el escrito registrado mediante el correspondiente sello de entrada, lo que, además, implica la ulterior tramitación administrativa del escrito.

En tercer lugar, el conocimiento que el apelante don Severino manifiesta tener de la intención del Ayuntamiento de sacar a subasta determinados bienes perfectamente puede ser consecuencia de las reclamaciones o gestiones efectuadas por la entidad acreedora, La Caixa, ante el Ayuntamiento de La Oliva, no siendo de extrañar que, ante cualquier reclamación o gestión por parte de un acreedor para el cobro de su crédito, la respuesta que se obtenga por parte del deudor o de sus representantes sea la relativa al medio de pago o la fuente de financiación a la que se tiene previsto acudir para cumplir la obligación.

Y, en cuarto lugar, el contenido íntegro de la mencionada carta fundamentalmente evidencia la voluntad de la entidad representada por el apelante Sr. Severino de reclamar la cantidad adeudada que, según se indica en el encabezamiento asciende a 594.270.421 pesetas, y obtener el pago, poniendo de manifiesto diversas alternativas, pues se indica la intención de dicha entidad bancaria de concurrir a la subasta y pujar hasta el importe de la deuda, se ofrece a la Corporación Municipal la posibilidad de reducir el importe de la deuda hasta fijarla en 400 millones de pesetas si ésta cantidad es abonada en el plazo de 180 días siguientes a la recepción de la carta, y, por último, se significa, que de no producirse el pago de la deuda temporalmente reducida en ese plazo, la Caixa se reservaba el derecho a reclamar la totalidad de la deuda, por importe de 594.270.421 pesetas".

Séptimo.

Respecto a que el acuerdo infringe abiertamente la cláusula 4ª de la escritura de donación "la finca donada será destinada a cubrir las necesidades de solares de los vecinos de Corralejo, quedando el sobrante a favor del Ayuntamiento de La Oliva como bienes propios" es cierto que la interpretación de los contratos es facultad de los tribunales de instancia, y a este respecto las sentencias de la Sala 1ª SSTS 14 de junio de 2011 y 30 de octubre de 2011 destacan que " la jurisprudencia viene manteniendo que la interpretación realizada por el

tribunal de instancia, a partir de los hechos considerados probados en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, no puede ser revisada en casación salvo que se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario, o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS 21 de noviembre de 2008; 20 de marzo de 2009; 19 de diciembre de 2009; 14 de febrero de 2011)".

-Pues bien en el caso que nos ocupa la interpretación que realiza el tribunal de instancia es que la voluntad del donante era que los terrenos se destinasen para viviendas - o si se quiere solares destinados a ser edificados - y no simplemente a solares, y el sobrante revertirá en favor del Ayuntamiento, debe ser mantenida, tal como se razona en la sentencia recurrida haciendo referencia al Acta del Pleno del Ayuntamiento en el que se aceptó por parte de este la donación y se hizo constar que la donación se efectuaba ante la cruda situación de algunos vecinos de la zona turística de Corralejo que carecen de vivienda por los elevados precios del suelo", aclarando el donante que "la donación es de 27 Ha sin ordenar para que resulten 20 Ha en solares útiles más o menos", y constando además una carta remitida por el alcalde al donante fechada el 12 de febrero de 1982 (folio 386 Tomo I) en la que expresa la gratitud "por el bien que se hace a las personas carentes de suelo para construir un hogar".

Resulta, por tanto, evidente que la voluntad de donante y donatario no era otra que proveer de viviendas a los vecinos de Corralejo, quedando a favor del Ayuntamiento como bienes propios el terreno sobrante, una vez cubiertas las necesidades de los vecinos.

En el caso presente ciertamente los recurrentes procedieron a la inversa.

Primero el Ayuntamiento ha dispuesto de parte de los terrenos -12'5 Ha- y el sobrante -14'5 Ha- quedaría para las necesidades de viviendas a los vecinos. La cuestión, por tanto, sería si tal alteración de orden supone un incumplimiento absoluto de la repetida estipulación 4ª de la escritura de donación, de la gravedad suficiente para dar lugar al delito del art. 404 CP, o solo daría lugar, en su caso, a la revocación de la donación por el donante, mediante el ejercicio de las acciones civiles que pudieran corresponderle.

Para ello deberemos partir de las diferentes interpretaciones jurídicas que -como ya se ha indicado la propia sentencia recoge en el fundamento jurídico 2º en orden a la naturaleza de tal estipulación cuarta al señalar: "En todo caso podría argüirse que se trató de una donación onerosa de las previstas en el artículo 619 como aquellas en las que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Ahora bien, que se imponga una carga al donatario no cambia la naturaleza de la donación, pues no puede ser la contraprestación que ha de satisfacer para lograr su enriquecimiento a modo de sinalagma en los contratos sinalagmáticos, sino una determinación accesorio de la voluntad del donante por la que quiere lograr, además, otra finalidad, pero sin que desaparezca o quede subordinada la del enriquecimiento del donatario, que es la principal y la que constituye la causa de la donación (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1992).

Y por lo que hace a la segunda de las cuestiones antes apuntadas, la condición suspensiva (el necesario consentimiento de la entidad donante), solo cabe entender que esta condición afecta a la venta del terreno donado y que la ausencia de la misma, como bien opuso el Secretario de la Corporación, en todo caso podría dar lugar a la revocación de la donación. Deberá recordarse que el artículo 647 del Código Civil, cuando habla de revocación de la donación por parte del donante, establece que surge tal posibilidad si el donatario deja de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso, ahora bien (como se señaló por la defensa de la mayoría de los acusados), dicho término de condiciones no se debe enfocar en el sentido técnico-jurídico, sino como un modo o gravamen que se añade al contrato de donación, y que indica lo que doctrina científica consolidada denomina "donación modal", acto semigratuito que puede ser revocado si no se cumple tal modo o gravamen, significando tal revocación lo que determina el artículo 1124 que fundamenta la acción resolutoria en las obligaciones recíprocas."

Pues bien la Sala 1ª del Tribunal Supremo en diversas sentencias tiene declarado: STS de 6 de abril de 1999 que "la verdadera y propia donación modal es aquella en la que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, como determinación accesorio de la voluntad del donante aunque esta obligación no muta la naturaleza del contrato de donación de bienes transformándolo en contrato bilateral, sinalagmático y oneroso, puesto que el gravamen tiene que ser inferior al valor de lo donado, el cumplimiento de la prestación, en que consiste el gravamen, es exigible y, desde luego, el cumplimiento no queda al arbitrio del donatario. La STS de 28 de julio de 1997 proclama: "dicho término de condiciones no se debe enfocar en el resultado técnico jurídico, sino como un modo o gravamen" que se añade al contrato de donación, y que indica lo que la doctrina científica consolidada denomina "donación modal", acto semigratuito que puede ser revocado si no se cumple tal modo o gravamen". Se le impone al donatario la obligación de realizar algo o cumplir una contraprestación correlativa a la ventaja adquirida, sin que por esto se pueda entender cambiada la naturaleza del negocio al que se añade esta

carga", añadiendo la STS. de 23 de noviembre de 2004, que "la correcta calificación como donación modal implica la imposición al beneficiario del cumplimiento de una obligación".

Las SSTS de 20 de julio de 2007 y de 21 de octubre de 2011 indican que "la donación modal, aquella en que se supone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, como dice el art. 619 C.Civil, se rige por la normativa de la donación en la parte que exceda del valor del gravamen impuesto, añade el art. 622, aunque lo hace con imprecisión terminológica al referirse a la remuneratoria, lo que ha sido superado por doctrina y jurisprudencia (STS 27 de julio de 1994 y las que en ella se citan). El modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, acción no evaluable económicamente (STS 23 de noviembre de 2004) o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación (STS 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1994) o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante (STS 6 de abril de 1999). Y esta amplia variedad del objeto del modo, comprende también la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso en que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada.

Por su parte el art. 647 C.Civil dispone: "la donación será revocada a instancia del donante cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria".

Es de sobra conocido que cuando emplea la expresión "condiciones" se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso. Por lo cual, el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, aunque ciertamente es más bien una resolución, como se desprende del segundo párrafo del artículo transcrito, que atribuye a la revocación efectos ex tunc, con la ineficacia de los actos dispositivos realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el art. 34 de la Ley Hipotecaria".

En este sentido la doctrina civilista más autorizada advierte, aunque la cosa parece obvia por demás, que al hablar en el art. 647 de "condiciones" "...haya dejado de cumplir alguna de las condiciones..." no se refiere a las condiciones en sentido técnico, bajo las que se pueda hacer una donación, sean suspensivas, en cuyo caso si no se cumplen, no será eficaz inicialmente la donación, o sean resolutorias, en cuyo caso, valiendo y no siendo eficaz la donación, si la condición se cumple, no si no se cumple, como es el caso del art. 647 se resolverán de forma automática, posteriormente, cuando se cumpla, los efectos de la donación, y recobrará el donante la cosa donada. Todo ello a tenor de los arts. 1113 y ss, en especial del art. 1114.

Y se insiste en que no se refiere el art. 647 a condiciones en sentido técnico ni consiguientemente, a donación condicional, sino a condición hecha con carga, modo o gravamen, a lo que llama inexactamente "condición", porque toma la terminología incorrecta usada por el Código francés (arts. 953, 954, en los que se habla de revocación "pour cause d'inexécution des conditions...") que pasando por el Proyecto de 1851 (art. 954 "...haya dejado de cumplir alguna de las condiciones...") y por el anteproyecto de 1882-1888 (cuyo art. 646.1 era exactamente igual al 647.1 vigente llega al Código.

Estamos, en consecuencia, no ante una donación condicional, sino ante una modal, que es la que puede ser revocada si la carga, gravamen o modo impuesto no se cumple por el donatario.

Que, en efecto, se trate de donación modal, y no condicional, se sigue, a pesar de las palabras, de la propia regulación del caso de que se trata, pues la revocación es lo adecuado para el incumplimiento de modo o carga, y no para el de condición, que, como hemos dicho antes, según fuese suspensiva o resolutoria, daría lugar a la ineficacia de la donación o al mantenimiento de sus efectos, ya que en este segundo caso, sería si la condición se cumpliera, cuando los efectos de resolución en el caso concreto de inexistencia de la donación condicional se deduce de que en la escritura de donación de 29 de enero de 1992 se incorpora una certificación expedida por el oficial administrativo en funciones del Secretario del Ayuntamiento de fecha 27 de enero de 1982 en la que se hace constar:

"[...] aceptar la donación efectuada por...en representación de Placasa SA a este Ayuntamiento de la finca que se describe a continuación, con destino a vecinos que carecen de solar para su vivienda [...]

"[...] el Ayuntamiento se compromete a efectuar en dicha finca mas en otro tanto de terreno aproximadamente, lindante, propiedad de la sociedad donante, un plan parcial de ordenación urbana por su exclusiva cuenta y riesgo"

"Una vez cubiertas las necesidades de solares de los vecinos, el sobrante de terreno hasta las 21 Ha donadas, pasará a favor de los bienes propios de este municipio de La Oliva".

Sin que en el resto de la certificación haya referencia alguna a que se acepte o que la donación quede sometida a condición alguna suspensiva o de cualquier tipo, limitativa del dominio o de la capacidad dispositiva y



en consonancia con ello como ciertamente señala la representación de los recurrentes por haberse aceptado pura y simplemente, sin sujeción expresa o condición alguna, es por lo que dicha estipulación, aún constanding expresamente en la escritura de donación y vista, por ello, por el Sr. Registrador, no tuvo acceso al Registro de la Propiedad, como limitación del dominio al momento de inscribirse la transmisión de dominio a favor del Ayuntamiento de la Oliva, pues resulta evidente que de haber constituido cualquier tipo de limitación (como puede ser una condición suspensiva resolutoria) se hubiera anotado, sin lugar a dudas, como carga de la finca transmitida.

Octavo.

Siendo así habría que analizar la supuesta falta de autorización de la entidad donante Placasa a que hace referencia la sentencia recurrida. Falta de autorización que podría, en su caso, tener efectos civiles, pero lo cierto es que ninguna acción civil o administrativa se ha ejercitado por aquella con base al incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la carga o modo impuesto.

Asimismo, en ningún momento los recurrentes trataron de omitir, ocultar o desconocer de cualquier forma la existencia de la referida estipulación 4ª.

Así consta incorporada en la escritura de segregación y compraventa a favor de la entidad Caixa de 13 de abril de 2000, certificación expedida por el Secretario de la Corporación relativa al acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de La Oliva en sesión "extraordinaria celebrada el 16 de febrero de 2000, en la que se hace constar que "está sujeta a la condición establecida en la estipulación cuarta de la escritura pública nº 169 de 29 de enero de 1982 suscrita ante el Notario..." y el propio Sr. Notario cuando transcribe en aquella escritura de 13 de abril de 2000 el citado acuerdo del Pleno, hace constar que la misma se encontraba "sujeta a la condición establecida en la estipulación cuarta de la escritura pública nº 169 de 29 de enero de 1982 inscrita ante el Notario..."

Por tanto el Sr. Notario tuvo pleno conocimiento de la existencia de la citada estipulación 4ª, no poniendo objeción alguna y autorizando la transmisión a favor de la Caixa, sin reparo alguno.

Asimismo, como ya hemos señalado, el Sr. Registrador de la Propiedad tampoco puso objeción alguna en el momento de calificar la referida escritura a efectos de calificar la referida escritura pública a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad.

En definitiva, si ese supuesto incumplimiento de la cláusula 4ª no ha determinado acción alguna por parte de la entidad donante tendente a la revocación de la donación, si tanto el Notario autorizante de la escritura de segregación y compraventa a favor de La Caixa, como el Registrador que la calificó a efectos de un acceso al Registro, no objetaron reparo alguno, ni observaron la necesidad de autorización por parte de Placasa, podemos concluir que ninguna limitación de la capacidad de disponer contenía referida estipulación, sin que, en consecuencia, se haya cometido ilegalidad tan ostensible y grosera como para dar lugar al delito de prevaricación administrativa.

Noveno.

Por último, en cuanto a la objeción del Secretario de la Corporación a la Mesa de Contratación en relación al contenido del art. 5 de la entonces vigente Ley 39/98, reguladora de las Haciendas Locales, en cuanto señala que: "Los ingresos procedentes de la enajenación o gravamen de bienes y derechos que tengan la consideración de patrimoniales no podrán destinarse a la financiación de gastos corrientes, salvo que se trate de sobrantes de vías públicas no edificables o de efectos no utilizables en servicios municipales o provinciales", la propia sentencia en el fundamento jurídico tercero analiza el destino del producto obtenido en la subasta: amortización de una deuda, por si pudiera ser constitutivo de un delito de malversación, y es significativo que destaque, en relación al citado art. 5, que si bien el Secretario del Ayuntamiento ya informó de la imposibilidad de destinar el producto de la subasta a la amortización de una deuda, " sin embargo el Interventor Amador sostuvo lo contrario al entender que la deuda (que se había generado con el extinto Banco de las Islas Canarias) se habría generado por préstamos destinados a inversiones y por ello era admisible el uso efectuado", para concluir que "siendo por tanto discutible esta posibilidad (por más que no se admite el origen de la deuda) no cabe integrar el mismo en la prevaricación".

Discrepancia jurídica que impide apreciar esa ilegalidad manifiesta fundamento del delito de prevaricación administrativa.

Estimándose el motivo resulta innecesario el análisis del resto de los motivos articulados por los recurrentes.



RECURSO INTERPUESTO POR Anselmo

Décimo.

Articula este recurrente dos motivos el primero por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECRIM considerando infringido el art. 404 CP por aplicación indebida del mismo; el segundo por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1 art. 851 LECRIM, al resultar contradicción entre los hechos probados, añadiendo además como hechos probados conceptos que debido a su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Dado que el recurrente se adhiere al recurso de casación y a los motivos interpuestos por la representación procesal de los demás imputados, procede estimar el motivo primero y absolver también a este recurrente del delito de prevaricación administrativa por el que había sido condenado.

UNDÉCIMO.- Estimándose ambos recursos se declaran de oficio las costas (art. 901 LECRIM).

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por Pedro Francisco, Pedro Enrique, Abel, Adolfo y Alejo, contra la sentencia de 28 de junio de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la causa seguida por delito de prevaricación.

2º) Estimar el recurso de casación interpuesto por Anselmo contra la referida sentencia.

3º) Se declaran de oficio las costas causadas en el presente recurso.

4º) Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales, con devolución de la causa, en su día remitida, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION NÚM.: 2187/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 26/2016 seguida por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dimanante del Procedimiento Abreviado nº 387/2013 instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Puerto del Rosario por un delito de malversación de caudales públicos, prevaricación y apropiación indebida contra Pedro Francisco, con DNI nº NUM002, nacido en Arrecife, hijo de Edmundo y de Fátima; Pedro Enrique, con DNI nº NUM003, nacido en las Palmas de Gran Canaria el NUM005 de 1966, hijo de



Eugenio y de Gloria; Abel, con DNI nº NUM004, nacido el NUM006 de 1955 en La Oliva, hijo de Inocencio y de Milagrosa; Adolfo, con DNI nº NUM007, nacido el NUM008 de 1953 en La Oliva, hijo de Justo y de Rafaela; Alejo, con DNI nº NUM009, nacido el NUM010 de 1968 en La Oliva, hijo de Mariano y de Sabina; y Anselmo, con DNI nº NUM011, nacido en El Aaiun el NUM012 de 1967, hijo de Justo y de Violeta, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 28 de junio de 2017 que ha sido recurrida en casación por los procesados Pedro Francisco, Pedro Enrique, Abel, Adolfo, Alejo y Anselmo, y ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, suprimiéndose del párrafo 1º del hecho probado segundo la expresión "quebrando con ello el correcto ejercicio de la función pública".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Tal como se ha razonado en los fundamentos de derecho de la sentencia precedente los hechos no son constitutivos de delito de prevaricación administrativa por el que los recurrentes habían sido condenados.

FALLO

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

Debemos absolver a Pedro Francisco, Pedro Enrique, Abel, Adolfo, Alejo y Anselmo del delito de prevaricación administrativa por el que habían sido condenados, con declaración de oficio de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Diaz

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.