

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066369

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 859/2022, de 2 de noviembre de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5037/2020

**SUMARIO:****Delitos contra la administración pública. Delito de prevaricación administrativa. Características del delito. Funcionario. Legitimación de la acusación popular.**

Concejal de Urbanismo, autoriza licencia de «obra menor 5 para usos y aprovechamientos no permitidos por el PGOU en este tipo de suelo sin haberse tramitado, por otra parte, ninguna modificación en el PGOU que diera cobertura legal a implantar usos terciarios.

para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente 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 voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Como Concejal de Urbanismo, dicta un Decreto, que es donde se concreta la comisión del delito, y lo hace con abuso de sus funciones e ignorando lo dispuesto en las normas de planeamiento, hecho que solo cabe considerarla «arbitraria», como exige el art. 404 CP al definir este delito. INCURRE en esa ilegalidad a sabiendas de que lo es, desde el momento, no ya porque la propia recurrente supiera, por propio conocimiento, que no se podían otorgar las licencias que concede, sino porque cuenta con un informe técnico, que ella misma asume, que le está indicando que no cabía dicha actuación.

En lo relativo a la personación como acusación particular del Ayuntamiento no acabamos de entender la queja, porque, considerado perjudicado en cuanto se solicitaba para él una determinada cantidad en concepto de indemnización por los hechos delictivos denunciados, atribuidos a distintos investigados, no cabe duda alguna de su legitimación para personarse como tal, en aplicación de lo dispuesto en el art. 110 LECrim. Al margen los eventuales prejuicios que se pudieran derivar al Ayuntamiento por los hechos delictivos objeto de investigación, no podemos negar su condición de ofendido, aunque solo sea por el daño reputacional que, como corporación municipal, ha podido padecer. Respecto a las costas, el condenado ha de soportar las cargas de este proceso, sin que haya razón para excluir de ellas las ocasionadas por ese proceso al perjudicado. La exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito, únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua y motivado como tal en la sentencia.

**PRECEPTOS:**

Constitución española, arts. 24 y 125.

Ley de Enjuiciamiento criminal, arts. 109, 110 y 737.

**PONENTE:***Don Angel Luis Hurtado Adrian.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 859/2022

Fecha de sentencia: 02/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5037/2020

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5037/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 859/2022

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 2 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5037/2022 interpuesto por Rafael, representado por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel García de Gracia y bajo la dirección letrada de D. Jorge Carmelo Fernández Díaz; la mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES, representada por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro González Salinas y bajo la dirección letrada de D. Enrique Sánchez González; PARTIDO POLÍTICO VOX (en nombre de la acusación popular), representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Mercedes de Felipe Jiménez-Casquet, y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Marta Asunción Castro Fuertes; Adela y Tomás, representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Susana Camarero Prieto y bajo la dirección letrada de D. Ernesto Julio Osuna Martínez; y Victoriano, representado por el Procurador de los Tribunales D. Javier Gálvez Torres Puchol y bajo la dirección letrada de D. César Justo Fernández Bustos, contra la sentencia nº 236 dictada con fecha 21 de julio de 2020 por la Audiencia Provincial de Granada, Secc. Segunda, en el Rollo de Sala 6/2019.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal; el Ayuntamiento de Granada, representado por la Letrada de los Servicios Jurídicos del Excmo. Ayuntamiento de Granada, D<sup>a</sup>. María de los Llanos Jiménez Casquet Flores; Adolfin, Aida y Mario, representados por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Blanco Molina y bajo la dirección letrada de D. Jose Mariano Vargas Aranda; Miguel, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Liliba Bustamante Sánchez y bajo la dirección Letrada de D. Vicente Tovar Sabio; TALER REAL ESTATE SL, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Julia Castellano Rodríguez, y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Laura Martínez-Sanz Collados; Pascual, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Ángeles Barrionuevo Gómez y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Belén Aroza Montes; Prudencio, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Dolores Mateo García y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. María José Arcas-Sariot Jiménez; Romulo representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Dolores Mateo García y bajo la dirección letrada de Jose Antonio Rodríguez Hervás; Segismundo y Teodoro, representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Aurelia García-Valdecasas Luque, y bajo la dirección letrada de D. Francisco Cantón Martín; Valentín, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Encarnación de Miras López, y bajo la dirección letrada de D. Pablo Luna Quesada; Victorio y Jose Manuel, representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Susana Camarero Prieto y bajo la Dirección letrada de D. Ernesto Julio Osuna Martínez; Carlos Ramón, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Susana Camarero Prieto, y bajo la dirección letrada de D. Rafael López Guarnido; Herminia, representada por la Procuradora de los tribunales D<sup>a</sup>. Yolanda Legaza Moreno y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Patricia Martín-Vivaldi Carralcazar, Rafael representado por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel García de la Gracia y bajo la dirección letrada de D. Jorge Carmelo Fernández Díaz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

En el rollo de Sala 6/2019 (dimanante del PA 21/2018, seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada), seguido ante la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, con fecha 21 de julio 2020, se dictó sentencia condenatoria para Adela como autora de un delito de prevaricación administrativa común; y para Tomás y Victoriano como cooperadores necesarios del delito de prevaricación administrativa común.

"Probado y así lo declaramos en forma expresa:

### Primero.

El Plan General de Ordenación Urbana (en adelante PGOU) de la ciudad de Granada fue aprobado por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía el 2 de febrero de 2001, publicándose en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de 6 de marzo de ese año.- Su Texto Refundido lo aprobó el Ayuntamiento de Granada el 31 de enero de 2002, adaptándose a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) el 27 de febrero de 2009.- La mencionada Ley autonómica se promulgó el 17 de diciembre de 2002, y entró en vigor el el 20 de enero de 2003 derogando la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que con carácter urgente y transitorio se adoptaban disposiciones en materia de suelo y de ordenación urbana en Andalucía.-

El PGOU, a través del Plan Parcial T-2 denominado "Ronda Sur", contemplaba la regulación de un sector de suelo urbanizable de 80.911 metros cuadrados al que estaban adscritos dos Sistemas Generales de Espacios Libres (en adelante SGEL), el nº 10, con 41.882 metros cuadrados, y el nº 11, de 33.326 metros.-

El Plan preveía que todo ese suelo se destinase al "uso global terciario", pretendiendo con ello "incorporar a la ciudad zonas de ocio, hoteleras, comerciales y análogas".- El Plan Parcial asignaba un 60% del ámbito al "uso pormenorizado terciario", un 20% al "residencial singular" y el 20% restante a uso pormenorizado "plurifamiliar libre".-

### Segundo.

Para el desarrollo de ese suelo se planteó una ejecución diferenciada, comenzando por la ejecución de la Unidad de Ejecución 1 (UE-1), que ocupaba 25.563 metros cuadrados y el SGEL-11, para acometer luego la de los terrenos de la Unidad de Ejecución 2 (UE-2) y del SGEL-10.-

La gestión urbanística de la UE-1 y el SGEL-11 se llevó a cabo mediante un "sistema de compensación".- Las bases del sistema fueron aprobadas por el Ayuntamiento el 13 de mayo de 2002, publicándose en el BOP de

13 de junio siguiente.- La segunda de ellas obligaba a la constitución de la Junta de Compensación, encargada de hacer posible la consecución de todas las actuaciones de la gestión y ejecución urbanística.-

El 18 de abril de 2002, esto es, un mes antes de la aprobación de las bases, el Ayuntamiento de Granada firmó un "Convenio Urbanístico para la Gestión y Ejecución de la UE-1" con las empresas CITY GROVE LEISURE ESPAÑA S.L. y DESARROLLO DEL OCIO URBANISTICO DE GRANADA S.L., empresa ésta que se subrogaba en las obligaciones ya contraídas por la primera en fecha 24 de julio del año 2.000.- Las sociedades ya habían adquirido y/o tenían opciones de compra sobre la mayor parte del suelo del sector, incluidos los integrados en los dos Sistemas Generales adscritos al mismo.

En cumplimiento de lo previsto en el PGOU, sobre los terrenos de la UE-1 se planeó la construcción de un gran "centro de ocio".- En el Servicio de Gestión y Patrimonio del Area de Planificación Urbanística se abrió el expediente nº 2.543/2002 para el seguimiento del citado Convenio de Gestión y Ejecución de la Unidad, que tenía por objeto regular y definir los compromisos que asumían las partes para la gestión de la UE-1 y los dos Sistemas Generales adscritos al PP T- 2, facilitándose a las empresas la "construcción y explotación" del centro de ocio proyectado sobre los terrenos de la UE-1.-

Entre los acuerdos adoptados por las partes, la segunda de las mercantiles se subrogaba en la obligación adquirida por City Grove de financiar la ejecución de las obras de urbanización del SGEL-10 adscrito al PP T-2, por un importe máximo de 901.518,16 euros, obligación que se acordó garantizar mediante la prestación de aval bancario.- Para equilibrar los costes de urbanización de la dos unidades, la mercantil asumió una parte de los gastos de urbanización de la UE-2, ascendente 174.736,61 euros, en forma de "cuotas de urbanización", cantidad esta que aparecería como saldo deudor en la cuenta de liquidación provisional de la UE-1 y en el saldo del "haber" de la UE-2.- El Ayuntamiento, por su parte, se comprometía a aprobar los instrumentos de planificación, gestión y ejecución necesarios, y a otorgar licencia para el "Centro de Ocio" una vez que estuviese construido.- También, a facilitar la "ocupación" de los terrenos precisos para el SGEL- 11, con el fin de que se pudieran ejecutar sus obras de urbanización de forma coordinada con las de la UE-1 y el Centro de Ocio.- Además, cuando se aprobase el proyecto de urbanización del SGEL-11 se permitiría que una "parte importante" del terreno fuese destinada al uso de "aparcamiento en superficie de vehículos", con pavimento "flexible y arbolado compatible".- Como contrapartida, City Grove y Desarrollo del Ocio debían ejecutar, a su costa, la totalidad del SGEL-11.- Los gastos que tenía que afrontar el Ayuntamiento para esta ejecución se presupuestaron a razón de 12,62 euros/metro cuadrado del total de la superficie del SGEL (420.574,12 euros si se contabilizan los 33.326 metros que, según el PGOU, tenía el SGEL-11., o 432.007,84, si de computan los 34.232 metros cuadrados finalmente urbanizados).- Esas cantidades se descontarían de la cifra que la mercantil tenía que abonar al consistorio por la transmisión del 10% del aprovechamiento medio del ámbito de la UE-1 y, en su caso, por los excesos de aprovechamiento que pudieran corresponderle al Ayuntamiento, calculados a razón de 134,16 euros la "unidad de aprovechamiento".-

El Proyecto de Compensación de la UE-1 se aprobó el 10 de marzo de 2003, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad incorporándose al mismo la cuenta de liquidación provisional del sistema, que había sido elaborada en el mes de noviembre de 2002 tras la firma del Convenio.-

En esa cuenta "provisional", obrante en el expediente nº 2.543/02, se incluyeron los gastos que City Grove y Desarrollo del Ocio asumían respecto a los demás propietarios de la Junta de Compensación, pero no se trasladaron a ella otros que se fueron abonando en adelante, entre ellos, los ocasionados por el pago de los incrementos de valor estipulados por la Comisión Provincial de Valoraciones sobre los justiprecios de las expropiaciones de terrenos necesarios para el sistema, y los derivados de la integración en el ámbito de una carretera colindante, propiedad de la Excm. Diputación.-

Como costes de urbanización del SGEL-11 se consignó la cantidad de 255.068,87 euros que representaba, según se consignaba en la estipulación 7ª del Convenio, el 70% de lo presupuestado.- No obstante esto, si se multiplicase la superficie del SGEL que figura en el PGOU por los 12,62 euros metro/cuadrado antes referidos, el 70% resultante debería de ascender a 302.405,49 euros -

A partir de la firma del Convenio, Desarrollo del Ocio fue adquiriendo el resto de las parcelas del sector y abonando los justiprecios de las que tuvieron que ser expropiadas, siendo estas la denominada NUM002", que formaba parte de la parcela nº NUM001, por la que la empresa tuvo que pagar 98.735,86 euros, y una parte de la parcela NUM000, cuyo resto ya había adquirido antes, por la que pagó 291.525,57 euros.- A esos efectos, se incoaron en el Ayto. los expedientes nº 2.797/03 y 2.798/03, convirtiéndose Desarrollo del Ocio, de esa manera, en la mayor propietaria de los terrenos del ámbito.-

### **Tercero.**

El 15 de octubre de 2004 las partes citadas, en ejecución del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 30 de julio anterior, suscribieron un segundo Convenio que "novaba" al de 2.002.- Esto novación fue debida, según los propios contratantes, al cambio de circunstancias experimentado desde la firma del primer Convenio, entre las que las partes mencionaban que los "usos" previstos para la implantación del "centro de ocio" no se adecuaban a las "necesidades actuales, ni a las prioridades de promoción urbanísticas de la ciudad de Granada", y a la entrada en

vigor de la LOUA, norma autonómica cuyos preceptos alteraban las previsiones iniciales del convenio de 2002, "haciendo precisos nuevos acuerdos...a fin de hacer viable el desarrollo de la UE-1".-

Entre estos nuevos pactos, en el documento incorporado al expediente nº 2.543/20202 del Servicio de Gestión, las partes hicieron figurar el compromiso de modificar "puntualmente" el Plan Parcial T-2 conforme a lo dispuesto en la LOUA, a fin de incrementar el uso pormenorizado comercial de la UE-1, atribuyéndose ahora al "uso global ocio" 16.683 metros cuadrados y al "uso global comercial" 6.123 metros cuadrados.- Esa modificación "puntual" del Plan Parcial la aprobó el Ayuntamiento el 30 de diciembre de 2005, publicándose en el BOP de 25 de enero de 2006, asignándose un 73,36% de los usos de edificación al "uso global de Ocio" y el 26,64% restante al "uso global Comercial".

En relación al SGEL-11, las partes acordaron que antes del inicio de su ejecución se estudiarían algunas mejoras al efecto de dotarlo de servicios complementarios.-

Respecto a los compromisos de gestión urbanística, las partes declaraban en el nuevo Convenio que las dos unidades de ejecución estaban equilibradas por los gastos de urbanización obrantes en la cuenta de liquidación provisional. A la firma de la novación, se abonó una parte de la cantidad establecida al respecto, según declaraban aquéllas, asumiendo Desarrollo del Ocio el compromiso de pago de otros 55.984,42 euros, a acreditar mediante la emisión de factura por la Junta de Compensación.- Además, se deberían aportar avales para garantizar la diferencia existente entre la carga real que figuraba en el proyecto de compensación y los conceptos que eran objeto del Convenio, consistentes en 570.556,62 euros por el concepto de "sistema local", y 1.141.766,90 euros por el concepto de "compensación por diferencia de adjudicación".- Por último, Desarrollo del Ocio tenía que entregar al Ayuntamiento las cantidades que el Consistorio debería de abonar, a su vez, a los titulares expropiados como consecuencia de los justiprecios fijados en los procedimientos administrativos correspondientes.-

En cuanto a la obligación de garantizar la financiación del SGEL-10, Desarrollo del Ocio habría de entregar al Ayuntamiento un aval por importe de 1.322.473 euros, comprometiéndose además a llevar a cabo la ejecución del SGEL-11 de forma simultánea con las obras de edificación de la UE-1.-

Finalmente, debido a que en la estipulación tercera del documento de novación sólo se hacía referencia a la obligación de "financiación" del SGEL-10 pero no a la de "ejecución", el 19 de octubre de 2004 el Director de Servicio de Gestión y Patrimonio, por entonces el acusado Victorio, propuso a la mercantil la firma de una "adenda" aclarativa.- Con arreglo a la redacción última de ésta, Desarrollo del Ocio se comprometía a "financiar y ejecutar aquéllas obras de urbanización, equipamiento o sistema general que el Ayuntamiento indicara en el SGEL-10, hasta un total de 1.371.533,44 euros, cantidad que incluía todos los gastos (IVA, honorarios, etc.)".- Esa cifra se redujo a 1.322.473 euros, una vez descontadas las cantidades pagadas por honorarios, cantidad que se garantizaría mediante la entrega de un aval al Ayuntamiento, ejecutable en caso de no realizar la promotora los pagos "que se señalen en las correspondientes certificaciones de obra ejecutada".- Desarrollo del Ocio podría optar, no obstante, por el pago del total de esa cantidad o por ir abonando "la que en cada momento de encuentre pendiente, mediante la entrega en metálico al Ayuntamiento".-

Al no poder finalizar la tramitación administrativa para la aprobación y firma de la citada adenda, el Servicio de Gestión del Ayuntamiento propuso que el Sr. Alcalde emitiese Decreto ordenando que City Grove y Desarrollo del Ocio ingresasen 1.322.473 euros en las arcas municipales.- El pago, que incluía el IVA, se acordó mediante la entrega de un pagaré que venciese antes de la finalización del año 2004.- En oficio de 28 de diciembre de 2004, el Interventor del Ayuntamiento solicitó al Coordinador del Servicio de Planificación Urbanística que indicase qué cantidad a ingresar en las cuentas del Ayuntamiento por City Grove correspondía al principal y cuál al IVA, respondiendo mediante oficio el acusado Sr. Victorio que 1.140.062,93 euros lo eran por principal y 182.410,98 euros por IVA.- El Ayuntamiento reclamó más tarde a Desarrollo del Ocio el pago del IVA, pretensión que fue desestimada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Granada en sentencia de 25 de enero de 2007, al considerar el órgano judicial que esa operación estaba exenta del pago del impuesto.-

El 13 de septiembre de 2010, el Sr. Moises, Subdirector de Gestión de la Gerencia de Urbanismo y Obras, extendió diligencia de archivo del mencionado expediente nº 2.543/2002 abierto, según se dijo, en el departamento para el seguimiento del Convenio en el que figuraban los compromisos mencionados, haciendo constar el Sr. Moises que había quedado "resuelto el objeto del mismo".-

#### **Cuarto.**

El 22 de abril de 2005, Inversiones Área Sur S.L., cuyo legal representante era el acusado Victoriano, adquirió en compraventa elevada a pública el 9 de mayo siguiente, todas las fincas comprendidas en la UE-1 propiedad de Desarrollo del Ocio por la cantidad de 12 millones de euros, subrogándose la empresa en la posición jurídica de la vendedora en todas las obligaciones contraídas en el Convenio de 2002 y su posterior novación de 2004.-

Área Sur ya era propietaria, a su vez, de una parte de otra de las parcelas integradas en el sistema, y al sumar las adquiridas a Desarrollo del Ocio en esa compraventa pasaría a ser la única propietaria de los terrenos del

sector.-La subrogación de Área Sur en los Convenios fue aprobada por la Junta de Gobierno Local el 29 de septiembre de 2005, incoándose en el Ayuntamiento el Expediente nº 7.957/2005.-

Con arreglo a los compromisos adquiridos, Área Sur abonó los incrementos de valor establecidos por la Comisión Provincial de Valoraciones sobre los justiprecios de las fincas que habían sido expropiadas, obrando en el mencionado expediente nº 2.797/03, relativo a la parcela NUM002, una carta de pago de fecha 13 de enero de 2007, por valor de 51.667,63 euros (nº de operación 320070000057), y en el nº 2.798/03, correspondiente al resto de terrenos de la parcela NUM000, otra de la misma fecha, por valor de 152.552,85 euros (nº de operación 320070000058).-

También se hizo cargo la compradora del abono de 142.529,56 euros de principal y 22.804,73 euros de IVA por la transacción alcanzada con la Excm. Diputación Provincial, a fin de incluir en el sistema de compensación los terrenos del tramo de la carretera GR-SE16, conocida como de "Las Conejeras", que no habían sido tenidos en cuenta al delimitar el ámbito de actuación, desistiendo la Diputación del Procedimiento Ordinario que había entablado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Granada.-

Estos gastos no fueron trasladados, por razones que no se han podido precisar durante el juicio, a la cuenta de liquidación provisional del Sistema de Compensación aprobada en su día por el Ayuntamiento.-

Área Sur ha pasado a denominarse en la actualidad Taler Real Estate S.L., teniendo su sede en Granada, calle Paseo Laguna de Cameros, lugar donde está ubicado el Centro Comercial Serrallo Plaza.-

### **Quinto.**

Una vez subrogada Área Sur en los Convenios para la Gestión y Urbanización de los terrenos de la UE-1 y el SGEL 11, antes de abordar la empresa las tareas de Urbanización del suelo se constató que la orografía de los terrenos destinados al Sistema General no facilitaba el destino al "libre disfrute" de los ciudadanos que había previsto el Plan General, porque una parte de los 33.326 metros cuadrados asignados estaban ubicados en la pronunciada pendiente de un montículo que ocupaba gran parte de la superficie, y la porción de terreno no afectada por el desnivel era una franja alargada de suelo, situada entre el talud de la zona de seguridad del tramo de la autovía A-392 y lo que, una vez finalizada su construcción, habría de ser la fachada posterior del centro comercial que la mencionada empresa pretendía edificar en la UE-1.-

Para aprovechar la mayor parte posible del terreno demanial y destinarlo al disfrute público, el Ayuntamiento contempló la posibilidad de construir sobre 14.000 metros cuadrados, de los 33.326 metros que contaba el SGEL, un parque de atracciones infantil en régimen de concesión administrativa por un plazo de veinte años, incoándose a tales efectos el expediente nº 11.340/2005 del Servicio de Gestión y Planeamiento, adscrito a la Gerencia de Urbanismo y Obras Municipales.-

Las cláusulas que debían regir la concesión las redactó el acusado Tomás, Jefe del mencionado Servicio, siendo aprobadas por la Comisión Ejecutiva de la mencionada Gerencia a cuyo frente estaba D. Víctor Manuel.-

Para la adjudicación de la concesión se tramitó un concurso público por procedimiento abierto al que concurrió Área Sur, que incluyó en su oferta un anteproyecto de "parque infantil" elaborado por el ingeniero D. Adriano, en el que figuraban seis atracciones, entre ellas una montaña rusa, tal y como exigía el pliego de cláusulas administrativas.- El concurso quedó desierto, según acuerdo adoptado por la Comisión Ejecutiva de 17 de enero de 2006, por no ajustarse al pliego las ofertas recibidas.- Se inició entonces un procedimiento negociado sin publicidad al que concurrieron tres empresas, adjudicándose la concesión, por un canon anual de 12.100 euros, a Área Sur, según acuerdo de la mencionada Comisión de 18 de julio de 2006.-

A partir de la adjudicación, Área Sur sumó a la condición de propietaria y urbanizadora de la UE-1, y urbanizadora del SGEL-11, la de concesionaria del parque de atracciones infantil a construir en los terrenos de Sistema General, que iba a explotar la empresa durante veinte años. -

### **Sexto.**

La estipulación primera del pliego de cláusulas administrativas, indicaba que el "objeto" de la Concesión era la construcción y explotación de un "parque de atracciones infantil", con el se pretendía materializar "un complejo para el ocio familiar, posibilitando un lugar de disfrute para padres e hijos, sin que pudiera limitarse la entrada a ningún ciudadano". A esos fines indicados, la concesión destinaba, según se dijo, 14.000 metros cuadrados de los 33.326 de la superficie total del Sistema General, terreno este último que habría de ser el "total" afectado por el servicio público. - El adjudicatario, además, tenía que vallar el terreno en su totalidad para proteger las seis atracciones que, como mínimo, debía de instalar en el "parque infantil" entre las que el pliego mencionaba una "montaña rusa".

Con arreglo a esta cláusula primera, el SGEL-11 mantendría en todo momento la "condición de espacio libre y, por lo tanto, la condición de bien demanial derivada de su calificación urbanística".- Por esta razón no se autorizaba a la concesionaria a limitar la entrada de los ciudadanos al SGEL, pero el Ayuntamiento sí podría determinar el horario de cierre del "parque" en función de las condiciones que considerase oportunas, de manera

justificada, bien por la época del año o por la celebración de determinados eventos".- No obstante, en la estipulación 17ª se fijaba un horario de apertura del "parque de atracciones infantil" de 10 a 22 horas, incluidos los festivos.- Se preveía, asimismo, que el plazo de ejecución de las obras fuera el de veinte meses desde la adjudicación de la concesión, que tendría una duración de veinte años a contar desde la recepción de las obras por parte del Ayuntamiento.-

Además, sin mayor especificación sobre el lugar donde habrían de ubicarse, se establecía que 14.000 metros cuadrados del SGEL estarían destinados a "zonas verdes", con jardín de estancia y tránsito peatonal, caminos de paseo, zona de esparcimiento y juegos, y pantallas vegetales de aislamiento de ruidos.- La construcción y el mantenimiento de esos elementos, al igual que el parque infantil, correría por cuenta de la adjudicataria.- El resto de la superficie destinada (sic) del Sistema General sería urbanizada por la Junta de Compensación, en cumplimiento del Convenio de 18 de abril de 2002, novado el 15 de octubre de 2004.-

Como justificación normativa de la Concesión, en la repetida cláusula primera se transcribió el segundo párrafo del ordinal 2º del art. 6.1.19 del PGOU, según el cual, en los Sistemas Generales de Espacios Libres "de uso pormenorizado parque se admitirá la implantación de usos de equipamiento comunitario, deportivos o de servicios de interés público y social, en instalaciones cubiertas o descubiertas, o usos terciarios comerciales de apoyo, en régimen de concesión administrativa, hasta una ocupación máxima del dos por ciento (2%) de la superficie total del parque.- En este caso, las edificaciones no podrán superar las dos (2) plantas de altura".-

En la cláusula 10ª se establecía que la ejecución del contrato se realizaría a riesgo y ventura del contratista, salvo en los casos de fuerza mayor admitidos por la legislación aplicable, y en las normas complementarias se autorizaba al concesionario a efectuar, a su costa, las modificaciones que considerase convenientes, contando con la autorización del Ayuntamiento.-

### **Séptimo.**

Al introducirse una concesión administrativa sobre los terrenos que ocupaba el SGEL-11, la construcción del "parque infantil" y las "zonas verdes" que habrían de ubicarse en su superficie quedó vinculada a la realización de las obras de urbanización del propio Sistema General que, a su vez, tenían que supeditarse a las de urbanización de la UE-1, según estipulaba el Convenio de 2002 y su posterior novación.- Por esta razón, aunque el pliego de cláusulas administrativas establecía que las obras habrían de realizarse en el plazo de veinte meses desde la adjudicación, la ejecución material del "parque" y de las "zonas verdes" tuvieron que adaptarse temporalmente a las de urbanización de la Unidad y del SGEL.-

El 14 de noviembre de 2006, Área Sur presentó un primer anteproyecto de parque, que se incorporó al expediente nº 11.340/2005 del Servicio de Gestión de la Gerencia de Urbanismo, cuyo Director Técnico, desde el 12 de septiembre de 2006, era D. Victor Manuel.- De ese anteproyecto se dio traslado al Servicio de Obras Municipales en el mes de enero de 2007.-

El 26 mayo de 2008, D. Casiano, actuando en nombre de Área Sur, presentó para su aprobación en la Gerencia de Urbanismo y Obras Municipales un proyecto de "urbanización del SGEL-11 del PP T-2" redactado por el Arquitecto Sr. Dimas, que dio lugar a la incoación del expediente nº 8.637/2008 en el Servicio de Ejecución Urbanística de la Subdirección de Planeamiento y Gestión, adscrito a la mencionada Gerencia de Urbanismo.-

En ese proyecto del Sr. Dimas se incluían nuevas atracciones que no estaban contempladas en el anteproyecto del Sr. Adriano, añadiéndose al conjunto una pista de "patinaje sobre hielo" y figurando, además, varias "dependencias de servicio" ubicadas bajo rasante, aprovechando el desnivel original de las plataformas del terreno.- Esas "dependencias" contaban con una superficie total edificada de 502,57 metros cuadrados, contabilizados aparte del terreno que deberían de ocupar las atracciones del parque.-

Al advertir el Sr. Ricardo, Técnico del Servicio de Ejecución Urbanística, que en el proyecto del Sr. Dimas "la ordenación del vial de conexión proyectado para la UE-1 invadía los límites del ámbito del suelo del SGEL", solicitó a la Subdirección de Obras Municipales que se pronunciara sobre tal extremo, mostrando su conformidad con la propuesta el Sr. Sixto, Jefe del indicado Servicio.- En el Departamento de Obras Privadas de la Subdirección de Obras Municipales, cuyo Director era el acusado Sr. Carlos Miguel, se incoó al efecto el expediente nº 675/2008, bajo el título "Proyecto de Urbanización del SGEL-11 del PP T-2".- Materialmente, además de la urbanización del Sistema General, entre lo proyectado allí se incluían todas las obras a acometer en el ámbito de la concesión administrativa, tanto las que debían de ejecutarse en el "parque infantil" como las correspondientes a las "zonas verdes".- El Sr. Carlos Miguel emitió informe sobre el proyecto del Sr. Dimas el 27 de septiembre de 2008, advirtiendo de las deficiencias técnicas que, a su juicio, presentaba el mismo, y señalando las que habrían de subsanarse antes de su aprobación.-

En los meses de febrero y mayo de 2009 se redactaron dos nuevos proyectos de "urbanización del SGEL 11", que no alteraban en lo sustancial las previsiones del proyecto de mayo de 2008 que, repetimos, incluía la "pista de patinaje" y las "dependencias de servicio bajo rasante", estas últimas con un total de 502,57 metros cuadrados de edificación.- En fecha 8 de octubre de 2009, el Sr. Ricardo informó en el expediente 8.637/2008, de Ejecución Urbanística, sobre las modificaciones introducidas en el proyecto inicial, proponiendo el inicio del procedimiento para

la aprobación del "proyecto de urbanización del SGEL-11 del PP T-2".- En marzo de 2010 se presentó un nuevo proyecto que no alteraba las indicadas previsiones.- El 30 de abril de 2010, el Sr. Carlos Miguel informó favorablemente el "Proyecto de Urbanización" por cumplir los requisitos exigidos para su aprobación, estando ya en condiciones de elevarse a la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo.- El informe del Sr. Carlos Miguel contaba con el visto bueno del acusado Victorio, Director de Obras Municipales.-

La Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo y Obras de 4 de mayo de 2010, siendo Director (Gerente) de Urbanismo el Sr. Victor Manuel que estaba presente en la reunión, autorizó las "obras de urbanización del SGEL-11" con arreglo al proyecto elaborado por el Sr. Dimas, que incluía "dependencias de servicio" del parque, concretadas ahora en un quiosco de información, otro destinado a bar y un tercer "pabellón" sin uso específico asignado, con un total de 509,2 metros cuadrados a construir.- Entre las atracciones figuraba una pista de patinaje sobre hielo, que sustituía la "montaña rusa" exigida por el pliego de cláusulas.- El texto refundido del proyecto se presentó a aprobación el 7 de junio de 2011, extendiéndose acta de comprobación del replanteo de las obras el día 9 de junio siguiente.-

Durante el período de ejecución de las obras, Área Sur solicitó efectuar varias modificaciones a su costa respecto al proyecto aprobado, según autorizaba el pliego de condiciones de la Concesión.- La primera, en el mes de septiembre de 2011, en la que se planteaba sustituir las "dependencias de servicio" por un único establecimiento destinado a restauración, con una superficie de 570 metros cuadrados, destinándose "el resto", hasta los 666,5 metros cuadrados de edificabilidad autorizados por el PGOU a aseos, quiosco de venta de entradas e instalaciones varias, creando un paseo perimetral que permitiese el acceso al centro comercial desde los terrenos de la Concesión.- La segunda, en el mes de noviembre de 2011, en la que se sustituían de nuevo las "dependencias" del proyecto original por un "pabellón" dedicado a "restauración" de 415 metros cuadrados, otro destinado a bar de 168 metros cuadrados, y una cabaña para aseos públicos, información y venta de entradas de 40 metros cuadrados, cambiándose todas las atracciones originales por un "parque de aventura" con diferentes juegos y niveles de dificultad.-

Las modificaciones se aprobaron por la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo celebrada el 20 de diciembre de 2011, presidida por la Sra. Adela, a la que no acudieron los Sres. Victorio y Tomás, sin que los demás asistentes, entre ellos el Director de Urbanismo, D. Victor Manuel, formularan objeción alguna a las mismas, acordándose que si el Concesionario pretendiera cambiar alguna atracción debería justificarlo mediante un análisis comparativo de unas y otras, solicitándole, asimismo, la presentación de un anexo específico y completo que describiese suficientemente la ejecución de las nuevas estructuras auxiliares y de las "edificaciones de servicio".-

El 19 de enero de 2012 Área Sur presentó un nuevo proyecto, en el que la superficie total ocupada por las dependencias "de servicio" era de 666,52 metros cuadrados, distribuida en dos "pabellones" señalados con los números I y II, a los que no se había dado uso todavía, y un tercer edificio de menor extensión.-

En febrero de 2012, la mercantil presentó un último proyecto en el que se describían con precisión las atracciones que pretendía instalar en el "parque", consistentes en una pista de patinaje, unas "sillas voladoras" y cuatro recorridos integrados en un parque "multiaventura", atracciones que permitían un uso más práctico, "ya que las previstas en el anteproyecto de 2005 habían quedado desfasadas".- Se mantenían en el nuevo proyecto dos de las "dependencias" de servicio, modificándose la tercera, apareciendo ahora en su lugar una instalación destinada al control de acceso a los recorridos y otra para ubicar la compactadora de residuos.- El 15 de marzo de 2012, el Sr. Carlos Miguel informó favorablemente la nueva documentación y propuso su aprobación a la Comisión Ejecutiva, quedando supeditada a la obtención de las preceptivas licencias de apertura y a la fijación de un horario que regulase el acceso al recinto vallado.-

Las modificaciones en cuestión se aprobaron en la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo de 20 de marzo de 2012, a la que no consta que acudiese el Sr. Victor Manuel.-

### **Octavo.**

En el mes de junio de 2012, una vez terminados los trabajos de la Concesión, la empresa constructora redactó la documentación final de obra en la que se recogían las modificaciones introducidas respecto al proyecto original, incluyéndose las instalaciones del circuito multiaventura, la pista de patinaje, el paseo perimetral hasta el centro comercial y las citadas edificaciones, salvo la destinada a compactar residuos.-

El 21 de junio de 2012, funcionarios del Servicio de Obras Privadas de la Dirección Técnica de Obras Municipales, entre ellos el Sr. Carlos Miguel, levantaron acta, en el expediente 675/2008, de las llevadas a cabo por cuenta de la mercantil Area Sur en el SGEL-11, haciendo constar que los edificios "contenedores de actividades complementarias o auxiliares" no estaban en uso en ese momento; que la pista de patinaje "estaba al aire libre"; que la superficie de los "pabellones" se ajustaba al 2% de la edificabilidad a que hacía referencia el pliego de cláusulas de la concesión, y que toda la extensión del Parque estaba abierta al público, a excepción de un terreno acotado por una valla ligera de alambre que constituía el lugar de acceso al circuito multiaventura, delimitado de esa manera por razones de seguridad.-



El 13 de Julio de 2012 se extendió un segundo documento de comprobación de obras complementarias efectuadas en los terrenos destinadas a la integración en el proceso urbanizador de la carretera conocida como de "las Conejeras", no incluida en el proyecto original.- El acta definitiva fue suscrita por los Sres. Victorio, Roque, adjunto a la Subdirección de Instalaciones, Carlos Miguel y Severino.- Por la Dirección de las obras, acometidas por la mercantil Fontdeis S.L., cuya legal representante era una hermana del acusado Sr. Severino, firmaron los Sres. Dimas y Juan Manuel, haciéndolo también la Sra. Paula, del área de Seguridad y Salud del Ayuntamiento.-

El Consistorio recibió formalmente las obras el 26 de julio de 2012, enviándose copia del acta de recepción al Servicio de Ejecución Urbanística de la Subdirección de Gestión el día 30 de julio.- La recepción de las obras y la cesión al Ayuntamiento se aprobó en la Ponencia Técnica de 13 de septiembre siguiente.-

Advertidos determinados cambios en las obras recibidas por el Ingeniero Técnico Forestal, Sr. Eliseo, el 17 de enero de 2013 el Sr. Carlos Miguel comunicó a la Dirección General de Licencias que había constancia de la construcción de un circuito para la circulación de vehículos que "invadía los paseos peatonales de los espacios libres destinados al disfrute de los ciudadanos, para dar un uso privado al servicio de los negocios del centro comercial y anexos al mismo", lo que motivó que en el Área de Licencias se iniciara el correspondiente expediente y se requiriera a la empresa para la subsanación.- El 25 de ese mes de enero, al advertir el Servicio de Obras Privadas que el promotor no había iniciado las obras de plantación y adecuación de la carretera de "Las Conejeras", los Sres Victorio y Carlos Miguel propusieron a la Concejala que se requiriera al Concesionario para que las acometiera, con apercibimiento de ejecución de los avales depositados en garantía de esa obligación.- El 20 de febrero siguiente se comprobó que Área Sur había solicitado licencia para el trasplante de árboles en ese lugar, pero no para el tapado de los alcorques, instándose a la propiedad para que regularizase la situación.- Comoquiera que Área Sur no atendía al requerimiento, el acusado Sr. Victorio informó de la necesidad de iniciar el trámite de la ejecución de avales por la cantidad en la que se habían presupuestado los trabajos.- El 24 de septiembre de 2013, al no haberse subsanado las deficiencias advertidas, los acusados Victorio y Carlos Miguel informaron de la necesidad de denegar la devolución de los avales mientras no se efectuaran las obras necesarias en el plazo de un mes.- El 19 de diciembre, observándose deficiencias, se solicitó de nuevo a la promotora que las subsanase con apercibimiento de que se procedería a la ejecución de avales.-

En los Departamentos correspondientes se abrieron, igualmente, otros expedientes a la concesionaria por usar una zona del SGEL como aparcamiento de servicio de la "Sala de Fiestas", por instalar mobiliario de terraza en una zona anexa, y por mantener cerradas las puertas de acceso al "parque urbano", requiriéndole para que se atuviese a las cláusulas del pliego sobre la superficie ocupable, y los usos y horarios del parque, siendo sancionados los incumplimientos con arreglo a las normas correspondientes.-

### **Noveno.**

Antes de lo narrado en los dos números anteriores, el día 5 de marzo de 2012, el acusado Sr. Severino había presentado en el Departamento de Gestión Unificada de Licencias, a cuyo frente estaba el acusado Tomás, las siguientes solicitudes relacionadas con las "dependencias de apoyo" al parque construido en el SGEL11:

a) en representación de 683 UPPER CLUB S.L., empresa constituida el 14 de febrero anterior, que se titulaba "arrendataria del local", la solicitud de licencia para desarrollar la "actividad" de "restaurante y sala de fiestas" en un "establecimiento" sito en el Paseo Laguna de los Cameros, todavía "sin edificar".- El Sr. Severino sabía que el art. 6.1.19.2 del PGOU de Granada, precepto permitía otorgar concesiones sobre la superficie del SGEL-11 con uso pormenorizado parque urbano, sólo admitía la implantación de usos comerciales terciarios de apoyo al parque, incoándose en el Área de Medio Ambiente el expediente nº 2.326/2012.- El 30 de marzo de 2012, el Sr. Casiano, actuando en representación de Área Sur, presentó un escrito firmado por los cinco administradores mancomunados de 683 UPPER CLUB S.L. por el que se desistía de la actividad de "restaurante", quedando circunscrita la solicitud a la de "Sala de Fiestas".-

Esa licencia, que ya solo autorizaba la "instalación" de esta segunda actividad, fue concedida por la acusada Doña Adela por Decreto de 13 de junio de 2012.- El Decreto en cuestión contaba con el informe favorable del Responsable de Apoyo Jurídico de Medio Ambiente, Sr. Esteban, no figurando en ese informe objeción alguna al otorgamiento de la licencia en cuestión pese al lugar en el que iba a desarrollarse la actividad, no habiéndose acreditado debidamente que la referida Sra. Adela tuviese conocimiento de que la Sala de Fiestas estaba enclavada en un sistema general de espacios libres.- La expresada licencia "prohibía" el inicio de la actividad "hasta la obtención de la de "apertura y funcionamiento" del local, licencia esta que otorgó la propia Concejala por Decreto de 20 de noviembre de 2012 tramitado en el expediente nº 7.058/1012 del Área de Medio Ambiente, en las circunstancias que más adelante se concretarán.-

La mercantil 683 UPPER CLUB S.L. estaba formada por los Sres. Severino, Juan, Leon, Leopoldo y Nicolas, todos ellos designados como administradores mancomunados.- El Sr. Severino suscribió con la sociedad un contrato de arrendamiento de local de negocio dedicado a Hostelería a desarrollar en el lugar sito en el Paseo Laguna de Cameros, por una renta de 5.000 euros mensuales, pero lo hizo el día 1 de noviembre de 2012, concedida ya la

licencia de actividad y antes de la obtención de la de apertura y funcionamiento.- Por auto de 5 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, que ponía fin al concurso voluntario instado por la mercantil, se declaró la extinción de la mencionada 683 UPPER CLUB S.L.-

b) En igual nombre y representación, el Sr. Severino presentó ese mismo día 5 de marzo de 2012 la solicitud de licencia de "obra menor" para la adaptación del local citado a "sala de fiestas, con café, bar, restaurante", conociendo, según se dijo, que el PGOU no admitía otros usos en el SGEL que los terciarios comerciales que fuesen de "apoyo" al parque urbano y que la licencia que se otorgase para adaptar el local a otro tipo de usos contravendría el Plan General, incoándose el expediente nº 2.875/2012, concediendo la acusada Adela licencia al efecto por Decreto de 13 de septiembre de 2012 que contaba con previo informe favorable del acusado Sr. Tomás, Director General de Licencias, en circunstancias que, también, se detallarán más adelante. -

c) En representación de la empresa Multiaventura Serrallo Plaza S.L., el Sr. Severino solicitó una tercera licencia para desarrollar la actividad de "cafetería y bar con cocina" en el segundo de los locales proyectados en la Concesión, anexo a la pista de patinaje y también sin construir, incoándose el expediente nº 2.327/12, otorgándose licencia por la Concejal Delegada el 18 de diciembre de 2012.-

d) También en representación de Multiaventura Serrallo Plaza, solicitó la de "obra menor" para la adecuación del mencionado local a "café-bar con cocina", incoándose el expediente nº 2.879/2012, en el que el Sr. Tomás emitió informe el 23 de agosto de 2012 sobre la compatibilidad del uso de restauración con el planeamiento aplicable, no constando que se hubiese concedido licencia alguna, y llevándose a cabo, no obstante, las mencionadas obras de adecuación.-

e) Por último, en fecha no precisada, Área Sur solicitó licencia de "obra menor" para la instalación de una cubierta textil "retirable" en la pista de patinaje, incoándose el expediente nº 8090/2013, siendo concedida licencia por la referida Concejal el 27 de septiembre de 2013, exigiéndose al solicitante la prestación de aval en garantía de la retirada de la cubierta a requerimiento del Ayuntamiento.-

#### **Décimo.**

El 28 de junio de 2012, la Junta de Gobierno Local "en ejecución del Acuerdo del Pleno de 30 de marzo de 2012 por el que se creaban determinados puestos directivos", de forma provisional, resolvió nombrar a D. Jose Manuel, Coordinador General de Urbanismo, Obras y Licencias; a D. Tomás, Director General de Licencias; y a D. Victor Manuel, hasta entonces Director de la Gerencia de Urbanismo, Director General de Urbanismo, teniendo efectos los nombramientos desde el día 1 de julio de 2012.-

Al frente del Área de Urbanismo y Obras del Ayuntamiento figuraba la Concejal acusada, Sra. Adela, en quien el acusado Sr. Valentín, Sr. Alcalde de Granada, tenía delegadas las competencias en la materia por Decreto de 18 de junio de 2007, renovado el 17 de marzo de 2008.- El acusado Sr. Jose Manuel pasaba a ser, a partir del 1 de julio de 2012, Coordinador de las tres Direcciones integradas en el área, la Dirección Técnica de Obras Municipales, que seguiría a cargo del acusado Sr. Victorio; la General de Licencias, dirigida por el acusado Sr. Tomás; y la General de Urbanismo, a cargo del Sr. Victor Manuel, que era el anterior Director de Urbanismo.-

DECIMOPRIMERO.- El día 4 de julio de 2012, el Sr. Severino remitió un correo electrónico a la Concejal de Urbanismo, Sra. Adela informándole que al ir a "retirar la licencia de actividad" para los dos edificios construidos en el SGEL-11 habían surgido dos problemas relacionados con el "restaurante con posibilidad de hacer eventos, cuya nomenclatura en el PGOU", decía el Sr. Severino en su correo, es "nos guste más o menos, el de Sala de Fiestas", uso este que, continuaba, "te permite un horario hasta las 7 de la mañana, lo cuál garantiza su rentabilidad".- El primero de esos problemas consistiría en la "preocupación social" sobre como afectaría ese tipo de actividad al vecindario, y el segundo al "horario de la concesión", que la cláusula 17ª del pliego de cláusulas establecía que habría de ser de las 10 a las 22 horas, solicitando el Sr. Severino la ampliación del mismo "en base a restablecer el equilibrio económico de la concesión", y proponiendo que por razones de "interés público" se aprobara la instalación de la Sala de Fiestas "determinando que el horario de apertura del parque infantil sea el de 10 a 22 horas y el del resto de instalaciones terciarias de apoyo sea el que determine el Centro Comercial,debiendo tener su acceso a partir de dicha hora por el propio centro comercial".-

El 7 de julio de 2012, la Sra. Adela respondió al correo del Sr. Severino diciéndole que "el pliego (de la concesión) lo que permite son usos terciarios de apoyo al parque" con el mismo horario, y que en los demás parques de Granada se hacía "una interpretación amplia de los usos terciarios de apoyo, permitiendo, además de tiendas, también kioscos incluso restaurantes".- Sostenía la Sra. Concejal en su comunicación que no habría inconveniente en modificar el contrato de concesión administrativa, ampliando en dos o tres horas más el horario....porque es muy "restrictivo", pero advirtiéndole al Sr. Severino que "no es viable el uso privativo de un parque de dominio público ya cerrado con accesos desde un centro comercial privado".-

El 20 de julio de 2012, el acusado Victoriano, presentó un escrito al Ayuntamiento ante las "dudas" que, según decía aquél, suscitaba el pliego de cláusulas de la concesión.- Después de hacer en el documento una serie de consideraciones sobre el uso que podría darse a las "instalaciones terciarias de apoyo" previstas "en el pliego de cláusulas de la Concesión, solicitaba del Consistorio, textualmente, "la matización o interpretación del pliego de

condiciones del concurso en lo relativo a los horarios de funcionamiento de las distintas actividades, en los términos antes expresados o, en su defecto, caso de no admitirse la interpretación de la concesionaria, la modificación de las correspondientes cláusulas del pliego, a fin de posibilitar diferentes horarios dentro de la concesión, en función de las actividades y usos a desarrollar, a fin de garantizar la viabilidad económica de la concesión y el equilibrio económico de las partes".- El Sr. Severino, con ánimo de obtener un acuerdo municipal favorable a sus intereses y eludir lo dispuesto en el art. 6.1.19.2 del PGOU, no hacía mención en su solicitud a que una de las actividades que pretendía implantar en el SGEL era la de Sala de Fiestas, ni a que la entrada al local en el que se iba a desarrollar esa actividad se debería realizar, una vez cerrado el parque urbano, por el Centro Comercial propiedad de Area Sur, lo que suponía que, a partir del cierre del parque urbano, la entrada al local se llevaría a cabo por el mencionado Centro Comercial, restringiendo de esa manera el acceso del público al Sistema General.-

Para dar respuesta a esa solicitud, que fue incorporada al expediente nº 11.340/2005 de la Subdirección de Gestión, el acusado Jose Manuel, ya Coordinador de las tres Areas de Urbanismo, con el visto bueno de la Concejala Delegada, redactó el 23 de julio de 2012 una propuesta del acuerdo a adoptar en la Junta de Gobierno Local que se iba a celebrar el día 26 de ese mes, a fin de la "aclaración sobre el régimen de horarios y usos de las instalaciones terciarias de apoyo previstas en el pliego".- En su informe, decía el Sr. Jose Manuel que "el concesionario, en uso de las posibilidades que le da el pliego de cláusulas va a realizar instalaciones de apoyo, que son en todo caso complementarias del uso común del parque en los términos del informe de usos realizado por los Servicios de la Dirección Técnica de Obras el 27 de junio de 2012", citando a esos efectos el art. 28 de la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, que admite los "usos compatibles" con el "uso general o la prestación de servicios públicos", y el art. 59 del Texto Refundido de la LCAP, aplicable este, según el Sr. Coordinador, conforme a la DT del Texto Refundido de la LCSP, que atribuye a la Administración la prerrogativa de interpretar los contratos y resolver sus dudas.- Tras hacer mención a que "la Ordenanza Municipal reguladora de la convivencia establecía que el Ayuntamiento, mediante el acto administrativo correspondiente, podrá fijar horario de autorización municipal de apertura y cierre de los diferentes parques y jardines de la ciudad, que deberá ser respetado por toda la ciudadanía", el Sr. Jose Manuel sostenía que "el Reglamento de Funcionamiento y Explotación de la Concesión que el adjudicatario debe presentar, en la medida en que asume la seguridad y vigilancia del parque, concretará el horario de apertura y cierre, respetando los condicionantes antes impuestos, en cuanto a usos complementarios y el respeto a la normativa sectorial que resulte de aplicación".-

El informe del Sr. Jose Manuel terminaba proponiendo a la Junta de Gobierno la adopción del siguiente acuerdo:

Primero, " aclarar el régimen de horarios...distinguiendo el horario de funcionamiento de las atracciones (de 10 a 22 horas) del horario de apertura y cierre del parque, el cual se ajusta al horario general de uso y disfrute del resto de espacios públicos de la ciudad"; y Segundo, "aclarar el régimen de usos de las instalaciones terciarias de apoyo previstas en los pliegos de acuerdo con el informe de la Dirección Técnica de Obras de 27 de junio de 2012, es decir aquéllos que ayuden a desarrollar las posibilidades del parque y cumplir mejor su fin, por lo que se entiende como apoyo los usos de kioscos y zonas de restauración".-

El informe de la Dirección de Obras de 27 de junio de 2012 al que aludía el Sr. Jose Manuel, lo había redactado el Sr. Victorio a requerimiento de la Subdirección de Edificación, que debía, a su vez, informar sobre las licencias de "obra menor" solicitadas por el Sr. Severino para adecuar los pabellones I y II a que antes se hizo referencia, estando pendientes de resolución los expedientes nº 2879 y 2875/2012 en este segundo servicio municipal.

El Sr. Victorio decía en su informe, textualmente, que "el uso permitido por el planeamiento de terciario comercial de apoyo debe ser el que mejor ayude a desarrollar las posibilidades del Parque y cumplir mejor su fin, por lo que se entiende como apoyo los usos de Kioscos y zona de Restauración a nivel de Parque, pero no de Sala de Fiestas que no es de apoyo a un Parque Público. Al mismo tiempo hay que tener en cuenta que los usos a implantar se ven limitados por el Pliego de Cláusulas Administrativas de la Concesión, que es el que establece el horario de apertura y cierre del Parque, circunstancia que acota los posibles usos de apoyo a implantar. (...) Esta limitación de horario en el cierre del Parque a las 22 horas, imposibilita cualquier uso de apoyo que no sea compatible con el mismo, por lo que en principio deben limitarse los usos a los antes enumerados, o tramitar una Modificación del Pliego y posibilitar posibles horarios y usos compatibles".-

El repetido Acuerdo, propuesto por el Coordinador del Área de Urbanismo, fue aprobado por la Junta de Gobierno Local celebrada el 26 de julio de 2012 con los votos favorables de los acusados Valentín, Alcalde, Adela, Concejala delegada de urbanismo, y de los Concejales Sres. Pascual, Teodoro, Adolfinia, Segismundo, Miguel, Mario, Prudencio y Aida, habiéndose retirado las acusaciones que pesaban contra los ocho últimos por la emisión de su voto al finalizar la prueba practicada en el juicio oral.- No se ha acreditado que el acusado Romulo, que asistió a la Junta en su calidad de Interventor Municipal, sin tener derecho a voto, conociese las vicisitudes relacionadas con el Acuerdo en cuestión, no estando, tampoco, entre sus obligaciones la de emitir informe sobre la propuesta del Sr. Jose Manuel, ni la de fiscalizar los términos en los que estaba redactada.-

DECIMOSEGUNDO.- El 13 de septiembre de 2012, el acusado Tomás, Director General de Licencias desde el día 1 de julio de ese año, tras tener conocimiento del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, emitió el informe que debía efectuar en el expediente de "obra menor" nº 2.875/2012 para la adaptación del local sito en el "Camino de las Conejeras" a "Sala de Fiestas con café, bar, restaurante".-

El Sr. Tomás había redactado personalmente el pliego de cláusulas administrativas de la concesión y sabía, por tanto, que el SGEL-11 era un bien demanial que no perdía su condición por establecerse una concesión sobre su superficie.- El art. 6.1.19 del PGOU, que el Sr Tomás transcribió en la primera de las cláusulas, permitía establecer concesiones administrativas sobre la superficie del SGEL pero, sin embargo, no admitía en los Sistemas Generales con "uso pormenorizado de parque" se implantaran otros "usos" que no fueran los de equipamiento comunitario deportivos, o de servicios de interés público y social, en instalaciones cubiertas o descubiertas, o "usos terciarios comerciales de apoyo".- Pese a esto, con el propósito de eludir el contenido de esta disposición del Plan General y que el Sr. Severino pudiera implantar la Sala de Fiestas, el Sr. Tomás sostuvo en su informe que las obras que se solicitaban, consistían en "la adecuación del local para Sala de Fiestas con café bar restaurante", y que el pliego de "condiciones de la Concesión establecía que antes de comenzar a funcionar el servicio, la empresa adjudicataria deberá presentar un proyecto de explotación con detalles de la forma concreta de prestación del servicio, con especificaciones de las zonas destinadas a los diferentes usos, operaciones de mantenimiento y de seguridad a aplicar.- Afirmaba el Sr. Tomás que, con independencia de la afirmación del informe del Sr. Victorio de 27 de junio de 2012 acerca de que la Sala de Fiestas no era susceptible de autorización porque no apoyaba era una actividad de apoyo a un parque público, "la "dificultad para la autorización del uso de Sala de Fiestas en el parque se deriva del contenido de la propia concesión y el régimen de horario de apertura que condiciona ese uso", y que la cuestión del horario había sido resuelta por el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 26 de julio de 2012.- Por otra parte, decía el Sr. Tomás, que tampoco existían incompatibilidades desde "el punto de vista urbanístico para ubicar la Sala de Fiestas, ya que el PGOU sólo reconoce un uso pormenorizado que engloba, simultáneamente, restauración, espectáculos, etc.- El art. 6.2.15 de la normativa del PGOU (define) el uso de espectáculos o centro de reunión como aquél uso de la edificación correspondiente a actividades de carácter lucrativo, destinadas a la espectáculos de concurrencia pública o correspondientes a actividades propias de la hostelería"

(restauración, bares, cafeterías, restaurantes, etc.)".-

Con arreglo a esto, el Sr. Tomás concluía, desviadamente, que si desde el punto de vista urbanístico era "autorizable" el uso de "restaurante", también lo era "el de Sala de Fiestas" con independencia de la aplicación, en cada caso, de la norma de aplicación sectorial".-

En base a este informe del Director General de Licencias, la Sra. Adela, que dos meses antes había informado al Sr. Severino que en el parque urbano solo podría permitirse la instalación de kioscos o zonas de restauración, esto último porque "así se venía haciendo en el resto de parques de la ciudad", teniendo conocimiento del informe del Sr. Victorio y de que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio sólo autorizaba la instalación en el parque urbano de kioscos o restaurantes, con abuso de las funciones de su cargo e ignorando lo dispuesto en las normas de planeamiento, dictó Decreto el mismo día 13 de septiembre de 2012 en el que emitió su informe el Sr. Tomás, concediendo licencia de "obra menor" para acondicionar el pabellón I a Sala de Fiestas.-

El 20 de noviembre de 2012 la Sra. Adela, con abuso de las funciones de su cargo, dictó un Decreto en el expediente nº 7.058/2012 del Área de Medioambiente, por el que se otorgaba licencia municipal de apertura y funcionamiento, solicitada por 683 UPPER CLUB S.L., para la actividad sita en el Camino de las Conejeras 4 (parque de atracciones Serrallo Plaza), sin que conste que el Sr. Severino, ni otra persona de la mercantil mencionada, hubiese presentado Reglamento alguno de funcionamiento y explotación de la Concesión, ni concretado horario alguno de apertura y cierre de la actividad de Sala de Fiestas que respetase los "condicionantes" a que hacía referencia el informe del Sr. Jose Manuel de 23 de julio de 2012 y el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 27 de julio siguiente.- Girada visita de inspección al local por los técnicos del área de medioambiente el día 9 de noviembre de 2012 para comprobar si reunía los requisitos necesarios para el otorgamiento de la licencia, el negocio que inspeccionaron era una "discoteca".- La licencia otorgada por la Sra. Adela, a cuyo otorgamiento se había condicionado la de "actividad" de sala de Fiestas, contaba con informe favorable del responsable de apoyo jurídico del Área de Medioambiente, Sr. Esteban, y estaba precedida de un dictamen favorable de la "Ponencia Técnica de Urbanismo" firmado por el Sr. Jose Manuel y la propia Sra. Adela, en el que se hacía constar que se había examinado y debatido el asunto de conformidad con lo establecido en la legislación urbanística aplicable.- A pesar de las prevenciones que se habían establecido en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 26 de julio de 2012 sobre los horarios de la actividad, la licencia en cuestión disponía que "el horario de apertura y cierre al público será el establecido por la legislación aprobada al efecto para cada tipo de actividad" y, de esta manera, el horario en cuestión vendría ser el propio del resto de Salas de Fiestas de la ciudad.- Una vez cerrado el parque urbano, el acceso al local sólo podría llevarse a cabo desde el Centro Comercial privado, lo que contravenía el pliego de cláusulas de la Concesión en lo relativo a la no restricción de acceso al público y el régimen de funcionamiento del resto de parques de Granada.-

DECIMOTERCERO.- En otro orden de cosas, el 10 de julio de 2012, D. Casiano, en representación de Área Sur, solicitó a la Subdirección de Obras Municipales que certificase la completa ejecución de las obras de

urbanización de la UE-1 y del SGEL11 y su aceptación por parte del Ayuntamiento, sin que el Consistorio tuviese "nada que reclamar" a la mercantil.- Con esa certificación la empresa pretendía cancelar en el Registro de la Propiedad la nota de afección urbanística que gravaba la Finca nº NUM003 de la que era titular, extendida en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas para la completa ejecución del sistema.- De esa solicitud, incorporada al mencionado expediente nº 675/2008 de Obras, el acusado Sr. Carlos Miguel dio traslado, por oficio de 25 de julio siguiente, a la Subdirección de Gestión Urbanística, dependiente ya de la nueva Dirección General de Urbanismo.-

El 29 de agosto de 2012, el Jefe del Servicio de Ejecución Urbanística, D. Sixto, emitió un informe en el expediente nº 7.211/2012, abierto en el indicado Servicio con el título de "Liquidación del sistema de actuación por compensación de la Junta de Compensación del Plan Parcial PP T-2, UE-1".- En el informe en cuestión, el Sr. Sixto concluía que "para acceder a lo solicitado -por Área Sur- era precisa la liquidación del Sistema General y no solo de la UE-1", en base a lo establecido en "los proyectos de estatutos y bases de actuación aprobados por el Ayuntamiento".-

El Sr. Sixto remitió a la Concejala Delegada de Urbanismo su informe con la propuesta de que se "desestimase la solicitud de Área Sur y se requiriese a la Junta de Compensación del Plan Parcial T-2 para la elaboración de la cuenta de liquidación de la actuación en el plazo de un mes, para su posterior aprobación por el Ayuntamiento", propuesta que asumió la acusada Adela, emitiendo Decreto en tal sentido el 12 de septiembre de 2012.-

El 26 de octubre de 2012, el acusado Victorio, en su calidad de Director Técnico de Obras Municipales, dirigió escrito al Sr. Sixto informándole en relación a la petición que Área Sur, formulada ante un departamento perteneciente a esa Dirección, que en la Tesorería obraban las correspondientes cartas de pago que justificaban el cumplimiento de las obligaciones económicas del Convenio de 2002 y su novación de 2004, adjuntando certificación del Presidente de la Junta de Compensación de la UE-2 del cumplimiento de la obligación relativa al equilibrio de los gastos de urbanización de los Sistemas Locales, significando que las obras de urbanización del Sistema habían sido recibidas por el Ayuntamiento, ajustándose a los proyectos aprobados por la Comisión Ejecutiva de Urbanismo.-

El 13 de noviembre de 2012, D. Victor Manuel, Director General de Urbanismo, teniendo a la vista ese informe del Director Técnico de Obras, emitió otro en el que daba Instrucciones Generales a seguir por el Servicio de Gestión para la comprobación del cumplimiento del pago de las "obligaciones dinerarias" del Convenio, dirigiendo escrito al Sr. Sixto en el que le ordenaba, textualmente, que "con independencia del informe del Director Técnico de Obras de fecha 26 de octubre de 2012, en el que se justificaba el cumplimiento de las obligaciones por parte de la Junta de Compensación de la UE-1 del Plan Parcial PP-T2, con carácter previo a declarar cumplido el referido convenio y su novación, se ha de proceder a confirmar los pagos realizados mediante las correspondientes cartas de pago fiscalizadas por la Intervención y Tesorería Municipal".- De esta forma se "confirmaría fehacientemente el pago de la totalidad de las obligaciones contenidas en los apartados b) y c) del informe de Obras, es decir, el pago de 1.322.473 euros para Sistemas Generales y 214.443,23 euros para equilibrar los gastos de urbanización de los Sistemas Locales. Sin las referidas cartas de pago no se podrá, bajo ningún concepto, declarar cumplidas las obligaciones asumidas por la UE-1 del PP T-2 en el convenio y novación de 15 de octubre de 2004. Este será el procedimiento a seguir cuando sea solicitado el cumplimiento de obligaciones dinerarias en cualquier convenio, la justificación del pago mediante las correspondientes cartas de pago fiscalizadas por el Interventor". -

El 16 de enero de 2013 la Concejala Delegada, basándose en un nuevo informe de la Dirección de Urbanismo, emitió Decreto requiriendo a la Junta de Compensación de la UE1 para que en el plazo de un mes elaborase la cuenta de liquidación definitiva de la actuación. -

DECIMOCUARTO.- El 29 de enero de 2013, D. Victor Manuel solicitó el cese en el cargo de Director General de Urbanismo al que había accedido el 1 de julio, y su reincorporación con fecha 1 de febrero al Servicio Activo en el Ayuntamiento como funcionario de carrera con categoría de Arquitecto-subgrupo A1.- La Junta de Gobierno Local, en reunión de 1 de febrero de 2013, ratificó el Decreto del Alcalde "en funciones" por el que se aceptaba el referido cese con efectos del 31 de enero de 2013.-

Antes de estar aprobado, el mismo día 29 de enero de 2013, el Sr. Victor Manuel elaboró un nuevo informe que incorporó al expediente 7.211/12, esto es, el incoado a raíz de la solicitud de Área Sur en el Servicio de Gestión de Urbanismo bajo el título de "Liquidación del sistema de actuación por compensación", que remitió a la Concejala Delegada con antelación a presentarlo por registro general, lo que hizo el 31 de enero de 2013, siendo remitido al Coordinador del Área, el acusado Sr. Jose Manuel.-

En su informe, el Sr. Victor Manuel, tras exponer que "se había remitido a la Dirección General de Urbanismo la totalidad del expediente relativo a la liquidación del sistema de actuación por compensación del Plan Parcial T-2, UE-1", y de hacer una serie de consideraciones sobre circunstancias que nada tenían que ver con la "liquidación del sistema", concluía:

a) que "apoyándose en la concesión otorgada en el SGEL-11 con el objeto de hacer un parque de atracciones infantil se habían introducido usos y aprovechamientos no aprobados en el PGOU en ese tipo de suelo", que calificaba como un "espacio libre público-zona verde";

b) "que no se había tramitado ninguna innovación o modificación del PGOU que diera cobertura legal a una mayor ocupación del 2% de la superficie y a la implantación de usos terciarios de espectáculos/reunión";

c) que los usos "terciarios comerciales de apoyo" permitidos por el PGOU se referían a kioscos de chucherías, bebidas, etc; y

d) "que se podía apreciar que desde el Centro Comercial salía una rampa que iba directamente hasta la Sala de Fiestas/Discooteca/Restaurante y a la Pista de Patinaje conectando con otro que iba a la pista Multiaventura, y que se ocupaban espacios libres públicos con actividades de ocio propias del Centro Comercial".-

Ante la "gravedad de esas actuaciones", el ya ex-Director General de Urbanismo recomendaba "proceder de forma inmediata por la Subdirección de Gestión, perteneciente a la Dirección General de Urbanismo, a fin de que iniciase expediente en el que se dirimiesen los incumplimientos del Pliego de Disposiciones que regía el concurso de la concesión del Parque Infantil y del objeto de la misma", por "justificarse fraudulentamente en ella para ejecutar todos las ocupaciones, construcciones y usos no permitidos por el PGOU, con el gravamen de ser realizadas en un suelo considerado zona verde-espacio libre público".-

Asimismo, proponía dar traslado al Coordinador del Área, Sr. Jose Manuel "para su conocimiento y por estar dentro de sus competencias...al objeto de que proceda a dar las instrucciones precisas a la Dirección General de Licencias para que se inicien los correspondientes expedientes disciplinarios y de restauración del orden urbanístico perturbado".-

Finalmente, urgía la "utilización de todos los medios para restaurar lo realizado en contra de la ordenación del territorio y el urbanismo, exigiendo las responsabilidades...que pudieran derivarse (...), ante la gravedad de haberse ejecutado construcciones y usos prohibidos en zonas verdes-espacio(s) libres públicos del Sistema General".-

DECIMOQUINTO.- Tras recibir la Concejal-Delegada el citado informe, al día siguiente, 30 de enero de 2013, remitió oficio al Sr. Victor Manuel rogándole que "examinase los respectivos expedientes de contratación que consten en la antigua Dirección General de Servicios Generales de la extinguida Gerencia de Urbanismo, relativos a los modificados del Contrato de Concesión Administrativa" y, también, que "recabase los expedientes que puedan existir en la Dirección General de Obras sobre modificados del proyecto inicial de la Urbanización", solicitándole que, tras esas operaciones, "emitiese un informe complementario del anterior, por si el contenido de los mismos pudiese influir en sus conclusiones".-

El oficio de la Concejal fue recibido en mano por el Sr. Victor Manuel el 4 de febrero de 2013, contestando "que el día 31 de enero había cesado como Director General de Urbanismo, y el 1 de febrero había tomado posesión como Director General de Fomento y Obras Públicas de la Excm. Diputación Provincial de Granada" no teniendo, por tanto, "competencias para intervenir en expediente alguno del Excmo. Ayto. de Granada".-

El 1 de febrero de 2013, el acusado Jose Manuel, Coordinador de Urbanismo, Obras y Licencias, tras tomar conocimiento del informe del Sr. Victor Manuel, ante las dudas que se planteaban "acerca de las obras y actividades desarrolladas en el SGEL-11 adscrito al Plan Parcial T-2 del PGOU", solicitó al Director Técnico de Obras, el acusado Sr. Victorio, General de Licencias, el acusado Sr. Tomás, y la Subdirectora de Planeamiento, la acusada Herminia, que emitiesen sus informes al respecto con los siguientes resultados:

a) El acusado Victorio, el 8 de febrero de 2013, en escrito firmado también por el Arquitecto-Jefe del Servicio, Sr. Carlos Miguel, tras analizar los argumentos del informe del Sr. Victor Manuel, concluía que todas las actuaciones que se habían llevado a cabo en el Área de su competencia se ajustaban a la legalidad, cumpliendo con las modificaciones experimentadas en el proyecto, que habían sido aprobadas por el órgano competente; que la superficie edificada no superaba el 2% permitido por el PGOU; y que tras haberse suscrito el Acta de Comprobación de Obras el 21 de junio de 2012 se habían detectado "ulteriores modificaciones sobre la urbanización conducentes a la alteración de la utilización de las condiciones de utilización de ciertas partes del Parque para posibilitar la circulación y el aparcamiento no autorizado de vehículos", de lo cual se había dado parte a la Dirección General de Licencias para que adoptase las medidas oportunas.-

b) El acusado Tomás, Director de Licencias, emitió su informe el 11 de febrero de 2013, justificando haber informado favorablemente la concesión de licencia de las obras efectuadas en las construcciones existentes en el Parque, porque formaban parte del proyecto de urbanización y no requerían de "licencia", y que lo hizo "en cumplimiento de la concesión administrativa otorgada el 18 de octubre de 2005", limitándose su Servicio a la "autorización" de las obras menores interiores que había interesado la empresa UPPER CLUB S.L. para la adecuación del denominado Pabellón I a Sala de Fiestas/Café/Restaurante, que se había tramitado en el expediente 2.875/2012.- La licencia fue concedida en fecha 13 de septiembre de 2012, según se dijo, por considerarse que era autorizable el uso en cuestión.- Una segunda solicitud, también de obra menor, realizada por la mercantil Multiaventura Serrallo Plaza S.L. para adaptar el Pabellón II como Café Bar con cocina, tramitada en el expediente nº 2.879/2012, aún no se había resuelto a la fecha de emisión del mencionado informe.-

c) La acusada Herminia, emitió informe el 18 de febrero de 2013 en el que consideraba que como "usos comerciales de apoyo" al Parque debían entenderse, a la luz de la normativa que allí citaba, todas las "actividades relacionadas con el ocio, ya sean de restauración (hostelería) o sean propias de las actividades permitidas".-

Recibidos los tres oficios anteriores, el Coordinador General de Urbanismo, Sr. Jose Manuel, ponía en conocimiento de la Concejal-Delegada el 18 de febrero de 2013 que el informe del Sr. Victor Manuel de 29 de enero anterior "no había tenido en cuenta el resto de expedientes tramitados en la Gerencia Municipal de Urbanismo, en especial, los "relativos a la aprobación de los proyectos de obra en los que se concreta la Concesión y la Urbanización del SGEL-11, tramitado por la Dirección Técnica de Obras, los relativos al cumplimiento de las obligaciones de urbanización derivados del sistema, tramitados por la Subdirección de Gestión, dentro de la Dirección General de Urbanismo, así como los correspondientes a las distintas licencias de obras y actividad tramitados con ocasión de la puesta en funcionamiento de la actividad".-

Tras analizar de manera conjunta los citados expedientes, el Coordinador General informaba a la Concejal-Delegada que "en aras de una mayor claridad y sistemática de trabajo" se darían "las órdenes oportunas para que se trasladasen los acuerdos correspondientes al proyecto de urbanización para su constancia en el Expediente de Gestión, bien con copia física de los acuerdos más relevantes a efectos de garantizar mayor coherencia documental... (bien) a efectos de recoger la totalidad de modificaciones producidas y análisis de las condiciones de funcionamiento".-

No obstante todo lo anterior, el 21 de febrero de 2013 el Jefe del Servicio de Patrimonio adscrito a la Subdirección de Gestión de la Dirección General de Urbanismo, Sr. Alfredo, con el vº bº del Subdirector de Gestión, Sr. Moises, elevó otro informe al Coordinador, Sr. Jose Manuel que se incorporó al expediente nº 11.340/2005, abierto para el seguimiento de la Concesión, en el que advirtiendo que "las facultades del Servicio del que formaba parte sólo podían alcanzar a las cuestiones vinculadas estrictamente con la Concesión", tras efectuar el análisis de las cuestiones planteadas por el Sr. Victor Manuel, se proponía al Coordinador: 1º, "adoptar cuantas medidas sean necesarias para regularizar, si procede y en los términos antes expuestos, las nuevas actividades ejecutadas al amparo de la Concesión"; 2º "efectuar por los Servicios de Inspección un control y verificación de la instalación y funcionamiento de las seis instalaciones implantadas en el ecoparque...enumeradas en el Acuerdo de 20 de marzo de 2012, así como el respeto al régimen de tarifas derivado del Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 18 de enero de 2006; y 3º, dar traslado a las Direcciones de Obras Municipales y de Licencias para su conocimiento y efectos".- De estas tres propuestas la Concejalía de Urbanismo sólo consta que se llevó a cabo la última de las mencionadas.-

El 24 de mayo de 2013, el Ayuntamiento de Granada aprobó unas nuevas Ordenanzas Municipales de la Edificación, que contaban con informe de propuesta de la Sra. Asesora Jurídica, conformado por el Coordinador de Urbanismo, Sr. Jose Manuel, Ordenanzas que fueron anuladas por sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Granada, de 22 de febrero de 2017.- La resolución del Tribunal declaró que las Ordenanzas aprobadas suponen una "extralimitación competencial por parte del municipio", en tanto que el Ayuntamiento venía a derogar con ellas parte del PGOU de Granada, norma de rango superior, afectando la derogación al art. 6.2.3 del Plan General, que hace referencia a las "Condiciones comunes a los usos de la edificación", y al título séptimo referido a la "Regulación de la Edificación".- La sentencia declaró que los nuevos arts. 32 y 35 de las Ordenanzas, al regular los "usos complementarios" en los Sistemas de Espacios Libres y equipamientos, contraría las previsiones de los arts. 6.1.19 y 6.1.20 del PGOU, concluyendo que lo razonable hubiera sido tramitar el conjunto de adecuaciones de la norma de planeamiento a través de la figura de la "innovación" dando lugar, de esa forma, a la intervención natural de la Comunidad Autónoma.-

El 16 de julio de 2013, D. Rafael formuló denuncia ante la Fiscalía Provincial sobre las actuaciones llevadas a cabo en el SGEL-11, dando lugar a las Diligencias de Investigación Penal nº 273/2013.- Requerida información al Ayuntamiento sobre los hechos denunciados, el 13 de septiembre de 2013 tuvo entrada un escrito de la Concejal-Delegada de Urbanismo, la acusada Sra. Adela, en justificación de las actuaciones llevadas a cabo por el Consistorio, adjuntando al escrito informes de las diferentes áreas que conformaban el departamento, pero sin remitir ni hacer mención alguna al emitido el 29 de enero de 2013 por el Sr. Victor Manuel, que fue aportado a las actuaciones por el propio denunciante.-

El 4 de abril de 2018 el Consejo Consultivo de Andalucía emitió un Dictamen sobre la resolución del Contrato de Explotación del Parque de atracciones infantil construido en el SGEL-11, que ponía de manifiesto "la clara apariencia de invalidez que revelaba", con cita del art. 6.1.19.2 del PGOU.- Sostiene el Dictamen que de "forma paulatina y sucesiva y con permisividad municipal plena", se han ido ejecutando obras e instalaciones no previstas en el pliego de condiciones, concluyendo que "en modo alguno un uso terciario de apoyo al espacio libre, que siempre ha de ser concebido como un uso coadyuvante y al servicio del uso principal que es (el destinado) al descanso y la expansión del ciudadano, puede ser desvirtuado hasta el punto de destinarlo a un establecimiento de hostelería que utiliza precisamente el espacio libre en su propio beneficio y en su provecho".-

DECIMOSEXTO.- En otro orden de cosas, el 7 de marzo de 2013 Área Sur solicitó de nuevo del Ayuntamiento que certificase el cumplimiento de las obligaciones del Convenio.-

Efectuadas por parte del Sr. Jose Manuel las comprobaciones pertinentes sobre las obligaciones de tipo económico, y teniendo en cuenta lo consignado en los informes de los Sres. Victorio y Carlos Miguel, relacionados con la adecuación de las obras realizadas por cuenta de la mercantil con lo aprobado en su día por la Comisión Ejecutiva, el día 19 de abril de 2013, el mencionado Sr. Jose Manuel informó a la Concejal que podía emitirse la certificación interesada por estar cumplidas las obligaciones convencionales, dictando el 23 de abril de 2013 la Sra.

Adela un Decreto en el que, atendiendo a la petición de Área Sur, se afirmaba "que una vez finalizadas las obras de urbanización correspondientes a la UE-1, a la par que se ha dado cumplimiento a las obligaciones del Convenio suscrito en su día, entendemos procede el levantamiento de la nota de afección urbanística existente sobre la finca registral NUM003 y su cancelación".-

El 15 de marzo de 2016, iniciado este procedimiento, el acusado Sr. Jose Manuel incoó en su departamento el expediente nº 2.228/2016, al objeto de dar cumplimiento a la solicitud formulada por la Concejal Delegada para elaborar un análisis detallado de los convenios y responder, de ese modo, al requerimiento efectuado por la Sra. Magistrada-Juez Instructora de la causa.-

La base documental del informe la constituían los cuadros económicos y otros relativos a las obras efectuadas en los terrenos, elaborados por los acusados Herminia, Victorio y el propio Jose Manuel.- Al informe de la Sra. Herminia se adjuntó además un cuadro-resumen basado en el análisis de los expedientes nº 2.543/2002, 2.797/2003 y 2.798//2003, y los datos obrantes en la cuenta provisional del proyecto de Compensación.-

Con esos informes, el 22 de marzo de 2016, el Sr. Jose Manuel elaboró un estudio sobre el "Estado de las Obligaciones Derivadas de los Convenios y Desarrollo de la UE-2 del PP-T2 del PGOU de Granada con el Ayuntamiento de Granada", relacionando cada una de ellas y su grado de cumplimiento, concluyendo que las contempladas en el proyecto de compensación de la UE-1 del Sector del PP-T2 del PGOU habían sido asumidas en su integridad por la Junta de Compensación.- El informe del Sr. Jose Manuel fue enviado al acusado Romulo, Interventor Municipal, y tras efectuar éste último las comprobaciones de los datos obrantes en su departamento, realizó otro en igual sentido que se incorporó al mencionado expediente nº 2.228/2016 cuyas conclusiones se trasladaron al Juzgado de Instrucción.-".

## **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" 1º) Debemos ABSOLVER a Pascual, Teodoro, Adolfinia, Segismundo, Miguel, Mario, Prudencio y Aida , al haber sido retirada la acusación que pesaba contra ellos, imponiendo las costas que a todos ellos le ha generado el proceso a las acusaciones particulares de VOX, General de Galerías Comerciales SOCIMI y del Sr. Rafael, por terceras partes entre ellas y con carácter solidario en cuanto a su totalidad;

2º) Debemos ABSOLVER a Romulo del delito de encubrimiento del delito de malversación de caudales públicos y del delito de fraude en la contratación o, alternativamente, prevaricación de funcionario público, con declaración de las costas procesales de oficio, e imponiéndole a la acusación popular de VOX las causadas a este acusado por el segundo de los delitos mencionados;

3º) Debemos ABSOLVER a Valentín de los delitos de prevaricación urbanística, del delito continuado de prevaricación común, y de los de fraude en la contratación y tráfico de influencias, con declaración de oficio de las costas procesales;

4º) Debemos ABSOLVER a Jose Manuel del delito continuado de prevaricación urbanística o, alternativamente, en calidad de cómplice, de prevaricación administrativa, del de fraude en la contratación, y del de encubrimiento del delito de malversación de caudales públicos, con declaración de oficio de las costas procesales;

5º) Debemos ABSOLVER a Victorio del delito continuado de prevaricación urbanística, del delito continuado de prevaricación administrativa, del delito de fraude en la contratación, del de tráfico de influencias, y del delito malversación de caudales públicos, con declaración de oficio de las costas procesales;

6º) Debemos ABSOLVER a Carlos Ramón del delito continuado de prevaricación urbanística, del delito continuado de prevaricación administrativa o común, y del delito de fraude en la contratación, con declaración de oficio de las costas procesales;

7º) Debemos ABSOLVER a Herminia del delito continuado de prevaricación común omisiva, en calidad de cooperadora necesaria, de otro delito de prevaricación común en calidad de cómplice, y del delito de encubrimiento del delito de malversación de caudales públicos, con declaración de oficio de las costas procesales;

8º) Debemos ABSOLVER a Adela de los delitos continuado de prevaricación urbanística, fraude en la contratación, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos, y debemos CONDENARLA como autora de un delito de prevaricación administrativa común, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS de inhabilitación especial para el desempeño del cargo de Concejal o de obtenerlo en ese mismo período, y al pago de la quinceava parte de las costas causadas, declarando el resto de oficio, debiendo abonar al Excmo. Ayuntamiento de Granada la mitad de una doceava parte de las ocasionadas a esta acusación particular;

9º) Debemos ABSOLVER a Tomás del delito continuado de prevaricación urbanística, del delito continuado de prevaricación omisiva común, y fraude en la contratación, y debemos CONDENARLO como cooperador necesario del delito de prevaricación administrativa común del que es autora la Sra. Adela, a la pena de SIETE AÑOS de inhabilitación especial para el empleo de funcionario municipal, o de obtenerlo en ese mismo período, y



al pago de la novena parte de las costas causadas, debiendo abonar al Excmo. Ayuntamiento de Granada la mitad de la novena parte de las ocasionadas; y

10º) Debemos ABSOLVER a Victoriano del delito contra la ordenación del territorio, y del delito de tráfico de influencias, y debemos de CONDENARLO como cooperador necesario del mencionado delito de prevaricación administrativa común, a la pena de TRES AÑOS y SEIS MESES de inhabilitación especial para obtener y desempeñar el cargo de Concejal o el empleo de funcionario municipal y al pago de una doceava parte de las costas procesales, debiendo abonar a General de Galerías Comerciales SOCIMI una dieciochoava parte de las que se le ocasionaron por esta causa y,

11º) Debemos ABSOLVER a Taler Real State y Fontdeis S.L. de las pretensiones formuladas contra ellas en concepto de responsables civiles subsidiarias o partícipes a título lucrativo, con declaración de oficio de las costas devengadas.

Igualmente, DECLARAMOS:

- la nulidad de la licencia de instalación para la actividad de Sala de Fiestas del local sito en el Camino de las Conejeras 4 (Parque de atracciones Serrallo Plaza), concedida por Decreto de 13 de junio de 2012 dictado por la Sra. Concejal de Urbanismo, Doña Adela en el expediente nº 2.326/2012 del Área de Medioambiente, Sección de Licencias del Ayuntamiento de Granada.-

- la nulidad de la licencia de obra menor para la adecuación del local como Sala de Fiestas, concedida el día 13 de septiembre de 2012 en el expediente nº 2.875/2012 de la Dirección General de Licencias,

- la nulidad de la licencia de apertura y funcionamiento de la Sala de Fiestas sita en el mencionado local, concedida el 20 de noviembre de 2012 en el expediente nº 7.058/2012 del Área de Medioambiente Sección de Licencias, y

- la nulidad del contrato de arrendamiento de local de negocio dedicado a Hostelería, a desarrollar en el lugar sito en el Paseo Laguna de Cameros, celebrado el 1 de noviembre de 2012 entre el Sr. Severino y 683 UPPER CLUB S.L.-

Así por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe preparar recurso de casación, para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el término de cinco días desde su notificación, como previenen los artículos 855 a 857 de la LECr., lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Con fecha 29 de julio de 2020 la Audiencia Provincial de Granada dicta auto por el que acuerda: "Rectificar el fallo de la sentencia de 21 de julio de 2020 incluyendo entre las absueltas a la mercantil Multiaventura Serrallo Plaza S.L., sin que haya lugar a las solicitudes de aclaración, rectificación o complemento de la misma deducidas en los escritos de VOX y General de galerías Comerciales.-

Contra esta resolución no cabe recurso".

### **Tercero.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Rafael, la mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES, PARTIDO POLÍTICO VOX, Adela, Tomás y Victoriano, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

### **Cuarto.**

La representación legal de Adela alegó los siguientes motivos de casación:

"MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la ley orgánica del poder judicial 5/1985, por infracción de los derechos de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y defensa del art. 24 de la C.E.

MOTIVO SEGUNDO.- POR INFRACCIÓN DE LEY. Al amparo del Nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter. Concretamente lo dispuesto en el art. 404 del C.P., por aplicación indebida del mismo.

MOTIVO TERCERO.- POR INFRACCIÓN DE LEY, Al amparo del Nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

MOTIVO CUARTO.- POR INFRACCIÓN DE LEY, Al amparo del Nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en íntima relación con el motivo anterior, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter. Concretamente lo dispuesto en el art. 404 del C.P., por aplicación indebida.

MOTIVO QUINTO.- POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.- Al amparo del art. 851.1º de la LECrim. Concretamente los quebrantamientos de forma en la sentencia que suponen los supuestos descritos en su exponiendo 1º del citado artículo.

MOTIVO SEXTO.- por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción de los derechos de tutela judicial efectiva y defensa, así como el art. 9.3 y 120.3 de la misma, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con prescripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos".

#### **Quinto.**

La representación legal del Tomás alegó los siguientes motivos de casación:

"MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la ley orgánica del poder judicial 5/1985, por infracción de los derechos de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y defensa del art. 24 de la C.E..

MOTIVO SEGUNDO.- POR INFRACCIÓN DE LEY. Al amparo del N° 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter. Concretamente lo dispuesto en el art. 404 del C.P., por aplicación indebida del mismo, respecto a mi mandante.

MOTIVO TERCERO.- POR INFRACCIÓN DE LEY. Al amparo del N° 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

MOTIVO CUARTO.- POR INFRACCIÓN DE LEY, Al amparo del N° 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en íntima relación con el motivo anterior, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter. Concretamente lo dispuesto en el art. 404 del C.P., por aplicación indebida del mismo, respecto a mi representado, D. Tomás.

MOTIVO QUINTO.- POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.- Al amparo del art. 851.1º de la LECrim. Concretamente los quebrantamientos de forma en la sentencia que suponen los supuestos descritos en su exponiendo 1º del citado artículo.

MOTIVO SEXTO.- por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción de los derechos de tutela judicial efectiva y defensa, especialmente en su vertiente de respeto al principio acusatorio.

MOTIVO SÉPTIMO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción de los derechos de tutela judicial efectiva y defensa así como el art. 9.3 y 120.3 de la misma, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos".

#### **Sexto.**

La representación legal del Victoriano alegó los siguientes motivos de casación:

"Primero.-Por infracción de ley del número uno del artículo 849 de la LECrim por indebida aplicación del artículo 782.1 de la LECr.

#### **Segundo.**

Por infracción de ley del número uno del artículo 849 y 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal. Ausencia de los elementos objetivos del tipo penal. Inexistencia de delito alguno.

#### **Tercero.**

Por infracción de ley del número uno del artículo 849 y 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal. Indebida aplicación del artículo 404 del código penal ausencia de los elementos subjetivos del tipo penal inexistencia de delito alguno.-

#### **Cuarto.**

Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y derecho a la defensa del art. 24 de la C.E.

#### **Quinto.**

Al amparo del artículo 849.2 de la LECr se denuncia error en la apreciación de la prueba, error que ha conducido al dictado de una resolución injusta condenando a mi mandante como cooperador necesario de un delito de prevaricación administrativa, incluyendo el tribunal sentenciador en el relato de hechos probados elementos fácticos no acaecidos y describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron".

#### **Séptimo.**

La representación legal de la mercantil General de Galerías Comerciales, S.A. alegó el siguiente motivo de casación:

MOTIVO ÚNICO: "Por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 240.3 del mismo cuerpo legal, al imponer a mi mandante, por temeridad, las costas procesales ocasionadas a los absueltos D. Pascual, D. Teodoro, D<sup>a</sup> Adolfinia, D. Segismundo, D. Miguel, D. Mario, D. Prudencio y D<sup>a</sup> Aida".

#### **Octavo.**

La representación legal del Partido Político Vox alegó el siguiente motivo de casación:

MOTIVO ÚNICO: "El motivo de casación es único. Esta parte en la formalización distinguió dos apartados correspondientes al reparto de las costas en relación a unos acusados absueltos se impusieron por terceras partes de forma solidaria, (apartado a) y en relación a otro de los acusados absuelto, se impusieron por mitad y exclusivamente al partido VOX.

A).- Infracción de Ley: Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 240.3º de la misma Ley Adjetiva en relación con los artículos 123 y 124 del Código Penal, al haberse impuesto en sentencia a mi representado, como Acusación Popular, por temeridad las costas procesales ocasionadas a los acusados absueltos D. Pascual, D. Teodoro, D<sup>a</sup> Adolfinia, D. Segismundo, D. Miguel, D. Mario, D. Prudencio y D<sup>a</sup> Aida.

En relación a los indicados, como la propia sentencia indica en su fallo, "de los que venían siendo acusados por adhesión al Ministerio Fiscal por esta Acusación Popular, y asimismo se imponen las costas por terceras partes y con carácter solidario en cuanto a su totalidad, entre las Acusaciones Populares (junto a General de Galerías Comerciales y Rafael) al partido político Vox, de los acusados absueltos Pascual, Teodoro, Adolfinia, Segismundo, Miguel, Mario, Prudencio y Aida

B).- Infracción de Ley: Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 240.3º de la misma Ley Adjetiva en relación con los artículos 123 y 124 del Código Penal, al haberse impuesto en sentencia a mi representado, como Acusación Popular, por temeridad las costas procesales ocasionadas al acusado absuelto D. Romulo".

#### **Noveno.**

La representación legal del Rafael alegó los siguientes motivos:

"Motivo de casación supeditada: Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y quebrantamiento de forma del artículo 851 de la misma ley adjetiva"

"Adhesión a los motivos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional formalizados por las otras acusaciones populares recurrentes".

Y en escrito posterior se adhiere a los recursos formulados por Mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A y partido político VOX.

#### **Décimo.**

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal presenta escrito por el que: "Interesa de la Sala que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se proceda a su admisión, se le dé por instruido y acuerde:

1º.- La inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación de todos los motivos de los recursos formalizados por los condenados recurrentes.

2º.- La estimación de los recursos interpuestos por las acusaciones populares VOX, Rafael y General de Galerías Comerciales respecto a la condena en costas que les ha sido impuesta", de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 30 de Agosto de 2021.

La representación procesal de Victorio, Jose Manuel, Adela y Tomás presenta escrito teniéndose por instruida, sin pronunciarse respecto a los recursos del partido político VOX, Rafael y Mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A. al no afectarle su planteamiento y por instruidos y adheridos recíprocamente,

solicitando su estimación a los suyos propios y al del recurrente Sr. Severino, solicitando que se estimen los recursos de Victoriano, Adela y Tomás.

La representación de Herminia se tiene por instruida sin hacer pronunciamiento ninguno al no afectarle sus planteamientos.

La representación de la Mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A., se opone al recurso de Adela solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación.

La representación de Prudencio impugna los recursos de casación presentados por GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A., partido político VOX y Rafael en su escrito de fecha 2 de marzo de 2021. Y en su escrito de fecha 16 de septiembre de 2021 impugna la adhesión que formula el Procurador de Rafael a los recursos de Mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A y partido político VOX.

La representación de la mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A impugna el recurso de Tomás solicitando que se declare no haber lugar al mismo.

La representación procesal de Romulo, en escrito de fecha 2 de marzo de 2021 impugna el recurso de casación interpuesto por el partido político VOX.

La representación de Miguel, presenta escrito por el que no se pronuncia sobre los recursos planteados por Adela, Tomás y Victoriano. Respecto a los recursos de casación formulados por Rafael y Mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A y partido político VOX, solicita su inadmisión y subsidiaria desestimación.

La representación procesal de Victoriano, en relación a los recursos de casación formulados por las representaciones procesales de D. Rafael, la mercantil General de Galerías Comerciales S.A., y Partido Político VOX, no se pronuncia. En cuanto a los recursos de casación formulados por la representación procesal de Adela y Tomás, se adhiere íntegramente a los mismos, interesando la casación y revocación de la Sentencia dictada en cuanto a la condena recaída sobre los citados recurrentes.

La representación procesal de mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A, se opone al recurso formulado por Victoriano, solicitando su inadmisión.

La representación procesal de Pascual impugna los recursos de casación presentados por la mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES, por el Partido Político VOX y por Rafael.

La representación de Carlos Ramón, en su escrito de 3 de marzo de 2021 se da por instruida sin manifestarse sobre los recursos de casación planteados al no afectar a su representado.

La representación procesal de Segismundo y Teodoro, manifiesta haber quedado instruida de todos los recursos e impugna los recursos de casación presentados por el Partido Político VOX, por la mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A, y Don Rafael, interesando su inadmisión y subsidiariamente su desestimación, declarando no haber lugar al recurso, con expresa condena en costas a los recurrentes.

La representación procesal de Adolfinia, Aida y Mario impugna los recursos planteados por GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A., por el PARTIDO POLÍTICO VOX y por Rafael. Asimismo, en escrito posterior impugna la adhesión que formula el Procurador de Rafael a los recursos de Mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES S.A y partido político VOX.

La Letrado de los Servicios Jurídicos del Excmo, Ayuntamiento de Granada, presenta escrito de fecha 4 de marzo de 2021 impugnando los recursos formulados por Adela y por Tomás.

La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

DECIMOPRIMERO.- Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día el día 26 de octubre de 2022. Al acto comparecieron:

Los letrados de los recurrentes: D. Jorge Carmelo Fernández Díaz por Rafael; D. Enrique Sánchez González por MERCANTIL GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES; D<sup>a</sup>. Marta Asunción Castro Fuertes por el PARTIDO POLÍTICO de VOX; D. Ernesto Julio Osuna Martínez por Adela y Tomás; y D. Cesar Justo Fernández Bustos, por Victoriano.

Como recurrido el Ministerio Fiscal, el Excmo. Sr. D. Javier Zaragoza Aguado, así como los letrados D<sup>a</sup>. Leonor Aranda Lozano en sustitución de D<sup>a</sup> María de los Llanos Jiménez Casquet Flores Letrada de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Granada; D. José Mariano Vargas Aranda, por Adolfinia, Aida y Mario; D. Vicente Tovar Sabio, por Miguel; D. Pablo Lightoweler-Stahlberg, en sustitución de D<sup>a</sup>. Laura Martínez-Sanz Collados, por TALER REAL ESTATE S.L.; D<sup>a</sup>. María José Arcas-Sariot Jiménez, que sustituye a D<sup>a</sup> Belén Aroza Montes, por Pascual; D<sup>a</sup>. María José Arcas-Sariot Jiménez, por Prudencio; D. José Antonio Rodríguez Hervás, por Romulo; D. Francisco Cantón Martín, por Segismundo y Teodoro; D. Ernesto Osuna Martínez en sustitución de D. Pablo Luna Quesada por Valentín; D. Ernesto Julio Osuna Martínez, por Victorio y Agustín Belda Busca; Da María Ruz Corral que sustituye a D. Rafael López Guarnido, por Carlos Ramón; D. Ernesto Osuna Martínez en sustitución de D<sup>a</sup>. Patricia Martín-Vivaldi Carralcazar, por Herminia; y D. Jorge Carmelo Fernández Díaz, por Rafael.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Recurso de Adela

**Primero.**

Primer motivo: "Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción de los derechos de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y defensa del art. 24 de la C.E."

1. Habida cuenta de que la queja es por conculcación de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, y en la medida que en el motivo se cuestiona la razonabilidad del discurso valorativo de la prueba, conviene comenzar el presente fundamento con unas consideraciones doctrinales de carácter general, relativas al tratamiento de dichos derechos.

A tal efecto, podemos decir que la inserción del elemento de la razonabilidad dentro del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia genera un espacio común en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, el control por parte del tribunal de apelación de la coherencia del juicio probatorio del tribunal a quo, particularmente cuando lo que se invoca es un quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallen todas las pruebas que se han tenido en cuenta, sino que el tribunal de instancia fije con claridad cuáles son las razones que ha contemplado para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos, tanto porque permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, o la corrección técnica de la decisión dada por el tribunal, cuanto porque facilita el examen de la lógica y racionalidad de sus conclusiones fácticas.

Por lo demás, en lo que concierne a la queja por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, recordaremos que es doctrina de esta Sala, que, en nuestro cometido de control casacional, nos hemos de limitar a constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) Una prueba de cargo suficiente, referida a cualquiera de los elementos del delito que el recurso cuestione;
- b) Una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, lo que permite al Tribunal analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas con vulneración constitucional directa o con conexión de antijuridicidad entre ellas,
- c) Una prueba legalmente practicada, que conlleva analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba, y
- d) Una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el nexo analítico entre la prueba y el hecho que de ella se extrae.

Aunque el encabezado del motivo es como ha quedado transcrito en el inicio del fundamento, cuando se desarrolla, con una técnica procesal mejorable, que no se corresponde con el enunciado, va entremezclando cuestiones fácticas y jurídicas, con quejas por quiebra de derechos fundamentales, por lo que trataremos de dar un respuesta en sintonía con ese desarrollo, si bien centrados en lo que es nuclear y relevante, y prescindiendo de parar en alegaciones innecesarias, que poco ayudan a centrarse en lo que es objeto del recurso.

Dicho esto, parece que la queja de la recurrente parte de considerar que la sentencia de instancia incurre en una irracional y voluntarista valoración de la prueba, a cuyo respecto, podemos avanzar que, en lo que a nuestro control casacional corresponde, entendemos que el tribunal sentenciador contó con una prueba, básicamente personal, traída al proceso sin reproche legal ni constitucional, que ha sido exhaustivamente analizada por dicho tribunal, ante cuya presencia se practicó, quien lo ha hecho conforme a esas reglas del criterio humano o de la experiencia común por las que debía pasar, el cual, tras la valoración de conjunto de todo ese acervo probatorio, como exige el art. 741 LECrim., ha llegado a una conclusión que consideramos razonable en lo que a la autoría de la condenada recurrente se refiere.

Sin perjuicio del más profundo análisis que iremos haciendo del motivo, y no obstante su enunciado, el mismo, en lo que más muestra su discrepancia es con la valoración de la prueba hecha en la sentencia de instancia, con la pretensión de que se acoja el criterio de la recurrente, al objeto de una adaptación de los hechos de manera que lleven a un pronunciamiento absolutorio, y muestra de ello es que discurre por un análisis de los testimonios prestados en juicio, con mayor atención a las pruebas personales que le resultan favorables que a las que no lo son y, con ello, llegar a unas conclusiones discrepantes de las del tribunal sentenciador, que pretende que prevalezcan sobre las de éste, cuando sucede que tenemos que su sentencia dedica un exhaustivo y pormenorizado examen de toda la prueba practicada a su presencia, con una motivación más que suficiente para explicar las razones por las cuales se decanta por la decisión por la que, en cada caso, opta, de manera que, aunque sus conclusiones no sean compartidas por quien firma el recurso, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva queda satisfecho.

En definitiva, recordando lo que decíamos, entre otras, en STS 685/2022, de 7 de julio de 2022, "como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que,

efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS 1125/2001, de 12 de julio)".

2. Sin negar la complejidad de una causa como la presente, con 18 acusados, y acusaciones por delitos tan complejos como distintas prevaricaciones, malversación de caudales públicos, fraude en la contratación, ordenación del territorio, tráfico de influencias, encubrimiento, falsedad documental, cohecho, lo cierto es que lo que nos llega, por constituir el objeto de presente recurso, es muy sencillo, por lo que no es fácil comprender la extensión del motivo, que solo se entiende porque se desvía del discurso que lleva a la condena por los hechos que han dado lugar a la única, por un delito de prevaricación administrativa cometida por funcionario del art. 404 CP, abordando y trayendo a colación alegaciones que no consideramos necesarias, como iremos viendo.

A tal efecto, en la labor de simplificación que nos impone el objeto del recurso, comenzaremos por concretar esos sencillos hechos que han sido determinantes de la condena, lo que no significa que para su comisión no se haya tejido una secuencia espaciada de pasos en el tiempo, sobre la que se irá hablando, pero, que ello sea así, no debe impedir ver que el núcleo de dicha condena tiene lugar porque la recurrente, como Concejal de Urbanismo, autoriza licencia de "obra menor" para adecuación, en un parque infantil, de un pabellón a la actividad de Sala de Fiestas privada, mediante Decreto de 13 de septiembre de 2012, pues se otorga para desarrollarla en un Sistema General de Espacios Libres, contraviniendo el art. 6.1.19.2 del PGOU de Granada, así como por haber dictado el Decreto de 20 de noviembre de 2012, que otorgaba la licencia de apertura y funcionamiento de dicho local. De esta manera se introducían usos y aprovechamientos no permitidos por el PGOU en este tipo de suelo sin haberse tramitado, por otra parte, ninguna modificación en el PGOU que diera cobertura legal a implantar usos terciarios de espectáculos/reunión, como es una Sala de Fiestas. Dicho de manera más resumida, la relevancia penal de la conducta enjuiciada está en que, adjudicada la concesión de un parque de atracciones infantil, el adjudicatario lo trata de convertir y convierte en una Sala de Fiestas, cuando el Plan General de Ordenación Urbana no lo permitía.

2.1. Como decíamos más arriba, han sido varios los hechos/delitos por los que se ha formulado acusación, y varios los expedientes administrativos, con sus correspondientes informes técnicos, que se han traído a colación, y, entre las alegaciones que se hacen en el recurso, se habla de que en la sentencia de instancia para absolver a la recurrente de los demás delitos de prevaricación, malversación, etc. por los que se acusaba no se apartó de los correspondientes informes técnicos obrantes en esos expedientes, para, desde ahí, considerar irracional por voluntarista la condena por el delito de prevaricación por el que se la condena, en el que también se atuvo al emitido por otro de los condenados, Tomás, en relación a la concesión de licencia de obra menor de 13 de septiembre de 2012 que, reiteramos, es base de la condena.

No podemos asumir, sin embargo, el planteamiento, porque se construye sobre una premisa errónea, como es que en aquellos otros expedientes se descartó la ilegalidad en los informes que se apreció en éste, de ahí que no compartamos, en línea con la sentencia recurrida, que no quepa exigir responsabilidad a la Concejal recurrente, como se insiste a lo largo del motivo, porque su función sea únicamente la de firmar el Decreto, y limitarse su obligación sólo a esto; se alega que ha de hacerlo de acuerdo con las propuestas presentadas por el correspondiente funcionario, pues no compete a la Concejal realizar interpretación de la norma, ni se la puede exigir que conozca cuál de las interpretaciones es la adecuada, con lo que, de alguna manera, además, pretende eludir su responsabilidad penal en una especie de ciega dependencia y sumisión a la actuación de otro, cuando ella es responsable de la resolución que firma y, por lo tanto, con pleno dominio funcional del hecho que da lugar a la condena. De manera más resumida, si en otros expedientes asumió los informes técnicos de los correspondientes funcionarios y no ha habido condena por otros delitos, es porque en ninguno de ellos se apreció la ilegalidad que se ha apreciado en el relativo a la concesión de licencia de obra, que solo se puede entender como un informe ad hoc, en línea para salvar los problemas que planteó en su momento el otro condenado Victoriano, por su intención de abrir una Sala de Fiestas en una zona de espacio público que no lo permitía. No se trata, por lo tanto, de que a situaciones iguales se haya dado tratamiento distinto, como se alega en el motivo, sino que son situaciones distintas, que han de ser tratadas de manera distinta.

Con lo dicho, descartamos la necesidad de ir haciendo un análisis en profundidad de los demás expedientes, a los que, en todo caso, nos referiremos en lo que consideremos indispensable.

2.2. Entre las líneas de defensa, se ha transitado en profundidad trayendo un debate en relación con las diferentes interpretaciones que permitiría la normativa que en el PGOU regulaba la instalación de distintos usos en edificaciones del parque infantil, dinámica en la que no hemos de entrar, porque ya ha sido analizada con atención en la sentencia recurrida, y tras una valoración que nos parece razonable ha dado las explicaciones por las cuales acoge por la que se decanta a lo largo de sus fundamentos; sin embargo, no es ahí donde consideramos que está la esencia de la decisión, sino en sí, no obstante las distintas interpretaciones, la que emite el condenado Tomás en el informe del expediente donde se sustancia la licencia de obra menor, es una interpretación ad hoc, que se realiza

con la finalidad de conceder un uso que no contempla la norma específica que regula el uso de instalaciones en espacios libres, con conciencia de que así se hizo, cualquiera que fueran los motivos que llevaron a ello. De ahí que el planteamiento se deba hacer desde otro punto de vista, como pasamos a ver a continuación.

3. Tal como ha de hacerse el planteamiento, son datos clave, que tomamos de los hechos probados los siguientes:

3.1 Del noveno, que, una vez adjudicada la concesión del parque infantil, la concesionaria, por medio del Sr. Severino, presenta el 5 de marzo de 2012 en el Departamento de Gestión Unificada de Licencias, en el que estaba al frente el Sr. Tomás, "solicitud de licencia para desarrollar la actividad de restaurante y sala de fiestas" en establecimiento todavía sin edificar, lo que da lugar a la incoación del expediente 2326/2012, y el 30 de marzo de 2012, esto es, 25 días después, la concesionaria desistía de la actividad de "restaurante", quedando circunscrita la solicitud a la actividad de "sala de fiestas", licencia que se concede mediante Decreto de la Concejal recurrente, de 13 de junio de 2012, que autoriza la "instalación" de esta segunda actividad, y licencia que prohibía el inicio de la actividad hasta la obtención de la correspondiente licencia de "apertura y funcionamiento". Es cierto que, del dictado del referido Decreto, no se deriva responsabilidad penal para la Concejal, por las razones que se explican en el fundamento de derecho trigésimo segundo, pero lo que evidencia el anterior pasaje es el claro propósito de la concesionaria de instalar una Sala de Fiestas en el pabellón litigioso.

Asimismo, también el 5 de marzo de 2012 el Sr. Severino presentó solicitud de licencia de "obra menor" para la adaptación del mismo local a "sala de fiestas, con café, bar restaurante", incoándose expediente 2875/2012, en el que, con informe favorable de Tomás, la Concejal recurrente dicta el Decreto de 13 de septiembre de 2012, fundamental a los efectos de la condena. Entre ambas fechas hay una secuencia de pasos o acontecimientos, que se relatan en los hechos probados, al objeto de obtener licencia para la realización de una obra con el objeto de adaptar un local a un uso que la normativa no contemplaba, de los cuales, sin perjuicio de remitirnos a ellos, iremos destacando los que consideramos de mayor relevancia a tales efectos.

3.2 Es, igualmente, clave, según tomamos del hecho probado decimoprimer, que el día 4 de julio de 2012, el Sr. Severino remitió un correo electrónico a la Concejal de Urbanismo, Sra. Adela, informándole que al ir a "retirar la licencia de actividad" para los dos edificios construidos en el SGEL-11 habían surgido dos problemas relacionados con el "restaurante con posibilidad de hacer eventos, cuya nomenclatura en el PGOU", decía el Sr. Severino en su correo, es "nos guste más o menos, el de Sala de Fiestas", uso éste que, continuaba, "te permite un horario hasta las 7 de la mañana, lo cual garantiza su rentabilidad", solicitando el Sr. Severino la ampliación del horario "en base a restablecer el equilibrio económico de la concesión", y proponiendo que por razones de "interés público" se aprobara la instalación de la Sala de Fiestas, cuando no se había licitado, según veremos que se desprende del clausulado del pliego de condiciones que debían regir la concesión administrativa, del que se trata en el hecho probado quinto y sexto.

A este correo respondió la Sra. Adela con otro de 7 de julio, diciéndole que "el pliego (de la concesión) lo que permite son usos terciarios de apoyo al parque" con el mismo horario, y que en los demás parques de Granada se hacía "una interpretación amplia de los usos terciarios de apoyo, permitiendo, además de tiendas, también kioscos e incluso restaurantes"; y sostenía la Sra. Concejal en su comunicación que no habría inconveniente en modificar el contrato de concesión administrativa, ampliando en dos o tres horas más el horario....porque es muy "restrictivo", pero advirtiéndole al Sr. Severino que "no es viable el uso privativo de un parque de dominio público ya cerrado con acceso desde un centro comercial privado".

3.3 Con anterioridad, en el hecho probado quinto, se declara que para aprovechar la mayor parte del terreno demanial y destinarlo al disfrute público, el Ayuntamiento contempló la posibilidad de construir un parque de atracciones infantil en régimen de concesión administrativa, y que las cláusulas que debían regir la concesión las redactó el condenado Sr. Tomás, siendo aprobadas por la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo y Obras Municipales; y en el sexto se dice que la estipulación primera del pliego de esas cláusulas administrativas indicaba que el "objeto" de la concesión era la concesión y explotación de un "parque de atracciones infantil", con arreglo a lo cual, sigue diciendo el hecho probado, se mantendría en todo momento la "condición de espacio libre y, por lo tanto, la condición de bien demanial derivada de su calificación urbanística", y que "como justificación normativa de la Concesión, en la repetida cláusula primera se transcribió el segundo párrafo del ordinal 2º del art. 6.1.19 del PGOU, según el cual, en los Sistemas Generales de Espacios Libres "de uso pormenorizado parque se admitirá la implantación de usos de equipamiento comunitario, deportivos o de servicios de interés público y social, en instalaciones cubiertas o descubiertas, o usos terciarios comerciales de apoyo, en régimen de concesión administrativa, hasta una ocupación máxima del dos por ciento (2%) de la superficie total del parque. En este caso, las edificaciones no podrán superar las dos (2) plantas de altura".

No obstante ser conocedor el Sr. Severino de que el art. 6.1.19.2 del PGOU solo admitía la implantación de usos comerciales de apoyo al parque, presenta ese escrito de 5 de marzo en solicitud de licencia de obra menor para la adaptación del local a "sala de fiestas con café, bar, restaurante", quien mantiene ese cruce de correos con la Concejal de los días 4 y 7 de julio, en que ésta reconoce que no es viable el uso privativo de un parque de dominio público.

3.4 Y así, en el mismo hecho probado decimoprimeramente, se continúa declarando que el 20 de julio de 2012 el Sr. Severino presentó un escrito al Ayuntamiento, en solicitud de interpretación, ante las "dudas" que, según él, suscitaba el pliego de cláusulas de la concesión, en el que hay que insistir que se recogía el art. 6.1.19.2 del PGOU, escrito en el que realizaba una serie de consideraciones sobre horarios de funcionamiento de las distintas actividades y usos a desarrollar, pero en el que no hacía mención a que una de esas actividades que pretendía implantar era la de Sala de Fiestas, lo que hizo "con ánimo de obtener un acuerdo municipal favorable a sus intereses y eludir lo dispuesto en el art. 6.1.19.2 del PGOU", según refleja con acierto el propio hecho probado, porque de lo contrario no tiene explicación que, a raíz de ese escrito, el Coordinador de Urbanismo, Obras y Licencias, Jose Manuel, redactase el 23 de julio de 2012, con el visto bueno de la Concejala, la propuesta del acuerdo a adoptar en la Junta de Gobierno Local a celebrar el día 26, a fin de la "aclaración sobre el régimen de horarios y usos de las instalaciones terciarias de apoyo previstas en el pliego", que solo encontraría sentido por haber presentado esa solicitud de interpretación.

La Junta de Gobierno se celebró el indicado día 26 y a ella se llevó dicho informe, en el que el Sr. Jose Manuel decía que: "el concesionario, en uso de las posibilidades que le da el pliego de cláusulas va a realizar instalaciones de apoyo, que son en todo caso complementarias del uso común del parque en los términos del informe de usos realizado por los Servicios de la Dirección Técnica de Obras el 27 de junio de 2012", informe redactado por el Director Técnico de Obras Municipales. Sr. Victorio, a requerimiento de la Subdirección de Edificación que debía informar sobre las licencias de "obra menor" solicitadas por Severino, en el que decía que "el uso permitido por el planeamiento de terciario comercial de apoyo debe ser el que mejor ayude a desarrollar las posibilidades del Parque y cumplir mejor su fin, por lo que se entiende como apoyo los usos de Kioscos y zona de Restauración a nivel de Parque, pero no Sala de Fiestas que no es de apoyo a un Parque Público" [obsérvese que este informe es anterior al correo que la Sra. Adela envía al Sr. Severino el 7 de julio, diciendo que no ve viable un uso privativo del parque].

El anterior informe lo concluía el Coordinador de Urbanismo proponiendo a la Junta de Gobierno la adopción del siguiente acuerdo: "Primero, aclarar el régimen de horarios [...] distinguiendo el horario de funcionamiento de las atracciones (de 10 a 22 horas) del horario de apertura y cierre del parque, el cual se ajusta al horario general de uso y disfrute de espacios públicos de la ciudad; y Segundo, aclarar el régimen de usos de las instalaciones terciarias de apoyo previstas en los pliegos de acuerdo con el informe de la Dirección Técnica de Obras de 27 de junio de 2012, es decir aquéllos que ayuden a desarrollar las posibilidades del parque y cumplir mejor su fin, por lo que se entiende como apoyo los usos de kioscos y zonas de restauración", acuerdo que, reiteramos, fue aprobado en la Junta de Gobierno Local celebrada el 26 de julio, con los votos favorables, entre otros Concejales, el de la condenada recurrente, lo que es importante tener en cuenta.

3.5 En el hecho probado decimosegundo se declara que el 13 de septiembre, Tomás, entonces Director General de Licencias, que tenía conocimiento del acuerdo de la Junta de Gobierno de 26 de julio, emite el informe que debía emitir en el expediente de "obra menor" para la adaptación del local a "Sala de Fiestas con café, bar, restaurante", de fecha 13 de septiembre de 2012, en el cual, no obstante haber redactado personalmente el pliego de cláusulas administrativas de la concesión, en que, como decíamos, había transcrito el art. 6.1.19. 2 del PGOU, y conocer el informe redactado por el Director Técnico de Obras Municipales. Sr. Victorio, entre otras consideraciones, según queda recogido en el hecho probado, decía "que tampoco existían incompatibilidades "desde el punto de vista urbanístico para ubicar la Sala de Fiestas, ya que el PGOU solo reconoce un uso pormenorizado que engloba, simultáneamente, restauración, espectáculos, etc.- El art. 6.2.15 de la normativa del PGOU define el uso de espectáculos o centro de reunión como aquél uso de la edificación correspondiente a actividades de carácter lucrativo, derivadas de espectáculos de concurrencia pública o correspondientes a actividades propias de la hostelería" (restauración, bares, cafeterías, restaurantes, etc.).- Con arreglo a eso el Sr. Tomás concluía desviadamente que si desde el punto de vista urbanístico era autorizable el uso de "restaurante", también lo era el de "Sala de Fiestas", con independencia de la aplicación en cada caso de la norma de aplicación sectorial".

Y continúa el hecho declarando probado un pasaje fundamental para la decisión del asunto, cuando dice que "en base a este informe del Director General de Licencias, la Sra. Adela, que dos meses antes había informado al Sr. Severino que en el parque urbano solo podría permitirse la instalación de kioscos o zonas de restauración, esto último porque "así se venía haciendo en el resto de parques de la ciudad", teniendo conocimiento del informe del Sr. Victorio y de que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio sólo autorizaba la instalación en el parque urbano de kioscos o restaurantes, con abuso de las funciones de su cargo e ignorando lo dispuesto en las normas de planeamiento, dictó Decreto el mismo día 13 de septiembre de 2012 en el que emitió su informe el Sr. Tomás, concediendo licencia de "obra menor" para acondicionar el pabellón I a Sala de Fiestas".

3.6. Si resumimos los pasos que se fueron dando para instalar la Sala de Fiestas en el parque infantil, cuando ello no tenía cabida en la concesión, desde el momento que el artículo por el que se debían regir sus usos era el 6.1.19.2 del PGOU y no otro, comenzamos por el inicial escrito de 5 de marzo de 2012 presentado por el Sr. Severino, solicitando licencia para desarrollar actividad de "restaurante y sala de fiestas"; el de 30 de marzo en que la concesionaria desiste de la actividad de "restaurante" y la circunscribe a "Sala de Fiestas"; los correos que se cruzan el 4 y 7 de julio el Sr. Severino y la Sra. Adela, después, por lo tanto, del informe de 27 de junio, en que ésta, en sintonía con dicho informe, le indica a aquél la viabilidad de que, en una interpretación amplia, cabría entender



dentro de los usos terciarios de apoyo "kioskos e incluso restaurantes", pero que "no es viable el uso privativo de un parque de dominio público ya cerrado con acceso desde un centro comercial privado"; el escrito que, tras ese intercambio, presenta el Sr. Severino el 20 de julio, que da lugar a la propuesta de acuerdo, con el visto bueno de la Sr. Adela, de 23 de julio, que se lleva a la Junta de Gobierno Local, de 26 de julio, donde se aprueba con esa mención a la inclusión entre las instalaciones terciarias de apoyo "usos de kiosko y restauración" ( y no más), pero que da pie para que el Sr. Tomás, quien había redactado el clausulado del Pliego de condiciones, con cita expresa del art. 6.1.19.2 del PGOU, emita, sin embargo, acudiendo al art. 6.1.15. el informe ad hoc de 13 de septiembre, base del Decreto prevaricador de la misma fecha.

### **Segundo.**

A partir del fundamento de derecho vigesimoséptimo se aborda el alcance penal de las conductas que tienen que ver con los usos autorizados en la superficie del SGEL-11, con las explicaciones relativas a la valoración de la prueba que ha permitido dar por probados los hechos en los términos que hemos visto en el anterior fundamento, y que, de manera resumida, podemos decir que se concretan en que, entre los usos autorizados en la concesión del parque infantil, se introdujeron usos y aprovechamientos no permitidos en ese suelo, sin que, por lo demás, se hubiera hecho ninguna modificación en el PGOU que diera cobertura legal a implantar usos terciarios de espectáculos/reunión, que es entre los que se encontraría la Sala de Fiestas y no entre los comerciales de apoyo a que hacía referencia el mencionado art. 6.1.19.2 del PGOU.

Son varios los fundamentos que dedica la sentencia a explicar las razones por las cuales considera constitutivos de delito los hechos que declara probado, siendo en el trigésimo en el que desciende al análisis de la documentación incorporada, fundamental en la reconstrucción del "iter delictivo" de las secuencias que en ellos se recogen, que va detallando en un discurso que nos parece de lo más lógico y razonable, cuando de lo que se trata es desactivar una línea de defensa formal, propia de una actuación realizada en fraude de ley, que busca interpretaciones al amparo de un precepto, para con ello eludir la aplicación de la normativa urbanística.

Lo que pasamos a decir hay que ponerlo en relación con las secuencias y acontecimientos que hemos destacado de los hechos probados en el anterior fundamento de derecho, con mención al último párrafo que de los mismos ha quedado transcrito en él.

Pues bien, en el fundamento trigésimo se explica que el uso de una de las dependencias de apoyo al parque como Sala de Fiestas, trae causa de la mencionada solicitud de interpretación de "usos y horarios" que presenta Severino el 20 de julio de 2022, porque, según él, ofrecía dudas el pliego de cláusulas de la concesión, a lo que hay que añadir que ya se especificaba en él que la norma aplicable era el art. 6.1.19.2 del PGOU y no otra, como acabó consiguiéndose tras los pasos dados, hasta que Tomás, quien las había redactado, acudiera a otra distinta, como el art. 6.2.15, para abrir paso a que se autorizase una obra menor para adaptación del pabellón a un uso que no cabía entre los terciarios comerciales de apoyo del art. 6.1.19.2, siendo por esto por lo que consideramos que se actuó en fraude de ley, o, como dice la sentencia recurrida, se consiguió un informe ad hoc, para evitar la aplicación de una norma que era de preceptivo cumplimiento.

Así, en el fundamento vigesimooctavo, en relación con el art. 6.1.19.2, se razona que "el Ayuntamiento, a cambio de un canon de 12.100 euros anuales, permitió la actuación privada sobre un bien demanial mediante el régimen de "concesión administrativa" introduciendo en el pliego cláusulas muy específicas, entre ellas, que los usos de apoyo a implantar en el SGEL-11 sólo podrían ser los "terciarios comerciales de apoyo", y al interpretar ahora el pliego de forma que permitiese la implantación de otros usos lucrativos distintos a los comerciales de apoyo al parque sin necesidad, siquiera, de autorización municipal, los intereses del Ayuntamiento se verían ostensiblemente perjudicados, al haberse visto privado de ofertar nuevos usos "admisibles" mediante una interpretación "ad hoc" de la norma, claramente contraria a sus intereses, según razonaba el Sr. Victor Manuel", Director General de Urbanismo.

Y que no había necesidad de aclarar nada, lo corrobora el cruce de correos habido entre Adela y Severino, unos días antes, 4 y 7 de julio, en que éste, conector de que la propia concesionaria ya había presentado el escrito de 30 de marzo, en el que desistía en su solicitud de la actividad de restaurante y la dejaba circunscrita a la de Sala de Fiestas, le relata a aquélla los problemas que encuentra al ir a retirar la licencia de actividad y la mención expresa a la instalación de la "Sala de Fiestas", con la respuesta que le da la Concejala, cuando le dice que no ve viable el uso privativo de un parque de dominio público, y sobre cuyo particular se hace una mención el fundamento trigésimo primero, en que el tribunal recoge que la Concejala declaró en la vista oral que no estaba de acuerdo con que se implantase una Sala de Fiestas.

Sobre este particular, en la línea exculpatoria que subyace en todo el motivo, se hacen unas alegaciones, pretendiendo devaluar lo declarado por la Sra. Adela, en el sentido de considerar que se trata de una mera opinión personal y carente de conocimientos técnicos por quien la hace, argumento que no podemos compartir, porque, al margen de que, cuando escribe el correo electrónico de 7 de julio de 2012, ya existía el informe del Director Técnico de Obras Municipales, Sr. Victorio, de 27 de junio, en el que ya hemos visto que entendía como apoyo al parque "los usos de Kioskos y zona de Restauración a nivel de Parque, pero no Sala de Fiestas que no es de apoyo a un

Parque Público", por otra parte no se puede ignorar que era la Concejal de Urbanismo, y por pocos conocimientos que se la presuman en la materia no es razonable llegar al extremo de que fuese tan ignorante de no saber algo tal elemental, como es la importancia que tendría un informe sobre la actividad de cara a la concesión, o no, de la licencia, mucho más cuando, además, es abogada en ejercicio y se trataba de un aspecto eminentemente jurídico, planteamiento que, dicho de otra manera, solo entendemos que pretenda, con él, disociar sus conocimientos a título personal sobre una cuestión tan elemental, de su formación política y profesional, que sería desde un punto de vista meramente formal, lo que no cabe admitir en el ámbito que nos movemos, que es el penal, donde lo formal no tiene cabida frente a realidades materiales. Es más, tal como se desarrollaron los hechos, más parece que fue decisiva su intervención para que el informe que redacta el Sr. Tomás fuera en los términos que lo redactó, porque, de no haber negado esa viabilidad que le niega al Sr. Severino en su correo de 7 de junio, no tendría sentido que éste forzase a pedir una aclaración, mediante el escrito de 20 de julio, de unas dudas que dice tener sobre los usos del parque, que no había por qué tenerlas. Se fuerza la interpretación y es gracias a ello que se acaba consiguiendo un informe a conveniencia, con el que cubrir de legalidad de la ilegalidad que se acaba cometiendo, mediante el Decreto de 13 de septiembre que ella firma.

El referido correo personal de 4 de julio (folio 5318 y 5139), que remite Severino a Adela, le expone a ésta que su empresa había invertido más de lo previsto y así lo explica la sentencia de instancia en su fundamento vigesimonoveno, cuando dice "que su empresa había invertido "más de lo previsto" en el SGEL-11 "a petición (sic) de la propia Área de Urbanismo", haciendo expresa alusión al "asfaltado" de toda "la subida" al Serrallo, y que "siempre habían entendido que se estaba compensando ese mayor esfuerzo a cambio de poder sacar más rendimiento a la Concesión administrativa", sugiriendo fórmulas para llevar a cabo esa "compensación", consistentes en aprobar la instalación de la "Sala de Fiestas" y la autorización del cambio del horario del parque, que era preciso para llevar a cabo, de forma rentable, el "resto de instalaciones terciarias de apoyo".

Por lo demás, la solicitud que presentó Severino al Ayuntamiento el 20 de julio se limitó solo a interesar la "interpretación" de los "horarios del parque en función de los usos a desarrollar", o la "modificación del pliego", sin especificar qué tipo de "usos" era el que pretendía implantar en el SGEL, ocultando que se trataba para Sala de Fiestas, por lo que nos parece razonable que el tribunal a quo diga en el primer párrafo del fundamento de derecho vigesimooctavo que "en relación a la implantación de la Sala de Fiestas en el segundo pabellón de los construidos en el SGEL, el Sr. Victor Manuel [Director General de Urbanismo] declaró durante el juicio que, tras solicitar el acusado Sr. Severino que se interpretaran los horarios del parque, la propuesta de resolución presentada a la Junta de Gobierno Local el 26 de julio de 2012 omitió, deliberadamente, que los "usos terciarios de apoyo" del parque debían ser los que menciona el art. 6.1.19.2, esto es, los "comerciales".- El acuerdo de la Junta de Gobierno habría sido, según su criterio, "predirigido" a otorgar carta blanca al promotor para implantar otros usos de carácter lucrativo no autorizados por el Plan General, eludiendo, además, el control que la Comunidad Autónoma debe ejercer sobre ese cambio en los usos.- Con esto, sostenía el Perito, se vulnerarían (a "posteriori", anotamos) los principios de libre oferta que han de regir la adjudicación de las concesiones administrativas".

En este sentido, son acertadas las consideraciones que hace el M.F. en su escrito de impugnación del motivo, cuando destaca el pasaje que toma del fundamento de derecho trigésimo de la sentencia recurrida, en que se hace referencia a que "el Sr. Victor Manuel declaró en juicio que la eliminación del término "comercial" al referirse a las "instalaciones terciarias" podía dar lugar a que el concesionario introdujera en la Concesión, por su propia voluntad, "usos" lucrativos de tipo privado no previstos en el pliego.- Según explicaba el testigo-perito, el Sr. Severino podría implantar "a fortiori" el uso de "espectáculos o centros de reunión", definido en el art. 6.2.15 del PGOU como uno de los usos "exclusivos terciarios de la edificación", regulado en epígrafe distinto a los usos "exclusivos terciarios comerciales", que, como venimos diciendo, es el camino que emplea Tomás para saltarse ese inicial clausulado, en el que hay mención expresa al art. 6.1.19.2 del PGOU, que él mismo había colocado en el pliego de condiciones de la concesión. Simplificando, el "uso terciario comercial de apoyo", que es lo que permitía el referido artículo, es un uso totalmente distinto al "uso terciario espectáculo/reunión", que es el que daría cobertura a una Sala de Fiestas, cuando la concesión fue para un parque de atracciones infantil, no para una Sala de Fiestas.

En resumen, Severino, que había mantenido ese cruce de correos con Adela, presenta un escrito en el que, solicitando una interpretación sobre el régimen de horarios del parque, tiene como objetivo que se abra la posibilidad de una interpretación relativa al cambio de los usos permitidos en la inicial concesión administrativa, para, en definitiva, el despliegue de una actividad que no cabía en los espacios libres donde se pretendía desarrollar, contando para ello con la colaboración imprescindible del informe de Tomás, lo que, por lo demás, encerraba, en último término, un cambio de las condiciones del inicial contrato, sin acudir al procedimiento establecido al efecto, por cuanto que ello hubiera precisado de la correspondiente modificación en el PGOU, que diera cobertura legal a implantar usos terciarios de espectáculos/reunión, como era la actividad propia de una Sala de Fiestas.

### Tercero.

Como decíamos en el fundamento anterior, hasta aquí hemos expuesto la base sobre la cual se asienta la actuación delictiva que ha dado lugar a la condena, que, en definitiva, lo es por articular una serie de pasos para

eludir la norma que regula el uso terciario comercial de apoyo en un Sistema General de Espacios Libres según viene regulado en el PGOU de Granada, hasta el punto de dictarse ese Decreto de 13 de septiembre de 2012 por la Concejala Adela, consciente de que, si lo hacía, se trataba de una resolución injusta y arbitraria, por contravención clara y patente al PGOU.

1. No obstante lo cual, en el motivo del recurso se observa un importante esfuerzo por convencer de que no existe tal arbitrariedad, y para ello se viene a argumentar que, encontrándonos ante un concepto jurídico indeterminado, como ese de "uso terciario comercial de apoyo", es susceptible de distintas interpretaciones y que la dada por el Director Técnico de Obras Municipales. Sr. Victorio, en su informe de 27 de junio de 2012, en el que decía que "el uso permitido por el planeamiento de terciario comercial de apoyo debe ser el que mejor ayude a desarrollar las posibilidades del Parque y cumplir mejor su fin, por lo que se entiende como apoyo los usos de Kioskos y zona de Restauración a nivel de Parque, pero no Sala de Fiestas que no es de apoyo a un Parque Público", que se asumió en el acuerdo tomado por la Junta de Gobierno Local de 26 de julio, para cuya aprobación se contó con el voto de la Concejala condenada, era una interpretación más de todas las posibles, entre las cuales las había que consideraban que debía autorizar el pabellón litigioso para uso de Sala de Fiestas.

Sobre este particular la sentencia de instancia realiza un extenso análisis, en el que explica las razones por las cuales considera que ha de primar el informe de este técnico sobre el de otros que opinan otra cosa. Estamos, pues, ante una cuestión de valoración de prueba, en que el criterio del tribunal ante cuya presencia ha de prevalecer sobre el de parte; por ello, cuando opta por decantarse por el del Sr. Victorio como único defendible, a ello habremos de estar, porque va dando las explicaciones oportunas, y a cuya conclusión llega tras analizar tanto lo favorable como lo desfavorable de cada uno de los informes que analiza. No es cuestión nuestra, por tanto, entrar en esa dinámica valorativa propia del tribunal sentenciador; a nosotros nos corresponde, en el marco de nuestra función de control casacional, examinar la racionalidad y razonabilidad del discurso de dicho tribunal, de ahí que nos limitaremos a exponer su acierto valorativo, que extraemos tras una lectura de su propia sentencia.

1.1. En primer lugar, reiterar lo declarado por el Director General de Urbanismo, Sr. Victor Manuel, a lo que nos hemos referido en el fundamento anterior, de que, tras la solicitud realizada por el acusado Severino en el escrito presentado el 20 de julio de 2012 para que se interpretaran los horarios del parque, la propuesta de resolución presentada a la Junta de Gobierno de 26 de julio de 2012 y el acuerdo que ésta toma estaría "predirigido" a otorgar carta blanca al promotor para implantar usos de carácter lucrativo no autorizados por el PGOU.

1.2. Acudimos también al párrafo final del fundamento de derecho vigesimonoveno, donde se recoge una consideración, a la que el propio tribunal da una relevancia importante. Se trata del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 4 de abril de 2018, emitido con posterioridad a los hechos y que, aunque no se considere vinculante, no quita para que sea de gran utilidad a la hora de formar criterio, no solo por la imparcialidad y objetividad que hay que presumir al provenir de un organismo oficial, sino por la cualificación profesional en el ámbito del derecho de los miembros que lo componen, que no solo corrobora el acierto de lo informado por el Sr. Victorio, sino que llega más lejos, pues acaba diciendo que un uso terciario de apoyo no puede ser desvirtuado hasta el punto de destinarlo a un establecimiento de hostelería. Hacemos nuestro el acierto del tribunal sentenciador al acudir a dicho Dictamen como elemento de apoyo a la hora de decantarse por el criterio del Sr. Victorio, y pasamos a reproducir lo que razona al respecto.

"Debe consignarse, en relación a la "interpretación" de las cláusulas de la Concesión, que la Fiscalía aportó al inicio de la vista el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 4 de abril de 2018, que no deja de tener relevancia por tratarse del organismo que habría de dictaminar sobre el Contrato.- En el párrafo 3º del Fundamento Jurídico 3º, el Consejo advierte de "una cuestión cuyo análisis le resulta esencial", relativa a "la clara apariencia de invalidez que revela el contrato", citando expresamente el art. 6.1.19.2 del PGOU.- Sostiene el órgano consultivo que, de "forma paulatina y sucesiva, con permisividad municipal plena" se han ido ejecutando obras e instalaciones no previstas en el pliego de condiciones, concluyendo que "en modo alguno un uso terciario de apoyo al espacio libre, que siempre ha de ser concebido como un uso coadyuvante y al servicio del uso principal que es (el destinado) al descanso y la expansión del ciudadano, puede ser desvirtuado hasta el punto de destinarlo a un establecimiento de hostelería que utiliza precisamente el espacio libre en su propio beneficio y en su provecho".

1.3. Asimismo, nos parece significativa la consideración que se hace en el fundamento de derecho trigésimo tercero, en que se dice que el Área de Urbanismo que dirigía la Concejala condenada "redactó, bajo su supervisión, una nueva Ordenanza Municipal de la Edificación que incluía artículos susceptibles de amparar el "uso" implantado por el Concesionario "manu propria", lo que solo se entiende como un intento de cubrirse las espaldas ante algo que había realizado y no tenía cobertura, pero que de poco le sirvió, desde el momento que, como más adelante se recoge en el mismo fundamento, fue objeto de recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que terminó con sentencia de 22 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva textualmente dice: "Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por el Letrado de la Junta de Andalucía contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Granada el 24-5-13 por la que se aprueba la Ordenanza Municipal de la Edificación; y consecuentemente, se anula el acto administrativo impugnado por no ser ajustado a derecho".

1.4. También podemos referirnos a la circunstancia de que, con independencia de que se fueren las interpretaciones para considerar viable la instalación de la Sala de Fiestas, en ningún caso cabría entender que es de apoyo al parque, como precisa el tan repetido art. 6.1.19.2, y así se recoge en la sentencia de instancia, cuando en el fundamento vigesimotercero se hace eco de la declaración prestada en juicio por el Inspector Provincial de la Dirección General de Urbanismo de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, Sr. Teofilo, quien "razonaba en su informe que, con independencia de las distintas interpretaciones que pudieran hacerse, los "usos" que permite el art. 6-1-19.2 del PGOU en ningún caso pueden servirse del SGEL para la consecución de sus fines, sino que deben "apoyar" a éste.- Lo fundamentaba el Perito en el art. 49.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, que veda la fijación de usos en parques y jardines públicos que lleven aparejadas utilidades privativas o anormales que excluyan o limiten el uso público, o permitan un uso no conforme al destino de los espacios libres.-Textualmente, sostuvo, la sala de Fiestas- Discoteca-Restaurante, en lugar de servir de apoyo al parque, "se apoya en el parque para servir a sus propios fines, y su autorización no estaría justificada" en modo alguno.- Además, decía el Perito, esos "usos" se autorizaron sin tramitar la oportuna modificación del planeamiento, eludiendo el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo al que hace referencia el art. 36.2.c) 2ª) de la LOUA".

2. Se ha utilizado, también, como argumento en apoyo de la estimación del recurso, que, admitido en la sentencia de instancia que se consideró legal el uso para restaurante, como "uso terciario comercial de apoyo", también debiera considerarse legal el uso para restaurante con Sala de Fiestas, como, por su parte, había entendido el Sr. Tomás.

No podemos, sin embargo, compartir el planteamiento, como no lo compartió el tribunal de instancia, para lo cual partimos, incluso, de las razones por las cuales no considera ilegal el uso para restaurante, que lo es a costa de una interpretación generosa y amplia sobre este tipo de usos, que se venía haciendo del contenido del art. 6.1.19.2, que permitiría englobar entre ellos, además de tiendas y kioscos, también restaurantes, como quedó reflejado tras el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2012, que asumió el informe de 27 de junio en estos términos, esto es, que entendió que entre los usos de apoyo al parque estarían los de kioscos y zonas de restauración.

Pues bien, frente a ello, el tribunal sentenciador razona que ambos usos están sujetos a un tratamiento distinto, como hace en el fundamento de derecho trigésimo segundo, cuando explica que "la concesión de la licencia solicitada por el Sr. Severino el 5 de marzo de 2012 para desarrollar en las dependencias "de apoyo" al parque la actividad de "restauración", no resultaría "abiertamente" contraria a las norma de aplicación, al estar fundamentadas en los informes y las decisiones al respecto en el espíritu de que las anima.- Pero no ocurre otro tanto con los informes y las decisiones adoptadas en relación a la solicitud del Sr. Severino para que el Ayuntamiento autorizase: a) la actividad de Sala de Fiestas en una de esas dependencias, b) las obras menores a llevar a cabo para la adecuación del local a ese tipo de actividad, y c) la puesta en funcionamiento de la mencionada actividad . El otorgamiento de esas tres licencias llevaría, de suyo, aparejada la implantación de un "uso" que nada tiene que ver con el "terciario comercial de apoyo" permitido por el PGOU ni con la interpretación que tradicionalmente había venido manteniendo el Ayuntamiento respecto a las zonas de restauración en los parques de la ciudad".

No negamos que existan Salas de Fiesta con restaurante, pero de ahí a mantener que, porque se haya considerado que el uso para restaurante no merecía reproche penal, se haga tal consideración extensible al uso para Sala de Fiestas, poca explicación precisa, pues, el que sea así, no significa que el concepto espectáculo, que caracteriza a éstas, lo pierda porque, además, preste un servicio de restauración, pues es el espectáculo lo que no cabe dentro del "uso terciario comercial de apoyo" del art. 6.1.19.2 del PGOU, que, como venimos insistiendo, no es compatible con el "uso terciario espectáculo/reunión".

Para mantener esto que decimos bastaría remitirnos no solo a algo que es de conocimiento notorio, sino que, si acudimos al diccionario de la RAE, vemos que Sala de Fiestas se define, como "local de diversión donde se sirven bebidas, dotado generalmente de una pista de baile y en el que, normalmente, se exhibe un espectáculo", definición que nada tiene que ver con la de restaurante, que lo define, como "establecimiento público donde se sirven comidas y bebidas, mediante precio, para ser consumidas en el mismo local", lo que no quita para que, aunque en una Sala de Fiestas se sirvan comidas, pierda su característica de ofrecer espectáculos, que es lo definitivo para su diferenciación y distinto tratamiento, con lo que, si solo por tolerancia se ha consentido el uso para restaurante, no nos vale que, por equiparación a él, se pretenda extender el uso a otro distinto, que desborda el concepto mismo de restaurante.

#### Cuarto.

Vulnerador de la legalidad, con relevancia como para considerarla constitutiva del delito de prevaricación por la que se condena, ha sido, también, el Decreto dictado por la Concejala, Sra. Adela, de 20 de noviembre de 2012, de licencia de apertura y funcionamiento para la actividad asentada en el local litigioso, que, si bien se tuvo en cuenta a los efectos acusar por el delito de prevaricación como continuado, al final no tiene trascendencia, porque la sentencia de instancia no ha apreciado dicha continuidad delictiva, y ha basado la condena en el arbitrario Decreto

de 13 de septiembre de 2012, concediendo licencia de obra menor para la adecuación del pabellón a uso de Sala de Fiestas, que, como hemos visto, se ha tratado sobre él en los fundamentos precedentes.

No obstante lo cual, alguna consideración se hará, siquiera brevemente, para incidir en la arbitrariedad que se incurre al dictar el de 20 de noviembre de 2012, y para ello podemos arrancar de uno de los pasajes que encontramos en el hecho probado noveno, en el que se habla del Decreto de 13 de junio de 2012 (al que nos hemos referido en el apdo. 3.1 del primer fundamento de derecho), que concedía licencia de "instalación" para actividad de restaurante y sala de fiestas, y que, entre las distintas menciones que contiene, vimos que prohibía el inicio de la actividad hasta la obtención de la correspondiente licencia de "apertura y funcionamiento", que se concede mediante ese Decreto de 20 de noviembre.

Pues bien, sentada la irregularidad del Decreto de 13 de septiembre de 2012, de licencia de obra nueva, la posterior licencia de apertura solo tiene razón porque se ha autorizado la obra para adaptar el local a Sala de Fiestas, en base a una licencia que es ilegal concedida por la misma Concejal, de manera que, si es ilegal ésta y luego autoriza la apertura del establecimiento, se está incurriendo en una ilegalidad más que viene arrastrada de la anterior.

Y concluimos: con las consideraciones realizadas hasta el momento, en los distintos fundamentos, damos por contestado el primer motivo de recurso formulado por la representación procesal de Adela, que se desestima.

### **Quinto.**

Segundo motivo de recurso: "Por infracción de Ley. Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter. Concretamente lo dispuesto en el art. 404 del CP, por aplicación indebida".

1. Establece el art. 849 que "se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal", motivo que, como se ha dicho, es el genuino de casación, para cuyo examen se ha de partir de un escrupuloso respeto a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, pues se trata de revisar la aplicación de la ley penal sustantiva, de manera que queda fuera del mismo cualquier pretensión dirigida a modificar los hechos probados, por lo que, en caso de que la impugnación ataque la intangibilidad de estos, debería proceder la inadmisibilidad del recurso ( art. 884.3º y 885.1º LECrim).

Pues bien, sin perjuicio de que se reitere alguna de las consideraciones que hemos hecho en los fundamentos precedentes, el análisis del presente motivo de recurso, al ser planteado por error iuris, habrá de ser abordado desde el más absoluto respeto a los hechos probados, por lo que no entraremos en consideración alguna en relación con las alegaciones que se hacen sobre cuestiones interpretativas en torno a la norma que ha sido base de la condena, con más razón, porque se repiten argumentos que se expusieron en el primero de los motivos de recurso, a los que se dio respuesta en los fundamentos anteriores, en particular, en el tercero, en que se expusieron las razones por las cuales el único informe defendible era el 27 de junio de 2012, del Director Técnico de Obras Municipales. Sr. Victorio, base del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2012. No reside la base de la condena en cuestiones de interpretaciones más o menos acertadas, que bien pudieran dar lugar a no ser apreciable el elemento arbitrario de la resolución que define el delito de prevaricación del art. 404 CP, sino que, al margen los esfuerzos realizados por la recurrente para llevar el debate a este terreno, la sentencia de instancia condena al Sra. Adela porque, como Concejal, dicta unas resoluciones apartándose de la única interpretación defendible de una norma, como ella misma, de alguna manera había mantenido, y que, además, fue avalada por un informe técnico, precisamente por apartarse de ese único criterio, como pasamos a ver.

2.1. Recordábamos en STS 439/2022, de 4 de mayo de 2022, doctrina consolidada en nuestra jurisprudencia en relación con el delito de prevaricación administrativa, con cita de la STS 576/2021, de 30 de junio de 2021, en la que decíamos como sigue:

"La arbitrariedad, dijo la STS 743/2013, de 11 de octubre, 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. También cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. O cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

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 convertida en fuente de normatividad sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

La jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente 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 voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho ( SSTS 49/2010, de 4 de febrero; 1160/2011, de 8 de noviembre; 502/2012, de 8 de junio; 743/2013, de 11 de octubre; 1021/2013, de 26 de noviembre; 773/2014, de 28 de octubre; o 259/2015, de 30 de abril, entre otras).

En palabras de la STS 773/2014, de 28 de octubre, la prevaricación 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 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor ( STS 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 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".

Pues bien, para considerar consumado el delito de prevaricación por el que viene condenada la Concejal recurrente, bastaría con que nos refiriéramos a su opinión cuando no entendía viable la instalación de una Sala de Fiestas en el pabellón litigioso y sin embargo dicta el Decreto de 13 de septiembre de 2012 concediendo licencia de obra menor para adaptación del local a tal uso, porque solo este comportamiento encierra tanto el elemento objetivo de dicho delito, como el subjetivo, pues, consciente de que estaba autorizando algo que no debía, sin embargo lo autoriza, y no vale para excusa de ello que se escude en que era una opinión personal, porque, aunque así lo fuere, como venimos diciendo, en modo alguno se puede ignorar su condición de Concejal de Urbanismo, ni tampoco de la de abogado, lo que permite presumir unos conocimientos mínimos en una materia jurídica, como era ésta, de los que no se podría desprender.

En cualquier caso, y como decimos que el motivo ha de pasar por el respeto a los hechos probados, habremos de remitirnos a la sentencia de instancia, de cuyos hechos, en el fundamento de derecho segundo, se ha ido haciendo un resumen de los que consideramos más relevantes en orden a una valoración jurídico penal de los hechos que han dado lugar a la condena, y de los cuales, a su vez, hemos considerado más significativos los transcritos como último párrafo del primer fundamento de derecho, traído del hecho probado decimosegundo, que repetimos:

"En base a este informe del Director General de Licencias [Sr. Tomás], la Sra. Adela, que dos meses antes había informado al Sr. Severino que en el parque urbano solo podría permitirse la instalación de kioscos o zonas de restauración, esto último porque "así se venía haciendo en el resto de parques de la ciudad", teniendo conocimiento del informe del Sr. Victorio y de que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio sólo autorizaba la instalación en el parque urbano de kioscos o restaurantes, con abuso de las funciones de su cargo e ignorando lo dispuesto en las normas de planeamiento, dictó Decreto el mismo día 13 de septiembre de 2012 en el que emitió su informe el Sr. Tomás, concediendo licencia de "obra menor" para acondicionar el pabellón I a Sala de Fiestas".

Por lo tanto, si la Sra. Adela, como Concejal de Urbanismo, dicta un Decreto, que es donde se concreta la comisión del delito, y lo hace con abuso de sus funciones e ignorando lo dispuesto en las normas de planeamiento, y se declara, además, que era conocedora del acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 26 de julio, poco más se puede añadir para describir una conducta prevaricadora, en cuanto que, por ser contraria derecho, haciéndolo en evidente contravención con las normas de planeamiento y con abuso de sus funciones, solo cabe considerarla "arbitraria", como exige el art. 404 CP al definir este delito.

En el relato histórico de la sentencia de instancia hay más elementos que apuntan a que la recurrente no fue ajena a los pasos que se fueron dando hasta que dicta los dos Decretos que dan lugar su condena, que no consideramos necesario traer en este momento a colación para definir su comportamiento delictivo, de los que se ha hablado más arriba, entre ellos ese intercambio de correos entre ella y Severino de los días 4 y 7 de julio de 2012, de innegable incidencia para que éste presentase su escrito de 20 de julio, y no los traemos porque podemos prescindir de ellos, al ser el de prevaricación un delito de mera actividad e infracción de deber, pues con el simple dictado, a sabiendas, de la resolución arbitraria, se infringe ese deber de actuar conforme al ordenamiento, suficiente para su consumación.

Sí, en cambio, es oportuno recordar que, en relación con el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio, se dice en el hecho probado decimoprimer que se aprobó con los votos favorables, entre otros, de la Concejal recurrente, con lo que venía a asumir, en este caso contando con una opinión técnica favorable, que no

cabía habilitar como Sala de Fiestas el local litigioso, y no obstante dicta el Decreto de 13 de septiembre de 2012 de licencia de obra menor para su adecuación a Sala de Fiestas, y lo mismo podemos decir en relación con el Decreto de 20 de noviembre de 2012 de licencia de apertura y funcionamiento.

Los anteriores pasajes evidencian el aspecto objetivo del delito, esto es, la ilegalidad de las resoluciones, pero también el subjetivo, en la medida que la Concejala incurre en esa ilegalidad a sabiendas de que lo es, desde el momento, no ya porque la propia recurrente supiera, por propio conocimiento, que no se podían otorgar las licencias que concede, sino porque cuenta con un informe técnico, que ella misma asume, que le está indicando que no cabía autorizar la adaptación del local a Sala de Fiestas, y, no obstante saberlo, contraviene la norma que lo impide y dicta desviadamente los dos Decretos, que pretende revestir de legalidad, amparándose en un informe "ad hoc", lo que constituye un puro acto de desviación de poder, al que se refiere el art. 70.2 de la LJCA (Ley 29/1988), donde se define como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

Y que la Concejala era consciente de la arbitrariedad en que incurría lo evidencia ese cubrirse las espaldas de que hemos hablado en el punto 1.2 de fundamento de derecho tercero, donde decíamos que, consciente de las irregularidades en que había incurrido, se redacta bajo su supervisión una nueva Ordenanza Municipal de Edificación en la que se incluyen artículos que amparasen lo indebidamente autorizado, y que, recurrida, dio lugar a la sentencia de 22 de febrero de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que anuló el acto administrativo impugnado por no ser ajustado a derecho, lo que significa que, ni aun habiendo tratado de buscar una estrategia para cubrir de legalidad lo que no lo era, ni siquiera lo consigue.

Tras lo expuesto, consideramos que es suficiente para inferir de manera razonable, coincidiendo con lo que argumenta el tribunal sentenciador en el fundamento trigésimo tercero de su sentencia, "que la Sra. Adela tenía conocimiento de que el informe del Sr. Tomás sobre las obras de adaptación del Pabellón I a Sala de Fiesta contrariaba abiertamente los arts. 6.1.18 , 6.1.19.2 del PGOU, 1.9 de las Ordenanzas del PP T-2, 49.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, y los preceptos concordantes de la LOUA y del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, esto es, que la interpretación de las normas que efectuaba el Técnico era arbitraria por ser contraria al planeamiento municipal, no obstante lo cual concedió la licencia".

Y añade algo más el tribunal, que también compartimos, cuando continúa diciendo: "A ambos, Concejala y Director General de Licencias, respectivamente, les era exigible otra conducta diferente conforme a la norma.- La Sra. Concejala no estaba vinculada por el informe favorable a autorizar la obra menor del Sr. Tomás, no existiendo obstáculo legal alguno para que, invocando lo dispuesto en el propio PGOU, no se autorizasen las obras de adaptación del local, ni se otorgase más tarde la licencia de apertura y funcionamiento de la actividad vetada por el Plan de Ordenación".

Concluimos haciendo nuestras palabras que encontramos también el mismo fundamento, en que considera "que de ninguna de las posibles interpretaciones admisibles en derecho puede desprenderse que el art. 6.1.19.2 del PGOU tolerase, sin ser modificado antes, otros usos que no fueran de "apoyo" al parque construido en su superficie, albergando actividades de tipo lucrativo con horario de apertura y cierre distinto al de los demás parques públicos de la ciudad", apoyándose para ello en el más arriba mencionado Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 4 de febrero de 2018, en el que, incluso, se llega a hablar de la existencia de unos indicios que "apuntan hacia una contratación realizada en fraude de ley según la definición concebida en el artículo 6.4 del Código Civil".

Y podemos resumir nuestro discurso recogiendo las siguientes consideraciones del M.F:

"El motivo no puede ser estimado. El cauce casacional invocado exige el más estricto respeto a los hechos declarados probados, y en ellos se describen clara y meridianamente los diferentes elementos típicos que integran el delito en cuestión, lo que acredita la corrección del juicio de subsunción en la norma penal que ha realizado la sentencia recurrida: la patente ilegalidad y abierta contradicción con el derecho de las decisiones administrativas adoptadas (la concesión del uso del local para sala de fiestas en un parque público era contrario a las previsiones establecidas por el Plan General de Ordenación Urbana, el Pliego de Condiciones de la Concesión y otras normas administrativas), la condición de autoridad del autor (Concejala del Ayuntamiento de Granada), y el elemento subjetivo del tipo penal, cual es la actuación de la acusada "a sabiendas" de que las decisiones administrativas que adoptó -concesión de licencias de obra menor, así como de apertura y funcionamiento del local emplazado en el SGEL-11 para su uso como sala de fiestas- constituían una flagrante violación de la legalidad urbanística".

Por lo demás, las consideraciones realizadas permiten afirmar que la Sra. Adela, en su condición de Concejala del Ayuntamiento de Granada, dictó un par de Decretos contrarios a una norma, cuya decisión no quedaba cubierta por ninguna interpretación de la ley admisible, porque la única defendible de aquella era la recogida en el informe del Sr. Victorio de 27 de junio de 2017, cuyo criterio fue asumido en Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2012, que contó con el voto favorable, entre otros, de la propia Concejala, quien, sin embargo, luego contravino en el Decreto de 13 de septiembre de 2012

Procede, por tanto, la desestimación del segundo motivo de recurso.

**Sexto.**

Motivo tercero: "Por infracción de Ley. Al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

Hace, sin embargo, la recurrente un planteamiento que incurre en un error de base, pues ni nos indica cuál de esos documentos es literosuficiente y qué relevancia tendría por sí solo en orden a la decisión final del pleito, por lo que, habiendo acudido al motivo error facti, del art. 894.2º LECrim., está abocado al fracaso, por cuanto que, tal como se desarrolla, no lo respeta, ya que, según su texto, cabrá corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que resulte de un documento susceptible de dar lugar a la alteración del hecho probado con relevancia para el pronunciamiento final del juicio, pero siempre teniendo en cuenta que, en nuestro proceso penal, como resulta del inciso "sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", no se reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental, a la vez que no cabe acudir a otro motivo, como es invocando la presunción de inocencia para desbordar este.

En realidad, el motivo, en su desarrollo, lo que hace son consideraciones propias de una mecánica de reevaluación de una prueba no practicada a nuestra presencia, desde una dinámica en la que no cabe que entre este Tribunal de Casación por carecer de principios tan fundamentales en materia de valoración de la prueba como el de inmediación y contradicción, sin siquiera mencionar ese documento literosuficiente que, por sí solo, pudiera hacer variar el sentido del fallo. Se dedica a mencionar no ya una serie de documentos, sino una prueba personal documentada, como es la pericial, que ha sido valorada por el tribunal sentenciador, con unas consideraciones que, reiteramos, nos parecen razonables, y, no obstante lo cual, se pretende una nueva valoración de esos mismos documentos, en realidad prueba personal documentada, por este Tribunal, que, insistimos, no es función nuestra, y menos pasando por la parcial e interesada que propone quien es parte en el proceso y defiende intereses propios.

Por lo demás, la pretensión de anudar un motivo de casación por error facti a una prueba pericial, suele tener escasas posibilidades de éxito, ya que, conforme a reiterada jurisprudencia, la consideración de ésta como documento solo se ha admitido excepcionalmente, por cuanto que, en realidad, el informe pericial se trata de una prueba personal documentada, más cuando ha sido ratificada o ampliada en juicio, porque queda sujeta al principio de inmediación, a valorar en el contexto de libre apreciación conjunta de toda la prueba practicada que, de conformidad con el art. 741 LECrim., corresponde al tribunal ante cuya presencia se practicó.

En este sentido en STS 294/2019, de 3 de junio de 2019 decíamos como sigue:

"En relación al motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" ( STS 310/2017, de 3 de mayo)".

Desde las anteriores premisas doctrinales, el motivo no solo no puede prosperar, sino que este Tribunal se ve impedido de entrar en la dinámica a la que pretende llevarnos, por cuanto que, en lugar de indicarnos cuál sería



ese documento literosuficiente que, por sí solo, tuviera virtualidad para cambiar el signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida, se dedica plantear interpretaciones, a conveniencia e interés propio, de las distintas pericias practicadas en la instancia, que pretende que este Tribunal, que carece de inmediación, las asuma y las anteponga a la exhaustiva valoración que de ellas ha realizado el tribunal sentenciador. De hecho, que lo que se pretende es una interpretación de lo que denomina documentos que no son literosuficientes, lo evidencia en los apartados que invoca "error en la interpretación de la prueba documental, en cuanto a la licencia de actividad" y "error en cuanto a la interpretación de la documental en la Licencia de apertura".

Así las cosas, poco más podemos decir para desestimar el motivo; si acaso remitirnos a las consideraciones que hacíamos, por un lado, en el fundamento de derecho primero al tratar de la presunción de inocencia y sus derivaciones en relación con cuestiones probatorias, y, por otro, en el tercero donde explicábamos las razones por las cuales el único informe defendible era el de 27 de junio de 2012, realizado por el Director Técnico de Obras Municipales, Sr. Victorio.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

#### **Séptimo.**

Cuarto motivo: "Por infracción de Ley. Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en íntima relación con el motivo anterior, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas de igual carácter. Concretamente lo dispuesto en el art. 404 del C.P., por aplicación indebida".

Se esgrime este motivo condicionado a la anterior, como así lo indica la recurrente que expresamente lo articula "íntimamente relacionado con el motivo anterior y como consecuencia de su estimación", para, a partir de ahí, entender que la Concejal recurrente no ha incurrido en hecho alguno constitutivo de delito.

Al venir supeditado el presente motivo al anterior, y haber sido éste desestimado, la consecuencia es, también, su desestimación.

#### **Octavo.**

Quinto motivo: "Por quebrantamiento de forma. Al amparo del art. 851.1º de la LECrim. Concretamente los quebrantamientos de forma en la sentencia que suponen los supuestos descritos en el exponiendo 1º del citado artículo".

1. Establece el art 851 que podrá interponerse el recurso de casación por quebrantamiento de forma: "1.º Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo".

Como puede observarse, este primer motivo, en realidad, agrupa tres motivos distintos: por falta de claridad en los hechos probados; por contradicción en los hechos probados, y por predeterminación del fallo, por lo que un enunciado como con el que se encabeza el motivo, aunque, en principio, encierra una cierta indefinición, leído su desarrollo parece que la queja se orienta en el sentido de considerar que la sentencia de instancia contiene una contradicción interna en sus hechos probados.

Así lo entiende la recurrente que ve tal contradicción, en que acepta "el uso de restauración y hostelería como compatible con el art. 6.1.19.2 del PGOU de Granada, a la vez que considera ilegal y constitutivo de delito de prevaricación el conceder o informar la concesión de licencia para uso de restaurante, café-bar con sala de fiestas".

Pues bien, enfocado desde este punto de vista el motivo, en una primera aproximación hay que decir que el vicio concerniente a la contradicción entre los hechos probados, ha de centrar la atención, precisamente, en los hechos probados, lo que implica que las quejas por contradicción entre hechos y fundamentos o entre hechos y cuestiones probatorias no tienen cabida en él.

En este sentido, en STS 139/2021 de 17 de febrero de 2021, recogiendo jurisprudencia traída de la STS 197/2016, de 10 de marzo de 2016, se puede leer "que, en cuanto al quebrantamiento de forma denunciado al amparo del art. 851.1º LECRIM, conviene recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (SSTS de 4 y 5 de junio de 2001, por ejemplo), la que sostiene que para la procedencia del motivo resulta preciso que la contradicción sea interna al propio relato, es decir constatada por la contraposición de expresiones en él contenidas que, neutralizando entre sí su respectivo significado, provoquen un vacío en la descripción de lo acontecido que impida la correcta comprensión e integración normativa de esa misma narración fáctica. Como requisito también necesario se cita, en primer lugar, el de que la contradicción ha de ser esencial, es decir que afecte a extremos determinantes del pronunciamiento judicial y no relativos, tan sólo, a meras circunstancias irrelevantes para la conclusión alcanzada con la resolución. Y, también, que se genere una verdadera incongruencia, dada la relación entre el vicio procesal y el pronunciamiento que contiene la Sentencia recurrida (así, en STS 197/2016, de 10 de marzo)".

En todo caso, para que se aprecie el vicio es necesario, como decíamos, entre otras, en STS 649/2017, de 3 de octubre de 2017: "a) Que la contradicción sea manifiesta en el sentido de insubsanable. b) Que sea interna,

esto es, que resulte de los propios términos de los hechos probados, produciendo un vacío en ellos. c) Que sea causal respecto al fallo".

2. Si pasamos al desarrollo del motivo, vemos que en él se dice que discute la sentencia de instancia en su página 113, correspondiente a su fundamento de derecho decimonoveno, determinada afirmación del perito Sr. Ovidio, complementando unos hechos probados con manifiesta contradicción interna, en sí mismos, con el resto de los hechos probados y con la fundamentación jurídica, planteamiento de arranque que debe llevar a la desestimación del motivo, en la medida que la contradicción que se alega la encuentra la recurrente entre hechos probados y fundamentos de derecho, que, como, anticipábamos, no la abarca el vicio denunciado, con más razón si el discurso se adentra en interpretaciones y valoraciones probatorias, hasta poner en tela de juicio la parcialidad de alguno de los testigos y/o peritos que declararon en juicio y volver a cuestionar determinados informes, y analizar a conveniencia determinados testimonios.

Yendo por este camino, como dice el M.F. "el motivo no puede ser acogido. La cuestión que plantea el recurrente no tiene cabida en este cauce casacional, porque lo que alega no es una contradicción en los hechos sino el análisis valorativo de las pruebas periciales e informes técnicos que conforman la fundamentación jurídica de la sentencia".

Si con lo dicho sería suficiente para desestimar el motivo, cuando nos detenemos en el fondo hay razones que abundan en esa desestimación, por cuanto que lo que considera la recurrente una contradicción interna, según se lee en el extracto del motivo, es que acepta "el uso de restauración y hostelería como compatible con el art. 6.1.19.2 de PGOU de Granada, a la vez que considera ilegal y constitutivo de prevaricación el conceder o informar la concesión de licencia para uso de restaurante, café-bar, con sala de fiestas".

Sobre este particular hemos tratado en apdo. 2 del tercer fundamento de derecho, donde exponíamos las razones por las cuales no se puede equiparar el tratamiento, a efectos de uso del suelo en un parque infantil, de un restaurante y una sala de fiestas, y cómo consideramos que una sala de fiestas, por más que preste un servicio de restauración, no deja de ser un espectáculo, que es la circunstancia diferencial determinante de ese distinto tratamiento.

Procede, por tanto, rechazar el motivo de recurso.

## **Noveno.**

Sexto motivo: "Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción de los derechos de tutela judicial efectiva y defensa, así como el art. 9.3 y 120.3 de la misma, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos".

1. La pretensión que se busca en este motivo de recurso, parte del hecho de haberse tenido personado como acusación particular el Ayuntamiento de Granada, así como de la circunstancia de haber sido condenada la recurrente, en la cuota que le corresponda, al pago de las costas devengadas por aquél, solicitando que se le despoje de tal condición, por considerar que se le tuvo por personado como tal acusación particular indebidamente, y que se deje sin efecto la condena en las costas devengadas por el mismo, por considerarlo improcedente.

La extensión que se dedica a dicha pretensión no es poca, con mención a cuestiones políticas, que siempre deberían estar al margen de un proceso penal, más en un caso como éste, en que la normativa que regula ambas cuestiones es clara, que, evidentemente, es a lo único que atenderemos, con cita de los artículos que las regulan, y sin prescindir de razonamientos que al respecto encontramos en la sentencia recurrida, que compartimos íntegramente.

2.1. En lo relativo a la personación como acusación particular del Ayuntamiento de Granada, no acabamos de entender la queja, porque, considerado perjudicado en cuanto se solicitaba para él una determinada cantidad en concepto de indemnización por los hechos delictivos denunciados, atribuidos a distintos investigados (en concreto, y por referirnos a una petición lo más objetiva, tomamos los 306.932,87 euros, en que acotaba su petición de resarcimiento al Municipio el M.F. vinculada al delito de malversación), no cabe duda alguna de su legitimación para personarse como tal, en aplicación de lo dispuesto en el art. 110 LECrim. que establece que "las personas perjudicadas por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones. Si se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas".

En el punto 1º del primer fundamento de derecho de la sentencia de instancia, donde se da respuesta a las cuestiones previas planteadas por las partes, entre ellas la relativa a la falta de legitimación de dicho Ayuntamiento, explica el tribunal a quo, que no constando en autos el documento que refrendase que el Decreto del Sr. Alcalde a tal efecto había sido convalidado por el Pleno, se concedió plazo para ello, presentándose documento que acreditaba la dación de cuenta de dicho acuerdo en Sesión del Pleno de 29 de julio de 2016, quedando así justificaba

esa cualidad de eventual perjudicado, por lo tanto, con anterioridad al inicio del juicio oral, de ahí que resulte indiscutible su legitimación como acusación particular.

Las demás alegaciones relacionadas con las incidencias habidas en torno a los profesionales que se hicieron cargo de la defensa son cuestiones internas afectantes a la postulación procesal de quien está legitimado, que en nada afectan a la legitimación, pues lo fundamental es que el Ayuntamiento compareció, como debía, asistido de abogado y representado por procurador, por lo que no cabe poner tacha a su presencia en juicio en el concepto que lo hizo.

2.2. Por otra parte, tenemos que el art. 761 LECrim, establece que, instruido el ofendido o perjudicado por el delito de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los arts. 109, 110 y demás disposiciones, "pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela", y en este sentido, en STS 797/2015, de 24 de noviembre de 2015, decía este Tribunal lo siguiente:

"El art 109 Lecrim otorga la posibilidad de ser parte como acusador particular al ofendido por el delito, por lo que la legitimación para actuar en tal condición en el proceso no depende necesariamente de la condición de perjudicado, en el sentido de beneficiario de la responsabilidad civil. Como recuerda la reciente STS núm. 754/2015, de 17 de noviembre, constituye un error manifiesto denegar la condición de acusación particular al ofendido por el delito para ligar esta condición exclusivamente a quien sucesivamente fuese el titular del patrimonio dañado, o excluir como acusador a quien no pudiese ejercitar la acción civil, pues en tal caso todo el que fuese indemnizado perdería la condición de acusador particular".

Y en la STS 600/2014 de 3 de septiembre de 2014, apuntábamos que "el bien jurídico atacado por el delito de prevaricación son aquellas conductas del funcionario público o autoridad que no adecua su actividad a los parámetros de legalidad, objetividad e imparcialidad, en definitiva supone una actividad arbitraria y un abuso de poder que supone la negación de los principios que deben regir la función pública".

En el caso que nos ocupa, al margen los eventuales prejuicios que se pudieran derivar al Ayuntamiento por los hechos delictivos objeto de investigación, no podemos negar su condición de ofendido, aunque solo sea por el daño reputacional que, como corporación municipal, ha podido padecer porque, aprovechando las ventajas de ampararse en él quien es Concejal, dicta una resolución que atenta su propio interés y prestigio, con lo que, contemplado desde este punto de vista, hay una razón más para rechazar la queja por haberse admitido su personación como acusación particular.

3. Y en lo relativo a la condena en costas, la inclusión de las devengadas por el Ayuntamiento como acusación particular, no otra alternativa quedaba a la vista de lo dispuesto en artículos como el 123 CP o el 240 y 241 LECrim.

Es doctrina asentada en torno a estos artículos que, en la medida que el condenado ha dado lugar con su conducta a un perjuicio, para cuya solución se acude a un proceso, ha de soportar las cargas de este proceso, sin que haya razón para excluir de ellas las ocasionadas por ese proceso al perjudicado.

En este sentido, la STS 899/2021, de 18 de noviembre de 2021, recordaba que la STS. 430/99 de 23.3 destaca que "el art. 124 CP. que impone la obligatoriedad de la inclusión de los honorarios de la acusación particular en los delitos solamente perseguibles a instancia de parte, no se pronuncia en lo que se refiere a los demás hechos delictivos, dejando subsistentes los criterios jurisprudenciales en esta materia. Conforme a éstos ( SSTS. 27 de noviembre de 1992, 27 de diciembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 8 de febrero, 27 de marzo, 3 y 25 de abril de 1995, 16 de marzo y 7 de diciembre de 1996), la exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito, (que constituyen perjuicios para la víctima, derivados directamente de la voluntaria ejecución del delito por el condenado), únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables".

Y en la STS 380/2022, de 20 de abril de 2022, con cita de otras, como la 41/2013 de 23 de enero de 2013, o la 774/2012 de 25 de octubre, recuerda que los criterios en la materia siguientes:

"1).- La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular ( art. 124 del Código Penal).

2) .- La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil.

3).- La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.

4).- Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado".

Trasladados los anteriores criterios al caso, hemos de asumir la decisión del tribunal a quo imponiendo a la recurrente el pago de las costas devengadas por el Ayuntamiento en cuanto perjudicado, porque, como explica en el cuadragésimo de los fundamentos de derecho, sus pretensiones acusatorias han sido acogidas en sentencia y

ser esta regla general, frente a la que no se han opuesto argumentos de índole técnico procesal que desvirtúen esa realidad.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.  
Recurso de Tomás

#### **Décimo.**

Primer motivo: "Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción de los derechos de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y defensa del art. 24 de la C.E."

1. Planteado el motivo en iguales términos que el primero de los formulados por la anterior recurrente, le daremos respuesta en línea a como se la dimos a ésta, con la particularidad de que la condena de Tomás ha sido como cooperador necesario en el delito de prevaricación administrativa por el que ha resultado condenada, como autora, Adela, al haber emitido el informe de 13 de septiembre de 2012, sobre el que dicha Concejal se apoya para dictar el Decreto prevaricador de la misma fecha, y es que consideramos que el discurso que se desarrolla a lo largo del extenso motivo que ahora nos ocupa no difiere en lo sustancial del primero de los motivos del recurso de aquélla, razón por la que nos remitimos a las consideraciones que hacíamos en los fundamentos de derecho primero, segundo y tercero, en que hemos expuesto las razones para su desestimación, y nos centraremos ahora en aquello que concierne a este recurrente, sin perjuicio de mantener lo que entonces se dijo y la necesidad de incurrir en alguna reiteración, pues, como se puede apreciar en aquellos fundamentos, ha sido imprescindible hacerle mención.

Como decimos, la razón de la condena del Sr. Tomás está en la emisión del informe de 13 de septiembre de 2012, y el debate lo plantea el recurrente manteniendo que dicho informe obedece a una interpretación jurídica razonable, al igual que puede serlo otra distinta, como la del informe de 27 de junio del Sr. Victorio, con lo que, planteado así el discurso, el motivo no puede prosperar, porque, como venimos diciendo, el único informe defendible era este de 27 de junio de 2012 del Sr. Victorio, Director Técnico de Obras Municipales según hemos razonado en los primeros fundamentos.

Nos remitimos a lo argumentado en ellos, comenzando por recordar que no es misión nuestra entrar en consideraciones por las que el tribunal sentenciador ha entendido que el informe al que se ha de estar es el del Sr. Victorio, por ser esta una cuestión de pura valoración de prueba, que incumbe, en exclusiva, al tribunal ante cuya presencia se practica, y que, en nuestra función de control casacional, habíamos de limitarnos a verificar la racionalidad del discurso que ha llevado a tal conclusión, que hemos expuesto en el fundamento de derecho tercero, fundamentalmente porque hay razones objetivas que lo avalan y descartan otros. A lo que entonces se dijo nos remitimos, y como elementos objetivos que refrendan que era el único criterio defendible solo recordaremos dos: uno, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 4 de abril de 2018, y otro, lo declarado por el inspector de ordenación territorial y urbanística de la Junta de Andalucía, Sr. Teofilo, que ratificando el informe emitido, descartaba que, en todo caso, una sala de fiestas pudiera servir de apoyo al parque, sino que se apoyaría en él para servir a sus propios fines, y su autorización no estaría justificada en modo alguno.

En todo caso, y al margen del anterior debate, de la mera lectura del relato histórico de la sentencia de instancia, se puede apreciar como Tomás era conocedor de que ese informe que emite el 13 de septiembre era contrario a derecho, y solo se puede entender como un informe ad hoc, que sirve para que ese mismo día se apoye en él la Concejal, Sra. Adela, y dicte el Decreto de licencia de obra menor para adecuación del pabellón a sala de fiestas, y, en este sentido, no puede olvidarse la cualificación profesional del Sr. Tomás, como licenciado en Derecho y Arquitecto Técnico, jefe del Servicio de Gestión y Planeamiento, adscrito a la Gerencia de Urbanismo y Obras Municipales cuando se redactan las cláusulas de la concesión administrativa y Director General de Licencias cuando redactó ese informe de 13 de septiembre, lo que impide ignorar sus conocimientos en materia de licencias, y que, por lo tanto, al emitir el referido informe, estaba diciendo algo que no cabía en el clausulado de la concesión; para mantener esto, hacemos un repaso por los hechos probados.

2. En el quinto hecho probado se dice que "las cláusulas que debían regir la concesión las redactó el acusado Tomás, Jefe del mencionado Servicio, siendo aprobadas por la Comisión Ejecutiva de la mencionada Gerencia a cuyo frente estaba D. Victor Manuel".

En el sexto, se continúa diciendo que "la estipulación primera del pliego de cláusulas administrativas, indicaba que el "objeto" de la Concesión era la construcción y explotación de un "parque de atracciones infantil", con el se pretendía materializar "un complejo para el ocio familiar, posibilitando un lugar de disfrute para padres e hijos, sin que pudiera limitarse la entrada a ningún ciudadano".

Más adelante, se especifica que "con arreglo a esta cláusula primera, el SGEL-11 mantendría en todo momento la "condición de espacio libre y, por lo tanto, la condición de bien demanial derivada de su calificación urbanística", y en otro párrafo continúa diciendo que "como justificación normativa de la Concesión, en la repetida cláusula primera se transcribió el segundo párrafo del ordinal 2º del art. 6.1.19 del PGOU, según el cuál, en los Sistemas Generales de Espacios Libres "de uso pormenorizado parque se admitirá la implantación de usos de equipamiento comunitario, deportivos o de servicios de interés público y social, en instalaciones cubiertas o

descubiertas, o usos terciarios comerciales de apoyo, en régimen de concesión administrativa, hasta una ocupación máxima del dos por ciento (2%) de la superficie total del parque.- En este caso, las edificaciones no podrán superar las dos (2) plantas de altura".

En el hecho probado decimosegundo se declara que, siendo ya Director General de Licencias, y recordando que, por haber redactado personalmente el pliego de cláusulas administrativas de la concesión, "sabía, por tanto, que el SGEL- 11 era un bien demanial que no perdía su condición por establecerse una concesión en su superficie", continúa diciendo : "El art. 6.1.19 del PGOU, que el Sr. Tomás transcribió en la primera de las cláusulas, permitía establecer concesiones administrativas sobre la superficie del SGEL pero, sin embargo, no admitía en los Sistemas Generales con "uso pormenorizado de parque" se implantaran otros "usos" que no fueran los de equipamiento comunitario deportivos, o de servicios de interés público y social, en instalaciones cubiertas o descubiertas, o "usos terciarios comerciales de apoyo".- Pese a esto, con el propósito de eludir el contenido de esta disposición del Plan General y que el Sr. Severino pudiera implantar la Sala de Fiestas, el Sr. Tomás sostuvo en su informe que las obras que se solicitaban, consistían en "la adecuación del local para Sala de Fiestas con café bar restaurante", y más adelante añade que "por otra parte, decía el Sr. Tomás, que tampoco existían incompatibilidades desde "el punto de vista urbanístico para ubicar la Sala de Fiestas, ya que el PGOU sólo reconoce un uso pormenorizado que engloba, simultáneamente, restauración, espectáculos, etc..- El art. 6.2.15 de la normativa del PGOU (define) el uso de espectáculos o centro de reunión como aquél uso de la edificación correspondiente a actividades de carácter lucrativo, destinadas a la espectáculos de concurrencia pública o correspondientes a actividades propias de la hostelería" (restauración, bares, cafeterías, restaurantes, etc.)". Con arreglo a esto, el Sr. Tomás concluía, desviadamente, que si desde el punto de vista urbanístico era "autorizable" el uso de "restaurante", también lo era "el de Sala de Fiestas", con independencia de la aplicación, en cada caso, de la norma de aplicación sectorial".

3. Como decíamos, al margen de la incompatibilidad del informe de 13 de septiembre de 2013 del Sr. Tomás con el de 27 de junio del Sr. Victorio y el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio, la propia actuación de aquel es indicativa de su ilícito actuar, y lo podemos resumir de la siguiente manera: si hemos visto que la estipulación primera del pliego de cláusulas administrativas indicaba que el objeto de la concesión era para la construcción y explotación de un parque infantil, con el que se pretendía materializar "un complejo para el ocio familiar, posibilitando un lugar de disfrute para padres e hijos, sin que pudiera limitarse la entrada a ningún ciudadano", en que la primera cláusula de las que deben regir la concesión se dice que "el SGEL-11 mantendría en todo momento la "condición de espacio libre y, por lo tanto, la condición de bien demanial derivada de su calificación urbanística", con mención expresa del art. 6.1.19.2 del PGOU, es contradictorio con ello que luego mantenga que en el mismo espacio se pueda autorizar una obra para uso lucrativo de tipo privado y que acuda para ello a otro artículo, como 6.2.15, que, de ser de aplicación al caso, es razonable que hubiera quedado reflejado desde un primer momento en el clausulado, porque con esa interpretación que realiza da pie a autorizar la adecuación a un "uso" de "reunión/ espectáculo", que no tiene que ver con el "terciario comercial de apoyo", que es el que da cobertura el art. 6.1.19.2.

Acude, pues, a una normativa ajena al clausulado de la concesión, para eludir las limitaciones que imponía la norma que debía regir en ella; por ello que coincidamos con la consideración final que, al respecto encontramos en el fundamento de derecho trigesimotercero de la sentencia de instancia, en que dice "porque de ninguna de las posibles interpretaciones admisibles en derecho puede desprenderse que el art. 6.1.19.2 del PGOU tolerase, sin ser modificado antes, otros usos que no fueran los de "apoyo" al parque construido en su superficie, albergando actividades de tipo lucrativo con horario de apertura y cierre distinto al de los demás parques públicos de la ciudad".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

DECIMOPRIMERO.- Motivo segundo: "Por infracción de ley. Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter. Concretamente lo dispuesto en el art. 404 del C.P., por aplicación indebida del mismo".

1. Igual motivo que éste ha sido invocado en el segundo de los recursos formulados por la anterior recurrente, al que se le dio respuesta en el quinto fundamento de derecho, por lo que hemos de remitirnos a consideraciones realizadas en el mismo, que resumimos, como que, al ser un motivo por error iuris, habrá de ser abordado desde el más absoluto respeto a los hechos probados, sin entrar en consideración alguna en relación con alegaciones hechas sobre cuestiones interpretativas en torno a la norma que ha sido base de la condena, y reiterar que el único informe defendible es el de 27 de junio de 2012, del Sr. Victorio, acogido en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2012, o que no reside la base de la condena en cuestiones de interpretaciones más o menos acertadas, que bien pudieran dar lugar a no ser apreciable el elemento arbitrario de la resolución que define el delito de prevaricación del art. 404 CP, sino que la condena tiene lugar porque el Sr. Tomás, como Director General de Licencias, emite ese informe de 13 de septiembre, consciente de que contravenía el de 27 de junio, incluso su propio criterio plasmado en la estipulación primera del pliego de cláusulas que regían la concesión.

De lo que llevamos expuesto hasta el momento se observa que Tomás, que había redactado el pliego de cláusulas administrativas de la concesión, con mención expresa del art. 6.1.19.2 y omisión del 6.2.15 del PGOU, y teniendo conocimiento del informe de 27 de junio y del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio, redacta su informe de 13 de septiembre, todo ello conscientemente, con lo que, actuando de esa manera, no podemos poner

reproche alguno a la sentencia de instancia cuando, entre otros pasajes de su relato histórico, dice en el hecho probado duodécimo algo que venimos repitiendo, como es que "con arreglo a eso el Sr. Tomás concluía desviadamente que si desde el punto de vista urbanístico era autorizable el uso de "restaurante", también lo era el de "Sala de Fiestas", con independencia de la aplicación en cada caso de la norma de aplicación sectorial", de manera que, desde el respeto absoluto a los hechos probados que impone el motivo que nos ocupa, se está describiendo un proceder arbitrario y de patente contradicción a la norma, con lo que se define el elemento subjetivo del delito de prevaricación por el que viene condenado en la instancia, de ahí la correcta subsunción de su conducta, por vía de cooperación necesaria, en el delito de prevaricación del art. 404 CP.

2. A partir de lo anterior, el juicio de subsunción realizado en la sentencia de instancia, que es lo que ha de ocupar exclusivamente al motivo, lo consideramos correcto.

Solo añadir que, igualmente, consideramos correcto que la condena del recurrente haya sido a título de cooperador necesario, siendo acertadas las razones que para ello da la sentencia de instancia.

En este sentido, en el fundamento de derecho trigésimo cuarto de su sentencia, el tribunal a quo, tras las consideraciones que, acertadamente, realiza en los fundamentos anteriores, estima "que las conductas relacionadas con los "usos" implantados en el SGEL-11, que las acusaciones han considerado penalmente reprochables quedan circunscritas: 1º) a la concesión de la licencia de obra menor, solicitada por el Sr. Severino el 5 de marzo de 2012, para adaptación del local del pabellón como Sala de Fiestas, materializada por Decreto de 13 de septiembre de 2012 dictado por Doña Adela en el expediente 2.875/2012, basado en un informe previo favorable emitido, ese mismo día, por el Sr. Tomás", fundamento en el que explica las razones por las cuales le considera cooperador necesario del delito de prevaricación del art. 404 CP, y que resume con la mención que hace a éste cuando dice que "elaboró, a sabiendas de que se apartaba de lo dispuesto en el Plan General de Ordenación de Granada, el informe de 13 de septiembre de 2012 en el que se basó la Sra. Concejal para conceder la licencia de obra menor, dando ambos la mencionada apariencia de legalidad a lo decidido".

En este sentido, en STS 979/2016, de 11 de enero de 2017, se puede leer que "la prevaricación constituye un delito especial propio, lo que indica que solo puede ser cometido por las personas en las que concurra una circunstancia especial, concretamente por quien se encuentre facultado para dictar la resolución administrativa supuestamente prevaricadora. En los delitos especiales solo puede ser autor el intraneus, por lo que quienes no tengan la cualidad especial del autor deben responder como partícipes"; son los conocidos como extraneus, que podrán serlo tanto un no funcionario, como otro funcionario, como vemos en STS 441/2022, de 4 de mayo de 2022 en que decíamos que "aun cuando los delitos de prevaricación administrativa del art. 404 CP se configuran como delitos especiales propios en los que sujetos activos pueden serlo únicamente la autoridad o funcionario público, admite la participación en calidad de cooperador necesario por parte del extraneus no funcionario, como del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una resolución administrativa previa no necesaria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva".

Siendo decisivo, pues, para el sentido prevaricador del Decreto dictado por la Concejal el desviado informe de Tomás, es por lo que consideramos acertada la decisión del tribunal sentenciador atribuyendo su participación a título de cooperador necesario.

Por lo demás, al ostentar la condición de funcionario, nos parece correcto la no aplicación de la regla de degradación penológica prevista en el art. 65.3 CP, y que haya sido condenado con igual pena que la Concejal autora, pues, en definitiva, esa condición de funcionario es igual fundamento de la culpabilidad de ésta.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

DECIMOSEGUNDO.- Motivo tercero : "Por infracción de ley. Al amparo del nº 2 del art. 849 de la Ley procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

Planteado el motivo en iguales términos que el tercero de los motivos esgrimidos por la anterior recurrente, al que se ha dado respuesta en el fundamento de derecho sexto, sin perjuicio de remitirnos a lo que en él se dijo para su desestimación, destacaremos alguna de las consideraciones que entonces se hicieron para ello.

En este sentido, recordar que, siendo un motivo por error facti del art. 849 nº 2 LECrim., no se nos indica cuál de los documentos es literosuficiente, con virtualidad, por sí solo, para incidir en el pronunciamiento final del pleito; es más, consideramos que, tal como se desarrolla, desenfoca el sentido del motivo, pues lo que se pretende es que este tribunal, no ya que realice una nueva valoración de una prueba, más que documental, personal documentada, sino que asuma la parcial, subjetiva e interesada que realiza el recurrente, cuando carecemos de principios tan fundamentales en la materia como el de intermediación y contradicción y no cabe dentro de nuestra función de control casacional.

Y podemos concluir haciendo nuestras las palabras con que concluye el M.F. su oposición al motivo, en que dice: "En el caso que nos ocupa, los documentos que el recurrente cita como justificativos del error de hecho en la valoración de la prueba ni son literosuficientes, ni poseen la suficiente virtualidad probatoria para provocar una modificación del relato histórico de los hechos probados. Es más, los documentos han sido valorados por el tribunal sentenciador, en unión de otros elementos de prueba de carácter personal (declaraciones de la acusada, de testigos-

peritos, etc.) y de otros documentos, de manera que lo que el recurrente plantea no tiene cabida en este cauce casacional, siendo procedente su desestimación".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

DECIMOTERCERO.- Cuarto motivo: "Por infracción de ley. Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en íntima relación con el motivo anterior, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter. Concretamente lo dispuesto en el art. 404 del C.P., por aplicación indebida del mismo a mi representado, D. Tomás".

Redactado el motivo en iguales términos que el segundo, al que se le dio respuesta en el fundamento de derecho decimoprimer, e íntimamente relacionado con el anterior, como dice el recurrente, nos remitimos a lo dicho en ellos, y la consecuencia no ha de ser otra que su desestimación.

DECIMOCUARTO.- Quinto motivo: "Por quebrantamiento de forma. Al amparo del art. 851.1º de la LECrim. Concretamente los quebrantamientos de forma en la sentencia que suponen los supuestos descritos en el exponiendo 1º del citado artículo".

Articulado el motivo en iguales términos que el quinto de la anterior recurrente, y dado respuesta en nuestro octavo fundamento de derecho, una vez más, hemos de remitirnos a lo dicho en él para su desestimación.

Repetir que incurre el recurrente en un planteamiento de arranque que ha de llevar a su rechazo, en la medida que esas contradicciones que alega que hay en la sentencia es entre hechos probados y fundamentos de derecho y valoraciones probatorias, lo que desborda el propio motivo.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

DECIMOQUINTO.- Sexto motivo: "Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva y defensa, especialmente en su vertiente de respeto al principio acusatorio".

Nos centraremos en la acusación formulada por General de Galerías Comerciales SOCIMI S.A. que es contra la que gira la queja.

1. En el desarrollo del motivo podemos diferenciar dos apartados, en segundo lugar el reproche es porque la acusación ejercida por General de Galerías Comerciales, que presentó sus conclusiones provisionales en 11 de folios, pasó a 65 en conclusiones definitivas, y lo que no acabamos de ver es la relevancia que puede tener en relación con la queja formulada, porque, en lo que siempre ha habido una constante es en el hecho nuclear que ha definido la conducta del recurrente como constitutiva de delito, por lo que se le ha preguntado desde su primera declaración y ha figurado tanto en el escrito de conclusiones provisionales como definitivas, que es por la redacción de su informe de 13 de septiembre de 2012, cuya autoría no ha negado, con lo que la queja, desde este punto de vista, resulta indiferente e irrelevante.

Traemos esto a colación, además, porque es en la única parte del desarrollo del motivo, donde hemos encontrado una expresa mención, debido a esa extensión por introducción de hechos y cuestiones que hay en el escrito de conclusiones definitivas, respecto del de provisionales, en que se alega que alcanza extremos que "vulneran el derecho de defensa de los acusados y causan efectiva indefensión", lo no que entendemos, porque el principio de congruencia de la sentencia hay que ponerlo en relación, no con las conclusiones provisionales, sino con las definitivas y si, efectivamente, la defensa consideró que había habido una modificación tan sustancial que fuera causante de indefensión, debería haber solicitado un aplazamiento en uso de lo dispuesto en el art. 788.5 LECrim., con lo que el reproche, en lo relativo a la ampliación que hay en el escrito de conclusiones definitivas respecto del de provisionales no ha de ser atendido.

Queremos resaltar, además, que es en el único bloque de todo el desarrollo del motivo donde encontramos tal mención a la indefensión, porque en el otro, relativo al cambio del título de condena, que se dice que hay en sentencia, respecto de la acusación, desarrollado en el primer apartado, no lo localizamos, ni tampoco lo hemos detectado entre las alegaciones realizadas en la vista del recurso, y esto es importante tenerlo en cuenta, puesto que, invocar vulneración del principio acusatorio y no indicar dónde se encuentra esa indefensión, en relación con los elementos que lo que lo configuran, se traduce en una queja formal, que, por ello, ha de llevar a su rechazo.

2. En la parte del motivo cuyo reproche es por haber sido condenado por un título distinto a aquél por el que se acusó, el discurso arranca del breve extracto, en que se alega lo siguiente:

"Se condena a mi mandante como cooperador necesario de un delito de prevaricación genérica del art. 404 C.P., cuando no ha sido acusado del mismo, ya que el Ministerio Fiscal lo acusa únicamente de un delito contra la ordenación del territorio del art. 320 C.P., pero no como autor, respecto a lo cual pudiera aceptarse la homogeneidad, sino como cooperador necesario, donde ya no cabe la misma, y la acusación popular de Galerías Comerciales SOCIMI, no le acusa como cooperador necesario de esta Prevaricación Genérica, sino como autor de otra diferente del 320, o subsidiariamente autor de una diferente del 404 C.P., que difícilmente puede cometer, como autor, quien no es autoridad, sino funcionario público, y no dicta resoluciones. En suma, no hay acusación coherente con la calificación por la que se le condena".

Tampoco este particular del motivo ha de ser estimado, porque se construye desde un planteamiento meramente formal, ya que, como iremos viendo, en modo alguno ha habido quiebra del derecho de defensa, porque,

si algo veda el principio acusatorio, es que alguien pueda ser condenado por un hecho, al que se asocie una determinada calificación jurídica, sin haberse podido defender, esto es, que exista identidad entre el hecho punible objeto de acusación y de condena, y homogeneidad de la calificación jurídica por la que se condena con la que fue objeto de acusación, respondiendo así al principio de congruencia entre pretensión punitiva y respuesta en sentencia, particular sobre el que, en STC 47/2020, de 15 de junio de 2020, se puede leer lo siguiente:

"[...] en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, el juzgador queda constitucionalmente sometido a un doble condicionamiento: fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico viene determinado por los hechos objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación, como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal; el órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que varíen sustancialmente la acusación, ni realizar la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realice la acusación y la consiguiente petición sancionadora. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del ius puniendi, el juez podrá condenar por un delito distinto del solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que, el órgano judicial, modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio ( STC 155/2009. FJ4, y jurisprudencia allí citada)".

En la jurisprudencia de esta Sala, decíamos en STS 119/2022, de 10 de febrero de 2022, recordando las SSTS 655/2010, de 13 de julio, 1278/2009, de 23 de diciembre; 313/2007, de 19 de junio, que éstas "han señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación ( SSTC 134/86 Y 43/97)".

Y en STS 245/2020, de 27 de mayo de 2020: "No hay que olvidar que, como señala la doctrina, la vigencia del principio acusatorio no persigue la obtención de efectos puramente formales, sino principalmente evitar la indefensión material, por lo cual la valoración que se haga de la acusación y de la sentencia a estos efectos no puede construirse sobre la creación de compartimentos estancos, sino mediante el examen de la totalidad de los hechos imputados y la totalidad de la calificación jurídica. Así, es inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido, en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la sentencia, o, incluso, entre la calificación provisional y la definitiva, de lo que resulta la sentencia".

Podemos admitir que la sistemática que presenta el referido escrito de conclusiones definitivas de Galerías Comerciales es mejorable, lo que no quita para que, leído en su totalidad, y no a base de compartimento estancos, reúna cuantos presupuestos fácticos y jurídicos son precisos para que Tomás y su defensa conocieron esos hechos de que se le acusaba y el delito, si se quiere delitos, que se les asociaba, leídas de una manera integral y completa, como hay que entender la acusación que en ellas se formulaba; pero esto no es causante de indefensión, pues, como decíamos en STS 207/2022, de 9 de marzo, en relación con escritos de acusación, como en aquel caso fue el presentado por una acusación particular, cuya sistemática dejaba que desear, ello no implica que sea causante de la indefensión que ha de ser apreciada para que el principio acusatorio produzca los efectos anulatorios pretendidos.

En el caso de la referida sentencia, que se daba respuesta a una queja por vulneración de dicho principio, porque, tal como había estructurado la acusación particular su escrito de conclusiones y su correlación entre los hechos y calificaciones jurídicas, era mayor el desorden que el que aquí observamos, y no obstante fue la base de la condena, una vez trasladado con la sistemática adecuada a la sentencia recurrida, hacíamos las siguientes consideraciones;

"El planteamiento del recurrente, ya llevado al previo recurso de apelación, obtuvo respuesta tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda, en las que se sistematizó de manera acorde con lo que es la estructura de una sentencia penal ese desordenado contenido del escrito de conclusiones, pues la realidad es que no se puede decir que hubiera una correcta correlación entre hechos y calificaciones jurídicas, lo que no quiere decir que no existiera la congruencia que exige el art. 650 LECrim a la hora de redactar cualquier escrito de conclusiones, pues había una redacción de hechos punibles que resultaban del sumario, con su correspondiente calificación legal, mediante la definición de distintos delitos, que es lo que precisa dicho artículo, independientemente que el orden con que se mencionaban los delitos no siguiese el orden con que se habían colocado los hechos.

Por esta razón tanto la sentencia de instancia como la de apelación, así como el M.F. ante esta Sala en su escrito de impugnación al recurso, apuntan que ese escrito de conclusiones definitivas presentado por la acusación particular no es el mejor ejemplo de sistematización de lo que debe ser un escrito de esta naturaleza, lo que no



quiere decirse con ello que se aparte, en lo esencial, del guion, estructura y contenido que establece el art. 732, en relación con el 650 LECrim., y lo que la sentencia de instancia hizo fue adaptar ese contenido a la sistemática que impone una correcta técnica procesal, de manera que fue así como consiguió guardar la congruencia que precisa toda sentencia penal con la pretensión de condena presentada por la acusación".

Con la vista puesta en estos antecedentes, consideramos que esa indefensión alegada, por vulneración del principio acusatorio no se da en el caso, como pasamos a exponer.

3. Según se reconoce a lo largo de todo el recurso, la condena de Tomás es por la emisión del informe de 13 de septiembre de 2012, base fundamental para que la Concejal Adela dictase el Decreto prevaricador de esa misma fecha, informe que, por lo demás, reconoce el propio Tomás que lo redactó él, como también que redactó el clausulado del pliego de condiciones de la concesión administrativa, y sobre lo que fue preguntado en el acto del juicio oral. Estos son los hechos nucleares de la acusación formulada no solo por Galerías Comerciales, sino por alguna más.

Repasado ese criticado escrito de conclusiones, es cierto que su relato fáctico excede de lo que son los hechos punibles, como exige el art. 650.1ª LECrim, lo que no quita para que, entre ellos, se recojan e identifiquen pasajes con la suficiente claridad como para que Tomás y su defensa conocieran de lo que se le acusaba. Nos remitimos a dicho escrito del que entresacamos alguno de esos pasajes que consideramos más significativos.

En el folio 5 se dice: "El pliego se redactó por don Tomás[...]".

En el 9: " Eso, no lo expresa el Pliego de Cláusulas Administrativas, redactado, precisamente, por don Tomás [...]".

En el 15, en relación con el expediente relativo la licencia de obra menor que se autoriza mediante el Decreto prevaricador de 13 de septiembre de 2012, se dice: "Se informó favorablemente por el Director General de Licencias, don Tomás, informe de 13 de septiembre de 2012".

En el folio 24, y continuando en el 25, en relación con la propuesta que se lleva a la Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2012, relata la acusación: "Doña Adela realiza la propuesta a sabiendas de su ilegalidad, basada en una propuesta del Sr. Jose Manuel e informe de don Tomás, que son conscientes también de su ilegalidad o de la finalidad que se pretende. En la propuesta y acuerdo adoptado no se hace referencia a Sala de Fiestas. Son conscientes del informe de Don Victorio contrario a que se pueda destinar la concesión a Sala de fiestas, por ello proponen un acuerdo que incluye exclusivamente la restauración. Ya después, Don Tomás dará el salto de un posterior informe: si se permite restauración se permite Sala de Fiestas".

En el folio 26, en la misma línea: "Será después cuando Tomás de el paso en un posterior informe, e informe favorablemente la Sala de Fiestas con la excusa de que si JGL permite restauración, es posible la Sala de fiestas. La prevaricación es clara".

También en el 26: "Esta parte ve claro el dolo en las actuaciones de Don Victoriano, Doña Adela, el Sr. Jose Manuel y Don Tomás".

"Es por ello que mantiene su acusación sólo sobre Don Victoriano, Doña Adela, el Sr. Jose Manuel y Don Tomás".

Y con más detalle, a modo de resumen en los folios 40 y 41, del apartado que dedica a Tomás, entresacamos los siguientes párrafos:

"Don Tomás, con la concejal, someten a la Junta de Gobierno, el acuerdo sobre horarios del parque, y dando por sentado que cabe restauración, don Tomás llega a la conclusión que cabe Sala de Fiestas. Ya es posible pasar de un parque de atracciones infantil a una Sala de Fiestas. Esto lo hace don Tomás siendo plenamente consciente de lo adjudicado ya que fue el redactor del pliego de la concesión. Su dolo es claro".

"El 13 de septiembre de 2012 emite informe, folio 403 y 430, expediente 2875/2012, sobre la adecuación de obra menor para Sala de Fiestas".

Y concluye en el folio 41: "Es, para esta parte, el acusado que manipula con mayor descaro los hechos en sus informes. Retuerce los conceptos, extrae conclusiones de acuerdo que no expresan lo que dice. Omite cuestiones, que por su formación y conocimiento del expediente de la concesión, conoce perfectamente. Es plenamente consciente de que está retorciendo una concesión de un parque infantil para permitir una discoteca".

Y cuando el escrito de conclusiones pasa al apartado correspondiente a la calificación legal de los hechos, como corresponde de conformidad con el art. 650.2ª LECrim, al margen los apuntes que había realizado en el relato fáctico, dice, por un lado: "el hecho primero de un delito de prevaricación urbanística, art. 319.1 y 320.1 y 2 y, de forma subsidiaria, de un delito continuado de prevaricación administrativa de los artículos 74 y 404 del CP".

Y más adelante, en coherencia con lo que había descrito en diversos pasajes de los hechos, entre ellos de los folios 15 y 26, transcritos más arriba, acusa a Tomás, como autor de un delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP de "informar, don Tomás, los expedientes de obras menor y licencias de instalación y apertura y licencias de instalación y apertura, así como el acuerdo de horarios", y "de forma subsidiaria se les imputa [entre otros, a Tomás] ser autores de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 del CP".

De esos mismos delitos, también en régimen de subsidiariedad, se acusaba a la concejal Adela.

Y en la sentencia recurrida se acuerda "ABSOLVER a Tomás del delito continuado de prevaricación urbanística, del delito continuado de prevaricación omisiva común, y fraude en la contratación, y debemos CONDENARLO como cooperador necesario del delito de prevaricación administrativa común del que es autora la Sra. Adela, a la pena de SIETE AÑOS de inhabilitación especial para el empleo de funcionario municipal".

Este Tribunal, a través del Magistrado Ponente, ha repasado la declaración prestada por el recurrente en juicio, y comprobado que fue interrogado por estos extremos, como también, ha escuchado la más de hora y treinta y tres minutos del informe realizado por su defensa, en cuyo curso reconoció que se preguntó a su patrocinado por una prevaricación genérica, y realizó alegaciones en defensa de que no hubo ni prevaricación genérica ni urbanística (min. 54:20, CD 9, video 72), como también realizó alegaciones en torno a los usos del suelo (restaurante/sala de fiestas) (min. 20:45, CD 9, video 73), y son significativas las palabras que se le escucha entre el minuto 59:50 y el 1:00:04 del mismo video, donde dice: "Galerías comerciales, es de agradecerle que tiró la toalla en cuanto al tema económico y ya no acusa ni por fraude ni por malversación; vamos a ver si conseguimos el premio de consolación, que sería una condena por prevaricación urbanística o, incluso, por prevaricación [...]", frase que queda cortada y no hemos podido escuchar en su integridad, porque concluye ese video, pero que, si pasamos a lo que se escucha en el vídeo siguiente, el 74, no hay duda alguna que esa otra prevaricación es la genérica.

Asimismo, hemos escuchado el informe de la acusación realizada en representación de Galerías Comerciales (CD 9, vídeo 70) en el que, a partir de minuto 02:28, decía: "Sí es verdad que hay un error material, cuando se acusa de forma subsidiaria por prevaricación respecto de los técnicos, que se habla de autoría, cuando tienen que ser cooperadores necesarios; el 404 nos habla de las resoluciones en este tipo de prevaricación común; los técnicos serían cooperadores necesarios y no autores [...]".

4. Vistos estos antecedentes, como decíamos más arriba, no encontramos dónde se encuentra esa quiebra en el derecho de defensa, por cuanto que se le condena por unos hechos por los que fue objeto de interrogatorio, a los que se asociaron un par de calificaciones jurídicas, en régimen de subsidiariedad, frente las que su defensa dio una respuesta, en la que realizó alegaciones en oposición a cualquiera de esas dos calificaciones subsidiariamente presentadas. Vemos, pues, que, a diferencia de lo que se alega en el motivo, eran unos hechos muy concretos por los que la acusación de Galerías Comerciales le consideró autor, luego cooperador necesario (la emisión del informe de 13 de septiembre de 2012), delito que se pone en relación con la condena como autora de la Concejal Adela, que, como hemos visto cuando analizábamos su recurso, fue acusada por igual delito de prevaricación, en régimen de continuidad delictiva, pero que la sentencia de instancia rechaza tal continuidad, como explica en su fundamento de derecho trigésimo cuarto, en el que da, igualmente, las explicaciones por las cuales considera que los hechos que se atribuían a ambos acusados eran constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP y no urbanística del art. 320 CP, y que contiene un apartado expreso en el que explica las razones por las cuales condena a título de cooperador necesario del referido delito a Tomás, que dice así:

"Es evidente que si desde el punto de vista de la propia Fiscalía, los hechos analizados en relación a la Sra. Adela no revisten los caracteres de la prevaricación urbanística del 320, el Sr. Tomás no puede ser reputado autor de ese tipo de infracción por el mero hecho de consistir su conducta en la emisión de un informe favorable, siendo ésta una de las tres conductas que contempla el art. 320 en relación con los funcionarios. El Sr. Tomás elaboró, a sabiendas de que se apartaba de lo dispuesto en el Plan General de Ordenación de Granada, el informe de 13 de septiembre de 2012 en el que se basó la Sra. Concejal para conceder la licencia de obra menor, dando ambos la mencionada apariencia de legalidad a lo decidido".

Y concluye con un argumento, a mayores, ante una eventual queja por vulneración del principio acusatorio, pero que no hubiera tenido la menor trascendencia de haber prescindido de él, porque, explicado que la condena de Tomás viene vinculada a la de la Concejal por el dictado del Decreto prevaricador, que ésta dictó el 13 de septiembre de 2012, y vistos los antecedentes que, extraídos del escrito de conclusiones definitivas de General de Galerías, hemos resumido más arriba, se consideró con acierto por el tribunal a quo, que el reproche penal que merecía su conducta era por la emisión del tan repetido informe de esa misma fecha, de 13 de septiembre de 2012, para la que dicha acusación popular había presentado como título de condena, cierto que de forma subsidiaria, el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

Siendo esto así, no acabamos de entender la alegación que se hace en el motivo, cuando se dice que "General de Galerías Comerciales no le acusa como cooperador necesario de ese delito de ese delito de Prevaricación, sino como autor de otro diferente", pues ni ello resulta del discurso que hay en la sentencia recurrida, ni ha encontrado este Tribunal cuál pudiera ser ese otro delito; y lo que es más importante, qué indefensión se pudo haber ocasionado, reiteramos, vistos los antecedentes fácticos y de defensa a que nos hemos referido más arriba.

5. Una última consideración en relación con el particular del motivo, en que se alega que Tomás, en todo caso, fue acusado como autor y, sin embargo, se le condena como cooperador necesario, a cuyo respecto volver a insistir en que, para que la queja prospere, ha de ser necesario una quiebra en el derecho de defensa, que tampoco alcanzamos a ver.

Por un lado, no deja de sorprender, cuando, repasados los antecedentes de la sentencia de instancia, observamos que en las conclusiones provisionales que presentó General de Galería Comerciales, entre las

calificaciones jurídicas, el primero de los delitos que menciona es el de prevaricación administrativa común del art. 404 CP, y en el bloque relativo a la participación, en él, de los distintos acusados, lo atribuye, expresamente, en concepto de cooperador necesario, entre otros, a Tomás, con lo que, al ser esto así, desde un planteamiento tan formal como el que emplea el recurrente, lo razonable es que su letrado entrase en juicio para una defensa en respuesta coherente con esa acusación en lo fáctico y en lo jurídico, lo que, por otra parte, parece que así fue, en la medida que, como ha podido comprobar este Tribunal por medio del ponente de la sentencia, el letrado encargado de su defensa en juicio, comenzaba su informe diciendo que reproducía su escrito de defensa.

Como hemos ido viendo, esta acusación, en conclusiones definitivas, acusó a Tomás de un delito de prevaricación, pero lo cierto es que lo hizo en concepto de autor; sin embargo, notificada la sentencia, presentó escrito de rectificación de sentencia, en el que solicitaba corrección, alegando que a este condenado, entre otros, le acusó "como cooperadores necesarios de la prevaricación administrativa del art. 404", a lo que se dio respuesta en auto de rectificación de 29 de julio de 2020, en el que, entre otras consideraciones, se dice que "cierto es que al comienzo del informe oral su representación matizó que en el delito de prevaricación administrativa común, que, de manera subsidiaria a la urbanística imputaba a los Sres. Tomás..., la participación de estos lo sería a título de cooperadores necesarios, dado que en el mencionado escrito se hacía la referencia a la de autores".

Pues bien, no constando en el escrito de conclusiones definitivas que el título de imputación fuese el de cooperador necesario, sino el de autor, no es acertado que General de Galerías Comerciales diga que acusó como cooperador necesario al Sr. Tomás, porque la acusación se materializa y concreta en los escritos de conclusiones, y no en el trámite de informe; es más, si estamos a lo dispuesto en el art 737 LECrim., los informes han de acomodarse a las conclusiones definitivas, por lo que, desde un planteamiento formal, no debieran excederse de lo que en ellas se propusiere; ahora bien, si en el curso de los que emita la acusación nada hay que suponga una alteración sustancial que conlleve una quiebra material del derecho de defensa, volvemos a quedarnos en el plano de lo formal y, por lo tanto, irrelevante en orden a la vulneración de dicho derecho.

Y así hemos comprobado que sucedió en el caso que nos ocupa, en que, como hemos dicho, escuchado en su integridad el informe de la defensa, no solo no hemos visto que formulara protesta alguna por esa corrección en el título de imputación hecha por la acusación de General de Galerías Comerciales, sino que, a lo largo de todo él, no se ha detectado consideración alguna sobre este particular, lo que es indicativo de la ninguna relevancia que le dio, por lo que, si entonces así se desarrolló, tampoco entendemos la queja que hace al respecto en el recurso. Dicho de otra manera, si entonces consintió ese cambio sin hacerle frente en ningún momento, es ir contra los propios actos que ahora cuestione algo que antes consintió.

A las anteriores razones podemos añadir alguna más de fondo, pues, reiterando ideas que exponíamos más arriba, si algo veda el principio acusatorio, es que alguien pueda ser condenado por un hecho, al que se asocie una determinada calificación jurídica, sin haberse podido defender, esto es, ha de existir identidad entre el hecho punible objeto de acusación y de condena, y homogeneidad de la calificación jurídica por la que se condena con la que fue objeto de acusación, respondiendo así al principio de congruencia entre pretensión punitiva y respuesta en sentencia. Nos remitimos a la jurisprudencia propia y del TC que citábamos en punto 2 de este fundamento.

Pues bien, si nos detenemos en el reproche que se formula por cambio en el título de condena, observamos que ninguno de los condicionantes de nuestra jurisprudencia se incumplen, porque, la sentencia de instancia, sin modificación de los hechos que fueron la base la acusación, condenó por uno de los delitos que se asociaron a esos hechos; y si vamos al caso concreto de acusación por autoría y condena por cooperación necesaria, este Tribunal no ha considerado que tal variación afecte al principio acusatorio, y en muestra de ello podemos citar la STS 908/2021 de 24 de noviembre de 2021, en que decíamos como sigue:

"[...] no se produce vulneración del principio acusatorio por el hecho de que quien fue acusado como autor de un delito sea después condenado como cooperador necesario de ese mismo delito, si se mantiene sustancialmente los hechos de la acusación.

Como señalábamos en la sentencia núm. 75/2021, de 21 de enero, "no puede dejar de destacarse el propio marco casacional en el que se produce la mutación del título de condena. Para ello resulta imprescindible traer a colación la doctrina constitucional contenida en las sentencias 123 y 183/2005 que abordan de forma nuclear el específico alcance revisor y los perfiles del debate contradictorio en la casación penal. Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, "el sometimiento de la resolución de instancia al cauce revisor de la casación no implica la necesidad de un nuevo debate contradictorio como si de un novum iudicium se tratara, toda vez que, cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia y de los razonamientos en que tales pronunciamientos se sostienen. En este sentido no cabe apreciar limitación alguna del derecho a la defensa y a un debate contradictorio, toda vez que, de una parte, es en la primera instancia donde tiene lugar el mismo, y, de otra, el fallo al que finalmente llega el Tribunal Supremo (...) se ha efectuado en el marco del debate tal como ha sido planteado en las pretensiones de la acusación y a partir de los razonamientos esgrimidos por el juzgador a quo".

Ello permite, a su vez, descartar una eventual vulneración del deber de congruencia, en la medida en que la nueva calificación no comporta la introducción de elementos, ni fácticos ni jurídicos, que no hayan sido

previamente objeto de debate contradictorio. Debiéndose precisar al respecto, de la mano de la STC 123/2005, que siendo el objeto de la casación la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada y no una pretensión punitiva, ello propicia "que la relación entre las diversas partes intervinientes ante este nuevo objeto de pronunciamiento y, por tanto, la estructura contradictoria sea esencialmente diferente a cuando se enjuicia el ejercicio de una pretensión punitiva".

De lo que se deriva que los límites del pronunciamiento del Tribunal de casación no quedan sometidos por la concreta pretensión normativa del recurrente cuando esta no sea conforme a Derecho. Como afirma el Tribunal Constitucional en la STC 123/2005, "la posibilidad de proceder a revisar la calificación jurídica se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida en que la misma no ha adquirido firmeza. Ello viene determinado por la configuración legal del recurso de casación; en particular por lo dispuesto en el párrafo primero del art. 902 LECrim, a cuyo tenor: "Si la Sala casa la resolución objeto de recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor".

En nuestro caso, la atribución de los hechos al recurrente como cooperador necesario y no como autor material no comporta mayores consecuencias penales que las pretendidas. Se parte de los mismos hechos enjuiciados y declarados probados y la calificación de cooperador necesario está cubierta por la acusación de autoría".

En el caso que nos ocupa, el recurrente fue acusado por la realización, en su condición de Director Técnico de Licencias, del informe de 13 de septiembre de 2012, informe que fue determinante para que la Concejala dictara, esa misma fecha, del Decreto prevaricador, y estos hechos, que son los nucleares para definir el delito por el que ha sido condenado eran recogidos en las conclusiones provisionales de distintas acusaciones, se discutió sobre ellos en juicio; incluso, en su aspecto objetivo, no los niega el propio recurrente, se mantuvieron en conclusiones definitivas, y el que el título de participación variase de autoría a cooperación necesaria en sentencia, no deja de ser una cuestión de subsunción, que, incluso, tendría cobertura en casación por vía del motivo del art. 849.1º LECrim.

Procede, por tanto, desestimar el motivo.

DECIMOSEXTO.- Séptimo motivo: "Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985, por infracción de los derechos de tutela judicial efectiva y defensa, así como el art. 9.3 y 120.3 de la misma, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos".

La queja que se formula en el motivo es por haber tenido personado como acusación particular, indebidamente, al Ayuntamiento de Granada, así como por considerar improcedente la condena en costas al recurrente, en la cuota que le corresponde. Coincide así el motivo, tanto en su enunciado como en su desarrollo con el formulado en sexto lugar por la anterior recurrente, que fue desestimado en el fundamento de derecho noveno de la presente sentencia, al que nos remitimos para igual desestimación.

Recurso de Victoriano

DECIMOSEPTIMO.- Primer motivo: "por infracción de ley del número uno del artículo 849 de la LECrim. por indebida aplicación del artículo 782.1 de la LECr."

1. Decíamos en el fundamento quinto, con ocasión de la respuesta que dimos al segundo motivo de recurso formulado por la primera recurrente, que el tratamiento de un motivo de casación por error iuris del art. 849 nº 1 LECrim, ha abordarse desde el más absoluto respeto a los hechos probados, lo que no hace este recurrente, que, sin embargo, lo desarrolla por la vía de falta de legitimación para acusar, en el ejercicio de la acción popular, a General de Galería Comerciales, por ser en base a la acusación por delito de prevaricación administrativa común por el que ha resultado Victoriano como cooperador necesario, sin que por este delito acusasen ni el M.F. ni la acusación particular, ejercida por el Ayuntamiento de Granada, quienes, igualmente, no solicitaron la apertura de juicio oral por dicho delito. Entiende el recurrente que, si esta acusación particular, como encargada de defender intereses propios, como perjudicada no acusó por prevaricación, ni tampoco el M.F., carecía de legitimación para hacerlo la acusación popular ejercida por General de Galerías Comerciales.

Como dice el M.F, en realidad, se está planteando una eventual vulneración del principio acusatorio, cuya vía de reclamación estaría a través de un motivo por vulneración de derechos fundamentales del art. 852 LECrim. No nos quedaremos en ello para desestimar el motivo, sino que, en atención a la voluntad impugnativa que encierra la queja, y visto el contenido de su desarrollo, se dará una respuesta de fondo, que nos ha de llevar a igual desestimación.

2. En ese desarrollo del motivo se hace un repaso por la jurisprudencia de esta Sala, con atención fundamental a las conocidas como doctrina "Botín" ( STS 1045/2007, de 17 de diciembre de 2007) y doctrina "Atucha" ( STS 54/2008, de 8 de abril de 2008); ahora bien, para abordar el motivo consideramos necesario comenzar por detenernos en la naturaleza jurídica del delito por el que se emitió la condena y bien jurídico que protege, que, reiteramos, ha sido el de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

Es sabido que en nuestro Código Penal no existe un delito de corrupción pública, lo que no quita para la utilización de este concepto, como así se viene haciendo, y muestra de ello son los delitos que cabe considerar

comprendidos en él, que, si acudimos al repositorio de datos sobre procedimientos de corrupción seguidos en distintos juzgados, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, tomado de su página de transparencia, serían: negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función ( arts. 439, 441, 442 y 443 CP) , malversación ( arts. 432, 433, 434 y 435 CP) , cohecho ( arts. 419, 420, 421 y 422 CP), prevaricación de funcionarios públicos ( arts. 404, 405 y 408 CP), ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico ( arts. 320 y 322 CP), infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos ( arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP), tráfico de influencias ( arts. 428, 429 y 430 CP) , fraudes y exacciones ilegales ( arts. 436, 437 y 438 CP) , corrupción en las transacciones comerciales internacionales ( arts. 286, 3º y 4º CP).

Por su parte, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, por la que se modifica el CP, tal como señala en la Exposición de Motivos, refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la administración pública, y, cuando desciende a enumerarlos en su apdo. XIX, menciona "los delitos de prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, en la apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, fraudes y exacciones ilegales, entre otros".

Podemos admitir que la corrupción, como fenómeno, no se entiende como un algo aislado, sino que, en el ámbito de la Administración Pública, parece indiscutible que se ve como un problema real, que es percibido como grave por la sociedad, debido a la falta de confianza que genera en las instituciones, y esto trasciende de afectar a un interés particular.

En el caso que nos ocupa, se observa que durante la instrucción se investigan delitos relacionados con la corrupción pública, entre ellos hechos susceptibles de ser calificados, con la provisionalidad propia de las diversas fases por las que pasa el proceso penal, de diferentes variables de prevaricación, que, sin duda, es uno de los delitos que cabe incluir dentro de ese fenómeno global de corrupción, al igual que otros más de los investigados, como fraude en la contratación, malversación, tráfico de influencias o contra la ordenación del territorio, un tipo de criminalidad respecto de la cual, en STS 1417/98, de 16 de diciembre, ya encontramos un pronunciamiento. Es cierto que, en ella, las consideraciones se realizan en relación con el delito de cohecho, pero en la medida que tanto cohecho, como prevaricación y los demás delitos mencionados caben dentro de la corrupción pública, es válido, aquí, lo que en dicha sentencia se decía, en cuyo F.J. 6º.1 se puede leer lo siguiente: "Una moderna corriente doctrinal pone el acento en la necesidad de perseguir, con instrumentos penales, todas las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. Desde esta perspectiva se tiende a una política unitaria de que trata de homologar todas las conductas que suponen la expresión de un comportamiento corrupto. En esta línea tanto el cohecho activo como el cohecho pasivo, el propio como el impropio, son manifestaciones de esta lacra de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración pública y a la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho".

En similar línea, referido expresamente al delito de prevaricación, la STS 245/2022, de 16 de marzo, con cita de otras, como la 185/2014 o la 600/2014, nos recuerda que "en definitiva el delito de la prevaricación administrativa sanciona los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes políticos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos son los primeros custodios".

Con lo dicho hasta el momento, consideramos que es simplificar demasiado que se mantenga, como se hace en el motivo, que, si el Ayuntamiento, a quien, en cuanto legitimado en el ejercicio de la acusación particular, se le tiene como perjudicado, sería el encargado de defender intereses propios y, sin embargo, no acusó por prevaricación, ni lo hizo el M.F., no podía, por tanto, hacerlo como acusación popular, General de Galerías Comerciales; y decimos que es simplificar demasiado, porque, sin entrar en las razones o circunstancias por las que los primeros no lo hicieron, no es incompatible ni impide que lo hiciera una acusación popular, por cuanto que en el delito de prevaricación (que conviene recordar que es un delito de mera actividad e infracción de deber, que se consuma con el solo dictado de la resolución prevaricadora) los intereses llamados a proteger son de carácter colectivo, si se quiere institucional, en la medida que se ha señalado como tal el correcto funcionamiento de la Administración Pública, de modo que, independientemente de la posición que al respecto pudiera presentar el propio órgano administrativo afectado por la decisión prevaricadora, precisamente, por estar en juego ese interés de naturaleza colectiva, cualquier ciudadano está legitimado para su defensa, acudiendo para ello a la acción popular; incluso más, si hacemos nuestras las consideraciones tomadas de la anterior STS 1417/98, cuando dice que las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado, o de la 245/2022, en que se recuerda la lesión que genera el delito de prevaricación a la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, con lo que, si a todos nos afecta, cualquiera está legitimado para acudir a la vía penal, en defensa de ese interés común, porque así lo contempla el art. 125 CE, en cuanto establece que "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular".

Por lo demás, en relación con la condición de perjudicado del Ayuntamiento de Granada, conviene recordar lo que decíamos en el fundamento de derecho noveno, en que abordábamos el sexto motivo de recurso formulado por la primera recurrente, quien pretendía que se le despojase de su condición de acusación particular, donde exponíamos que, en principio y aunque no se reconociese en sentencia, la razón determinante para reconocerle tal

condición era porque se solicitaba para él una indemnización de 306.932,87 euros, perjuicio económico determinante para, en aplicación del art. 110 LECrim, reconocerle tal condición.

No hay, pues, que poner el acento, a los efectos del perjuicio que determina la consideración como acusación particular del Ayuntamiento, en el delito, para desde ahí mantener que, como el Ayuntamiento no acusó por el de prevaricación ni lo hizo el M.F., no estaba legitimado para hacerlo General de Galerías Comerciales, sino que es la naturaleza del delito la clave a efectos de determinar la legitimación de quien comparezca en juicio como acusación popular, y, en este sentido, no solo el de prevaricación, sino los demás investigados, que caben dentro de ese denominado delito de corrupción en el marco de las Administraciones públicas, por los intereses colectivos que protegen, pueden servir de criterio en orden a validar la personación de una acusación popular.

Así, en cuanto al de prevaricación del art. 404 CP, si tenemos en cuenta que su esencia se encuentra en la desviación o torcimiento del derecho, o en un ejercicio arbitrario por parte de una autoridad o funcionario que tiene poder de decisión, lo que se ve afectado es un interés colectivo supraindividual, por ello que no quepa duda de que su restablecimiento es algo que trasciende de un interés particular, de manera que, por más que en el motivo se insista que, en realidad, General de Galerías Comerciales, como competidora comercial del recurrente, estaba guiada por un interés particular de marcado carácter mercantil, ello no quita para reconocer ese interés general en reparar la injusticia que se genera con el mero dictado de una resolución arbitraria, que es lo que legitima para ejercer la acción popular.

Como hemos dicho y así lo aporta el recurrente, son sentencias básicas en la materia las mencionadas, conocidas como caso "Botín" y caso "Atucha", que, sin embargo, nos son idénticos los supuestos que analizan; por esa razón, nos parece más acertado, porque aporta más claridad a nuestra decisión, acudir a la STS 277/2018, de 8 de junio de 2018, en la que se puede leer lo siguiente:

"Los criterios sobre la legitimación de la acusación popular, siendo controvertidos, están también relativamente asentados en la jurisprudencia.

Está vedada su acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social. Así las cosas, el tema queda ceñido a dilucidar en qué categoría encajar el delito de tráfico de influencias.

La respuesta es obvia: no podemos identificar perjudicados concretos, como sucede con delitos de carácter predominantemente patrimonial o con bienes jurídicos más tradicionales como los delitos contra la libertad sexual o contra la integridad corporal o la libertad. El bien jurídico ligado al funcionamiento transparente, objetivo, neutral e imparcial de la Administración Pública es de titularidad (si es que puede hablarse así) social, de todo el colectivo. En esas infracciones viene reconociéndose a la acusación popular una autonomía no estrictamente vicaria de la posición del Ministerio Público".

Resumiendo al máximo, con palabras que traemos de nuestra STS 842/2021, de 4 de noviembre de 2021: "a.- Si existen intereses supraindividuales dignos de protección la acción popular es eficaz pese a la postulación de archivo del Fiscal. b.- En el caso de no ser así, la petición de archivo del Fiscal y la acusación particular veda a la acción popular su continuación".

Trasladando estas consideraciones, es claro que el delito de prevaricación, en cuanto englobado dentro de ese llamado de corrupción, pertenece a la categoría de aquéllos en que el bien jurídico lesionado es de titularidad social o de naturaleza colectiva, si se quiere, en cuanto afecta a la función pública, institucional, con cuya transgresión se ve afectado el grupo social, lo que no es incompatible con que, dentro de ese colectivo, quepa identificar un específico perjudicado, de manera que, si es la naturaleza del bien jurídico factor determinante a efectos validar la legitimación de quien acusa, así habrá de ser, incluso personada una acusación particular que no acuse, porque ese bien jurídico, cuya naturaleza pública no la habrá perdido, legitima para su defensa a cualquier ciudadano por medio del ejercicio de una acusación popular, y ello porque la clave para la intervención de ésta se encuentra, insistimos, en esa naturaleza colectiva de los intereses a defender.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

DECIMOCTAVO.- Segundo motivo: "por infracción de ley del número uno del artículo 849 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Indebida aplicación del art 404 del Código Penal. Ausencia de los elementos objetivos del tipo penal. Inexistencia de delito alguno".

Tercer motivo: "por infracción de ley del número uno del artículo 849 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal. Ausencia de los elementos subjetivos del tipo penal. Inexistencia de delito alguno".

1. En una técnica más que discutible, estructura la representación de Victoriano los motivos segundo y tercero de su recurso; por un lado, porque en ambos motivos, en realidad, está invocando dos tan diferentes, como

uno por error iuris del art. 849.1º LECrim y otro relativo a vulneración de derechos fundamentales, del art.852 LECrim, cuando deberían articularse por separado; y, por otra parte, porque, si de lo que se trata es de un motivo por error iuris, por aplicación indebida del art. 404 CP, y, sin embargo, la queja se desdobra en dos, uno por ausencia de los elementos objetivos del tipo y otro por ausencia de los elementos objetivos, ambos debieran haberse reunido en uno solo, porque ambos son precisos para definir el delito, y se trata de un problema de subsunción cuya sede es la misma y el cauce procesal de impugnación es el del art. 849.1º LECrim.

Sirvan las anteriores precisiones, para decir que prescindiremos de consideraciones que tengan relación con el art. 852 LECrim, y explicar que, si hemos agrupado en este fundamento los motivos segundo y tercero de este recurrente, es porque han de tratarse ambos como si estuviéramos ante un único motivo por error iuris, a cuyo respecto comenzaremos recordando que habremos abordarlo desde el más absoluto respeto a los hechos declarados probados, lo que implica que, de entrada, no alcancemos a ver qué sentido tienen las consideraciones de índole político que encontramos, en lo que el recurrente denomina "cuestión previa en relación a los motivos segundo y tercero".

Recordar, igualmente, que, al tratarse de un motivo por error iuris y ser de obligado respeto los hechos que ha declarado el tribunal sentenciador, no se entrará en el debate sobre cuestiones probatorias, ni en torno a alegaciones que encierren alguna modificación o matización de los mismos que les hagan perder su sentido, con lo que, entre otros aspectos, descartamos el debate que se pretende traer de nuevo relacionado con distintas interpretaciones de la norma cuya vulneración ha sido determinante para considerar arbitrario el Decreto prevaricador.

2. Al abordar el recurso formulado por la Concejal de Urbanismo, Adela, se ha ido haciendo un resumen de los pasajes fácticos encontrados en el relato histórico de la sentencia de instancia más significativos a los efectos de subsunción de su conducta en el delito de prevaricación administrativa por el que ha sido condenada, en los que se hacía mención al recurrente, Victoriano, en aquellos que se consideró necesario. Sin perjuicio de remitirnos lo que entonces se dijo, así como a lo que, en extenso, se relata en los hechos probados de la sentencia de instancia, traeremos a continuación aquellos pasajes determinantes a los efectos del juicio de subsunción que ha de ocuparnos, como impone el art. 849.1º LECrim.

En el desarrollo del segundo de los motivos, tras una exposición de la doctrina jurisprudencial emanada de este Tribunal en torno al delito de prevaricación administrativa, concluye con un párrafo que dice como sigue: "Aplicada la doctrina anterior al caso que nos ocupa, es evidente que no concurren los requisitos objetivos del delito de prevaricación común del art. 404 por el que mi mandante, Sr. Severino, ha sido condenado en concepto de cooperador necesario por el simple hecho de solicitar la licencia de obra menor para la adecuación de local a Sala de Fiestas y consiguiente licencia de apertura y funcionamiento de la actividad que ya contaba con la preceptiva licencia de actividad (calificación ambiental favorable)".

A continuación, dedica un apartado I, que encabeza como antecedentes, en que va relatando una serie de pasos o acontecimientos u omitiéndolos, introduciendo modificaciones en los hechos probados, que pone en relación con la valoración de determinados testimonios, que, reiteramos, no lo permite el motivo de casación en que nos encontramos.

En el tercero de los motivos concluye con otro párrafo igual, salvo en el inciso "es evidente que no concurren los requisitos objetivos del delito de prevaricación común del art. 404", que, adaptado al motivo, lo varía por: "es evidente que no concurren los requisitos subjetivos del delito de prevaricación común del art. 404".

Más adelante, bajo el paraguas de lo que llama un análisis crítico de la prueba, deriva el discurso por los derroteros de una cuestión de valoración de prueba, más propios de un motivo por error facti, sin siquiera respetar los márgenes que impone el art. 849.2º LECrim, como se dirá al analizar el quinto y último motivo de este recurso, y ello al objeto de convencer de la incorrección de haber incluido en los hechos probados menciones que han sido determinantes para la concreción del elemento subjetivo; incluso, se adentra en el análisis de las licencias concedidas y los distintos informes que avalarían su planteamiento defensivo.

3. Como venimos diciendo, repasando el relato fáctico de la sentencia de instancia, comprobamos que al Sr. Severino no se le condena por el simple hecho de solicitar esas dos licencias, sino porque su actuación fue determinante para que se dictara el Decreto de 13 de septiembre de 2012, en los términos arbitrarios en que se dictó, siendo por ello por lo que resultó condenado.

En esos hechos probados recordamos que se recogía que en la primera de las estipulaciones del clausulado indicaba que el "objeto" de la Concesión era la construcción y explotación de un "parque de atracciones infantil", con transcripción expresa del art. 6.1.19.2 del PGOU; que el Sr. Severino, el 5 de marzo de 2012, presentó solicitud de licencia para desarrollar la actividad de restaurante y sala de fiestas en establecimiento todavía sin edificar; que el 30 de marzo de 2012, esto es, 25 días después, la concesionaria desistía de la actividad de "restaurante", quedando circunscrita la solicitud a la actividad de "sala de fiestas".

Se dice en el hecho probado noveno, también, que "el Sr. Severino presentó ese mismo día 5 de marzo de 2012 la solicitud de licencia de "obra menor" para la adaptación del local citado a "sala de fiestas, con café, bar, restaurante", conociendo, según se dijo, que el PGOU no admitía otros usos en el SGEL que los terciarios

comerciales que fuesen de "apoyo" al parque urbano y que la licencia que se otorgase para adaptar el local a otro tipo de usos contravendría el Plan General".

En el decimoprimer hecho probado se habla del correo que envía el Sr. Severino el 4 de julio a la Concejal, Sra. Adela, informándole de los problemas que habían surgido al ir a "retirar la licencia de actividad" y la mención expresa por parte de aquél a "nos guste más o menos, el de Sala de Fiestas", uso éste que, continuaba, "te permite un horario hasta las 7 de la mañana, lo cual garantiza su rentabilidad", solicitando el Sr. Severino la ampliación del horario "en base a restablecer el equilibrio económico de la concesión", y proponiendo que "por razones de "interés público" se aprobara la instalación de la Sala de Fiestas", cuando no se había licitado.

Y se habla, también, de la respuesta a este correo con otro de 7 de julio, de la Sra. Adela, diciéndole que "el pliego (de la concesión) lo que permite son usos terciarios de apoyo al parque" con el mismo horario, y que en los demás parques de Granada se hacía "una interpretación amplia de los usos terciarios de apoyo, permitiendo, además de tiendas, también kioscos e incluso restaurantes"; y sostenía la Sra. Concejal en su comunicación que no habría inconveniente en modificar el contrato de concesión administrativa, ampliando en dos o tres horas más el horario....porque es muy "restrictivo", pero advirtiéndole al Sr. Severino que "no es viable el uso privativo de un parque de dominio público ya cerrado con acceso desde un centro comercial privado".

Se da por probado que el 20 de julio Severino presentó un escrito en el Ayuntamiento ante las "dudas" que, según él, suscitaba el pliego de cláusulas de la concesión, en el que no hacía mención a que una de esas actividades que pretendía implantar era la de Sala de Fiestas, y que lo hizo "con ánimo de obtener un acuerdo municipal favorable a sus intereses y eludir lo dispuesto en el art. 6.1.19.2 del PGOU", lo que es razonable que se declare probado, por ser coherente con esa ocultación de la actividad, cuando no es que conociera lo dispuesto en el referido artículo, sino que, como se recoge expresamente en el sexto de los hechos probados, "con arreglo a esta cláusula primera, el SGEL-11 mantendría en todo momento la "condición de espacio libre y, por lo tanto, la condición de bien demanial derivada de su calificación urbanística", lo que pocas dudas puede ofrecer para la presentación de un escrito en tales términos.

A partir de esta actuación de Severino se redacta el 23 de julio de 2012, con el visto bueno de la Concejal, propuesta del acuerdo para "aclaración sobre el régimen de horarios y usos de las instalaciones terciarias de apoyo previstas en el pliego", que se lleva a la Junta de Gobierno Local celebrada el día 26, y se prueba con el voto favorable de dicha Concejal, asumiendo los términos del informe de usos realizado por los Servicios de la Dirección Técnica de Obras el 27 de junio de 2012, redactado por el Sr. Sixto; que tal como estaba redactado, entendiendo como apoyo al parque "los usos de kioscos y zonas de restauración", daba pie para que después redactara el 13 de septiembre de 2013 el informe ad hoc Tomás, base para que esa misma fecha dictara el Decreto prevaricador la Concejal.

Los anteriores datos, traídos de los hechos probados, identifican, por sí solos, los elementos objetivos del delito de prevaricación. En cualquier caso, nos remitimos a las consideraciones realizadas en los fundamentos de derecho en que hemos abordado los recursos de los otros dos recurrentes, donde explicábamos que el único informe defendible era el de 27 de junio de 2012, y que, conociéndolo el Sr. Tomás, emite, ad hoc, el suyo de 13 de septiembre con la finalidad de sortear los problemas que impedían adaptar el local litigioso a Sala de Fiestas, imprescindible para que la Sra. Adela dictara ese arbitrario Decreto de igual fecha en que concedía licencia para tal adaptación.

4. Y en lo que al elemento subjetivo se refiere, hay elementos que indiscutiblemente llevan a la convicción de que el Sr. Severino, conociendo que era inviable la instalación de la Sala de Fiestas, da una serie de pasos para que la Concejal le autorice a su puesta en marcha; así lo explica la sentencia de instancia con un discurso lógico deductivo que, aunque no lo comparta el recurrente, nos parece lo suficientemente razonable y de la suficiente solidez, como para mantenerlo, pese a la contraria opinión del recurrente. Nos remitimos a las consideraciones realizadas al respecto por el tribunal a quo, de las que destacaremos alguna de ellas.

En este sentido, son significativos los correos que se intercambian Severino y Adela los días 4 y 7 de julio de 2012, que evidencian los problemas de rentabilidad del negocio que pretendía montar, si el local litigioso no lo dedica a Sala de Fiestas, y así se explica en el fundamento de derecho vigesimonoveno, en el párrafo en el que estudia el contenido del correo, que el 4 de julio envía a la Concejal de la siguiente manera:

"Unos días antes de que el Sr. Severino presentase ese escrito [se refiere al de 20 de julio] en el Ayuntamiento, el 4 de julio, le había expuesto a la Sra. Adela en un correo personal obrante a los folios 5.318 y 5.319, que su empresa había invertido "más de lo previsto" en el SGEL-11 "a petición (sic) de la propia Área de Urbanismo", haciendo expresa alusión al "asfaltado" de toda "la subida" al Serrallo, y que "siempre habían entendido que se estaba compensando ese mayor esfuerzo a cambio de poder sacar más rendimiento a la Concesión administrativa", sugiriendo fórmulas para llevar a cabo esa "compensación", consistentes en aprobar la instalación de la "Sala de Fiestas" y la autorización del cambio del horario del parque, que era preciso para llevar a cabo, de forma rentable, el "resto de instalaciones terciarias de apoyo".

De esta manera, en la fundamentación de la sentencia, se razona sobre esos problemas a la hora de retirar la licencia de actividad de que se habla en los hechos probados que guardan relación con la instalación de



restaurante con posibilidad de hacer eventos y de su uso "nos guste más o menos, el de Sala de Fiestas", sobre la solicitud por parte del Sr. Severino de la ampliación del horario "en base a restablecer el equilibrio económico de la concesión", y su proposición por razones de "interés público" para que se aprobara la instalación de la Sala de Fiestas, cuando, recordemos, que no se había licitado al respecto. Es, en definitiva, una cuestión económica, debido un mayor gasto del previsto por la concesionaria, que realiza a instancia del Área de Urbanismo, a cuyo frente se encontraba la Concejal, Sra. Adela, que el Sr. Severino solicita una compensación y la fórmula en que incide, para que sea rentable la inversión, es en la instalación de una Sala de Fiestas con ampliación de horario.

La respuesta a este correo es el que envía la Sra. Adela al Sr. Severino el día 7 de julio, en el que, entre otras cosas, le advierte de que no veía viable el uso privativo de un parque de dominio público, con lo que, solo si la Concejal que tenía que conceder las licencias no veía viable ese uso privativo, se entiende que Severino presentase el escrito de 20 de julio en solicitud de usos y horarios del parque, cuando la normativa del clausulado, desde el momento que recogía el art. 6.1.19.2 del PGOU, no debería haber ofrecido ninguna duda de que en el parque infantil no cabía una instalación de uso privado, de ahí que nos parezca razonable, como comienza diciendo el fundamento de derecho trigésimo de la sentencia recurrida que "la autorización del "uso" de una de las dependencias de apoyo al parque como Sala de Fiestas, trae causa de la mencionada solicitud de interpretación de "usos y horarios" cursada el 20 de julio de 2012 por el Sr. Severino", en el que no hacía mención que una de las actividades que pretendía instalar era la de Sala de Fiestas, porque de no haberse presentado ese escrito no tiene explicación que se redactase el 23 de julio de 2012, con el visto bueno de la Concejal, una propuesta del acuerdo a adoptar en la Junta de Gobierno Local a celebrar el día 26, a fin de la "aclaración sobre el régimen de horarios y usos de las instalaciones terciarias de apoyo previstas en el pliego".

Reflejo de todo ello encontramos en el hecho probado decimoprimer, en que, retomando algo que decíamos del fundamento de derecho primero 3.4, se declara probado que el 20 de julio de 2012 Severino presentó un escrito al Ayuntamiento ante las "dudas" que según él suscitaba el pliego de cláusulas de la concesión, escrito en el que realizaba una serie de consideraciones sobre horarios de funcionamiento de las distintas actividades y usos a desarrollar, pero en el que no hacía mención a que una de esas actividades que pretendía implantar era la de Sala de Fiestas, lo que hizo "con ánimo de obtener un acuerdo municipal favorable a sus intereses y eludir lo dispuesto en el art. 6.1.19.2 del PGOU", según refleja con acierto el propio hecho probado, que cristalizó en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2012, en que, como venimos diciendo, entre las instalaciones terciarias de apoyo al parque se entendió que cabían los usos de kiosko y zonas de restauración, mención, ésta, de partida y que por una forzada equiparación con ella la Sala de Fiestas, sirvió para que el Sr. Tomás emitiera el informe ad hoc, de 13 de septiembre, fundamental para que la Sra. Adela dictara el Decreto prevaricador de ese misma fecha.

A la vista de las anteriores secuencias es razonable concluir, como hace el tribunal sentenciador en el fundamento trigésimo, que el Sr. Severino "contribuyó a la materialización de estas infracciones de la norma de planeamiento y de lo acordado por la Junta de Gobierno Local, presentando las solicitudes para el desarrollo de la actividad de Sala de Fiestas y de las obras menores a llevar cabo en el pabellón I de la Concesión, sabiendo que el PGOU no permitía en el SGEL la implantación de otros usos que no fuesen los terciarios comerciales de apoyo, y que las licencias que concediese el Ayuntamiento autorizando un uso que no tuviese esas características vulnerarían las disposiciones del planeamiento municipal, no obstante lo cual, solicitó del Consistorio la adopción de un Acuerdo interpretativo de los horarios y usos del parque sin hacer mención alguna a que uno de los que pretendía implantar era el de "Sala de Fiestas", con intención evidente de eludir las normas administrativas de aplicación, no presentando el Reglamento de horarios a que hacía referencia el Acuerdo Municipal, e implantando, de hecho, un "uso", el de Sala de Fiestas, que no estaba permitido por el PGOU en el SGEL, logrando la aprobación de un horario de apertura y cierre que tampoco era el establecido en el Acuerdo municipal, confiriendo, de esa manera, un uso privado de carácter lucrativo a un bien de dominio público".

Y es, precisamente, porque contribuye a la infracción de la normativa de Planeamiento en que incurre la Concejal con el dictado del Decreto de 13 de septiembre de 2012, y, en consecuencia, porque trae causa de él, con el que dicta el 20 de noviembre, por lo que es acertado considerarle partícipe a título de cooperador necesario, como no podía ser de otra manera, al estar ante un delito especial propio, en que la autoría solo es predicable respecto de autoridad o funcionario público que dicta la resolución arbitraria, y ello porque esa contribución fue imprescindible para que la Sra. Adela dictase las referidas resoluciones, y así se razona en la sentencia recurrida, en el trigésimo cuarto fundamento, de la siguiente manera:

"Según lo razonado, el Sr. Severino contribuyó a la realización de este delito con actos sin cuyo concurso no se habría efectuado ( art. 28 b) CP), no solo por solicitar que el Ayuntamiento le otorgase licencias contrarias a las normas de planeamiento, sino por hacerlo de manera que las que se concediesen revistieran la repetida apariencia de legalidad, ocultando en los escritos presentados al efecto que pretendía instalar una Sala de Fiestas en el SGEL, no aportando el Reglamento de Funcionamiento que indicara el horario de esa actividad, sabiendo que no se iba a ajustar, en absoluto, al de los demás parques de la ciudad, y materializando ese horario de forma efectiva

siendo, igualmente, de aplicación a su conducta lo anteriormente razonado sobre la unidad delictiva y, ahora sí, lo dispuesto en el art. 65.3 del CP, al no ser el Sr. Severino funcionario ni autoridad".

En definitiva, y haciendo nuestras palabras del M.F. lo que el tribunal sentenciador considera probado es que "el recurrente promovió y gestionó la concesión de las licencias arbitrariamente autorizadas por la Concejal Delegada de Urbanismo para el uso privado de un pabellón ubicado en un parque como sala de fiestas, en interés propio y con pleno conocimiento de que se quebrantaba palmariamente la legalidad urbanística".

Procede, pues, la desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso.

DECIMONOVENO.- Cuarto motivo: "Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y derecho de la defensa del art. 24 de la C.E."

Aun cuando sea éste el enunciado del motivo, vuelve a pretenderse, una vez más, una nueva valoración de la prueba, que se reviste con el argumento, según leemos en el extracto del contenido del motivo, alegando que "la conclusión alcanzada por el Tribunal sentenciador a consecuencia de la prueba practicada y análisis de la misma carece de toda base razonable, tratándose de conclusiones ilógicas e irracionales y alejadas de las máximas de experiencia", alegación que no es inusual ver en un motivo de casación como el que nos ocupa, pero que lleva a pensar si no debiera plantearse quien la realiza que lo que lo ilógico, irracional y alejado de las máximas de experiencia es su alegato, y, si no fuera así, al menos que, porque no se comparte, no se debería dar el salto de considerarlo tan irracional como se califica.

Dicho esto, vemos que el desarrollo del motivo, vuelve a pivotar sobre la base de que "el mero hecho de solicitar una licencia de obra menor y licencia de apertura, no puede ser constitutivo de delito alguno", en lo que estamos de acuerdo; sin embargo, sucede que la conducta de Severino no se limitó a eso, sino que, como hemos explicado en el fundamento anterior ha sido determinante para que el Decreto de 13 de septiembre de 2012, dictado por la Concejal fuera en los términos arbitrarios que venimos diciendo, que es lo que determina su participación, a título de cooperador necesario, en el delito de prevaricación administrativa por el que viene condenado.

Nos remitimos, pues, a lo razonado en el anterior fundamento de derecho, y la secuencia de pasos dados por este recurrente a fin de conseguir un Decreto que se ajustara a sus conveniencias, sin que sea necesario añadir más para la desestimación del motivo, razón por la que no hemos de entrar en la dinámica a que se nos pretende llevar, cuando, tras una nueva invocación a la presunción de inocencia, se alega que resulta "obligado valorar nuevamente los expedientes de calificación ambiental, la licencia de instalación de la actividad a implantar en el Pabellón I, licencia de obra menor y licencia de apertura".

Así lo consideramos, porque, como venimos diciendo, ello supone adentrarnos en un puro tema de valoración de prueba, fundamentalmente de naturaleza personal, que ha sido valorada por el tribunal al que, en exclusiva, corresponde esta misión, que es el sentenciador.

En todo caso, no es cuestión de entrar en un examen tan exhaustivo como se pretende en el motivo de cada uno de los informes, porque, admitido que en su tramitación no interviniese el recurrente, así como que presentasen una apariencia formal de legalidad, no está ahí el debate, sino en la ilegalidad, que con esa apariencia de legalidad, se aprecia en el de licencia de obra menor (2875), que es donde se centra, con acierto, la sentencia de instancia, y en la que se dan las explicaciones por las cuales el informe de Tomás de 13 de septiembre de 2012, presentado en el expediente relativo a dicha licencia, se aparta manifiestamente de la legalidad, de manera que, siendo así como se ha enfocar la cuestión y haber dado respuesta en distintos fundamentos de por qué se aparta de legalidad, a lo que en ellos se dijo nos remitimos, sin necesidad de añadir más.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

VIGÉSIMO.- Quinto motivo: "Al amparo del art. 849.2 de la LECr. Se denuncia error en la apreciación de la prueba, error que ha conducido al dictado de una resolución injusta condenando a mi mandante como cooperador necesario de un delito de prevaricación administrativa, incluyendo el tribunal sentenciador en el relato de hechos probados elementos fácticos no acaecidos y describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron".

En relación con la queja que se formula en el presente motivo, reiterar una vez más las pautas a las que queda sujeto el motivo, que lo es por error facti, para lo cual nos remitimos a lo que al respecto dijimos en el fundamento de derecho sexto, cuando abordamos el tercer motivo de recurso de la primera recurrente.

En el motivo se dedican cuatro apartados a lo que considera cuatro grandes errores valorativos la prueba; los dos últimos giran, uno, en torno a la interpretación de la normativa aplicable, y el otro en la pretensión de que volvamos a analizar los distintos expedientes, cuestiones que ya han sido objeto de análisis en fundamentos anteriores a los que nos remitimos.

Pues bien, aun no siendo cuestión nuestra entrar en una valoración de la prueba, pero en la idea de hacer frente a una eventual queja por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, haremos unas consideraciones en relación con los otros dos apartados del motivo, en que se hacen unas alegaciones, que, no obstante quedar descartadas por exclusión, si se leen con atención los razonamientos tanto de esta sentencia como la de instancia, creemos que conviene detenerse en ellos de manera más particularizada.

A) Uno de ellos es la queja referida a un pasaje de los hechos probados sobre el que se ha hablado en otros fundamentos y que transcribe el recurrente de la siguiente manera: "El Sr. Severino con ánimo de obtener un acuerdo municipal favorable a sus intereses y eludir lo dispuesto en el art. 6.1.19.2 del PGOU. NO HACÍA MENCIÓN EN SU SOLICITUD A QUE UNA DE LAS ACTIVIDADES QUE PRETENDÍA IMPLANTAR EN EL SGEL ERA LA DE SALA DE FIESTAS", que pone en relación con otro pasaje del trigésimo cuarto fundamento de derecho, en el que, en relación con las consideraciones que realiza para estimar que contribuyó a la realización del delito, se dice: "Según lo razonado, el Sr. Severino contribuyó a la realización de este delito con actos sin cuyo concurso no se habría efectuado ( art. 28 b) CP), no solo por solicitar que el Ayuntamiento le otorgase licencias contrarias a las normas de planeamiento, sino por hacerlo de manera que las que se concediesen revistieran la repetida apariencia de legalidad, OCULTANDO EN LOS ESCRITOS PRESENTADOS AL EFECTO QUE PRETENDÍA INSTALAR UNA SALA DE FIESTAS EN EL SGEL , no aportando el Reglamento de Funcionamiento que indicara el horario de esa actividad, sabiendo que no se iba a ajustar, en absoluto, al de los demás parques de la ciudad, y materializando ese horario de forma efectiva siendo, igualmente, de aplicación a su conducta lo anteriormente razonado sobre la unidad delictiva y, ahora sí, lo dispuesto en el art. 65.3 del CP , al no ser el Sr. Tomás funcionario ni autoridad".

Frente a este argumento, se opone en el motivo que el recurrente nunca ocultó en ningún expediente la actividad que pretendía implantar y hace un repaso por distintas solicitudes presentadas por Severino al Ayuntamiento en que consta esa mención a Sala de Fiestas, que no negaremos, pero que nos parece indiferente, porque donde ha de centrarse la atención es en el escrito que presenta el 20 de julio (folio 1031, tomo 2), que, como venimos diciendo, no cabe desvincular del intercambio de correos electrónicos que mantiene con la Concejal los días 4 y 7 de julio, en que ésta le dice que "no es viable el uso privativo de un parque de dominio público", escrito en el que no aparece mención a Sala de Fiestas y cuya omisión es de tal relevancia que determina que, con la intervención de la propia Concejal, se vayan dando los pasos hasta el dictado de su prevaricador Decreto de 13 de septiembre, pues ocultando esta mención propiciaba obtener un acuerdo municipal favorable a sus intereses, de ahí el acierto en el pasaje del hecho probado, que se cuestiona, que es a lo que, reiteramos una vez más, ha de estarse.

B) El otro apartado es en relación con los correos electrónicos intercambiados los días 4 y 7 de julio entre Severino y Adela y la pretensión de ilicitud alegada en el motivo, a cuyo respecto, como primera aproximación, diremos que este Tribunal, por medio del Magistrado Ponente, ha visionado la grabación del juicio, no para entrar en una dinámica de valoración de la prueba, porque, como venimos diciendo, no es cuestión ésta que nos competa, menos cuando el visionado lo ha realizado un solo Magistrado, sino para constatar la información que se nos ofrece en el recurso, y ha podido comprobar que, no obstante decirse en el motivo que "en el acto del juicio oral NINGUNA PREGUNTA EN RELACIÓN CON LOS CITADOS CORREOS SE EFECTUÓ NI A LA SRA. Adela NI AL SR. Severino", queremos pensar que ello se debe a un error, porque, a partir de minuto 23:30 del video 16 del Cd 2, el M.F. efectuó preguntas al Sr. Severino sobre si mantuvo correos electrónicos con la Concejal, Sra. Adela, contestando que, entre otros, los mantuvo con ésta, con quien habló de temas urbanísticos, como son los que se tratan en ese intercambio de correos, de manera que, siendo esto así y reconocida la existencia de esos correos, cae por su base uno de los motivos de impugnación de los mismos.

Por otra parte, no se nos indica por el recurrente en qué momento o de qué forma impugnó en la instancia dicha prueba, que, sin embargo, ahora, aunque la cuestione, lo hace de una manera formal, pues no nos indica por qué razón o dónde se encuentra ese defecto, al que pretende anudarse, además en contravención del principio de conservación de los actos procesales, un efecto invalidante. Hubiera sido conveniente que, al menos, se hubiera expuesto alguna razón que posibilitara a este Tribunal valorar que ha habido una quiebra en el derecho de defensa, que no conseguimos encontrar.

De hecho, entre las alegaciones, se dice que los correos electrónicos se obtienen a raíz de un auto de entrada y registro en el domicilio de la Sra. Adela, en que se autorizó el registro de dispositivos electrónicos, con determinados requisitos, que, en opinión del recurrente, no se cumplieron, pero que no nos indica cuáles fueron, y que, reiteramos, no consigue encontrar este Tribunal, lo que es una razón más para rechazar la queja formulada por ilicitud de dicha prueba, pues, tal como se plantea, no apreciamos que se hayan quebrantado las garantías del recurrente en la incorporación a la causa de los referidos correos electrónicos.

De hecho, hemos podido examinar el auto de 12 de abril de 2016, dictado por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Instrucción, autorizando la entrada y registro en determinados domicilios, entre ellos el de Adela, en que también " se AUTORIZA expresamente la posibilidad de registro de cuantos dispositivos electrónicos de almacenamiento masivo de datos se encuentren en el lugar del registro; lo que permitirá el acceso a la memoria física o virtual de PCs, teléfonos móviles, dispositivos de memoria externa, y en general cualesquiera dispositivos electrónicos susceptibles de almacenar información o datos electrónicos", diligencia para cuya práctica, con observancia de lo dispuesto en el art. 588 sexies a) LECrim., se contó con el correspondiente auto habilitante y con las garantías de autenticidad que ofrece la presencia del Letrado de la Admon. de Justicia, por lo que, faltando, como falta, una queja fundada, no ha de prosperar la tacha puesta a dicha prueba.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

Recurso de las acusaciones populares (General de Galerías Comerciales, Rafael y Vox).

VIGESIMOPRIMERO.- Coinciden dichas acusaciones en impugnar la condena al pago de las costas que les fue impuesta en la sentencia recurrida, por lo que se abordaran sus recursos conjuntamente.

1. Si bien avanzamos que serán desestimados, conviene comenzar por dar respuesta al motivo que articula, en exclusiva, la representación procesal de Rafael, con invocación del art. 851.1º y 2º LECrim. y el argumento de que en los hechos probados no existe base fáctica sobre la que apoyar la fundamentación jurídica que ha llevado a la condena, entre cuyas consideraciones, en apoyo de su pretensión estimatoria del recurso, en base a este motivo, alega que "del relato fáctico plasmando en la Sentencia objeto de casación, nada se dice respecto a la existencia o no de intereses espurios o de cualquier otra naturaleza, incluidos los políticos, que la misma Sala rechaza después en sede de fundamentación jurídica".

El recurso formulado por esta representación no ha de prosperar por tal motivo, y para ello nos remitimos a una doctrina de esta Sala, que traemos de la STS 277/2018, de 8 de junio de 2018 (Caso Noos), sobre la que volveremos más adelante, pero que, en lo que a este concreto motivo concierne, en su fundamento de derecho decimoctavo se puede leer lo siguiente:

"Para encontrar los criterios rectores de la condena en costas de una acusación hay que bucear fuera del Código Penal; hay que acudir al art. 240 LECrim. Esta evidencia permitiría cuestionar si estamos ante un tema de derecho penal sustantivo o ante una cuestión puramente procesal y, como secuela de ello, si es dable traer a casación una queja por tal temática basándose en el art. 849.1º LECrim.

No haremos ahora cuestión de ello: es práctica inveterada de esta Sala abordar en casación el debate sobre la procedencia de la condena en costas de una acusación revisando si han sido aplicadas con acierto las pautas plasmadas en el art. 240.3º LECrim. Precisamente por ello no ha de regir en esta materia la dependencia respecto del hecho probado que disciplina el recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1º LECrim. Las valoraciones sobre la condena en costas de una acusación no tienen cabida en el hecho probado que solo ha de recoger los hechos relevantes penalmente".

Valga lo expuesto para decir que, no tratándose de elementos de relevancia para la descripción del hecho delictivo los relativos al pronunciamiento sobre las costas, no procede por esta vía la estimación del recurso; ahora bien, existiendo un razonamiento en la sentencia recurrida susceptible de ser cuestionado jurídicamente, como así se ha hecho, entraremos a dar una respuesta de fondo, que, igualmente, ha de llevar a la desestimación..

2. Conocida es por esta Sala la doctrina general en materia de imposición de costas a las acusaciones no oficiales, que, en particular, pivota sobre los criterios de temeridad y mala fe por parte de ellas, concepto, cada cual, con su propio contenido, así como que dicha condena ha de ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que solo será procedente si esa temeridad o mala fe son notorias y evidentes, siendo regla general, pero no excluyente, la no imposición.

Asimismo, aunque dichos criterios sean los que han de informar la cuestión, no debe olvidarse que, cuando hablamos de acusaciones no oficiales, en ella se incluyen tanto la acusación particular, que, como perjudicada por el hecho delictivo, defenderá intereses propios, como la popular, generalmente un tercero al que necesariamente le será exigible un mayor grado de objetividad, y que, por lo tanto, a su intervención debiera requerirse un mayor nivel de exigencia y proximidad a la posición del M.F.

En este sentido, la referida STS 277/2018, decía lo siguiente: "No hay un concepto diferente de mala fe o temeridad según el acusador sea el perjudicado por el delito (acusación particular) o un tercero (acusación popular); pero ciertamente la condición de afectado directo comporta un subjetivismo al que será difícil sustraerse y una visión necesariamente parcial, por definición (no otra cosa puede esperarse de quien se siente víctima de una acción) que pueden influir en la concreción in casu de esos dos conceptos. A una acusación popular le es exigible mayor objetividad, aunque obviamente no la neutralidad o imparcialidad que sí adornan la actuación del Ministerio Fiscal".

La sentencia de instancia dedica su cuadragésimo fundamento a exponer las razones por las cuales considera procedente la imposición de las costas a estas acusaciones populares. Reconoce la complejidad del asunto, que, sin embargo, exceptúa en dos casos, que son los relativos a los Concejales del Ayuntamiento de Granada y al Interventor Municipal y explica por qué razón las costas procesales ocasionadas a los concejales absueltos, Pascual, Teodoro, Adolfina, Segismundo, Miguel, Mario, Prudencio y Aida, así como al Interventor, Romulo, se imponen a dichas acusaciones.

2.1 Se trata de Concejales que emitieron su voto favorable en la trascendente Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2012, respecto de los cuales las acusaciones populares retiraron la acusación que habían dirigido contra ellos, al elevar sus conclusiones a definitivas. Sin perjuicio de remitirnos a la sentencia de instancia, reproducimos su convincente argumentación, a la que añadiremos alguna consideración más. Dice así el tribunal sentenciador:

"Los términos en los que quedó redactado el acuerdo adoptado en esa Junta, según se ha declarado probado, carecen de la menor trascendencia penal si no se acredita que todos ellos estaban impuestos de la interpretación que del mismo iban a hacer posteriormente quienes sí conocían que lo que pretendía instalar el peticionario de la aclaración era una Sala de Fiestas, extremo este que no constaba ni en la solicitud de aclaración

ni en el informe previo a la adopción del acuerdo.- El hecho de que se abriese el juicio oral en contra de estos acusados o que se negasen a declarar, acogiendo a su derecho, no es óbice para eximir del pago de las costas a quienes, con temeridad y en contra del criterio de la Fiscalía y del propio Ayuntamiento perjudicado, sostuvieron durante todo el juicio una acusación sin más base que la emisión del mencionado voto favorable por parte de los Concejales (no ocurre lo mismo con el Sr. Valentín, a quien Fiscalía y Ayuntamiento sí acusaron por este hecho), y la retiraron sin haber preguntado al respecto ni al resto de acusados ni a las demás personas participantes en el plenario.- Las costas ocasionadas a estos ocho, inicialmente, acusados deberán ser abonadas, por terceras partes por VOX, General de Galerías Comerciales y el Sr. Rafael, que responderán del pago del total de manera solidaria".

En efecto, nos parece razonable que se haya valorado que estos ocho concejales no estaban impuestos de la interpretación y uso que se iba a hacer del acuerdo adoptado en la Junta, como también que se tuviera en cuenta que a ellos, a diferencia de otros, no les acusó por este hecho no solo la Fiscalía sino tampoco quien acabó interviniendo en juicio como acusación particular, como fue el Ayuntamiento de Granada. Es cierto, sin embargo, que contra los ocho concejales se abrió juicio oral, pero lo que nos parece definitivo es que, sin haber declarado ellos ni haber preguntado a otras personas que participaron en el plenario, se retire la acusación, porque esto apunta a que la situación en que se encontraron al final del juicio no debía ser muy diferente a la que tuvieran en otras fases anteriores, de manera que, si esto era así, una razón de prudencia debiera haber aconsejado no acusarles.

En este sentido, nos parecen acertadas algunas de las reflexiones que, en similar línea, encontramos en distintas contestaciones a los recursos, de entre las cuales reproducimos la que presenta la representación procesal de Miguel, cuando alega que "las pruebas existentes en la fase de instrucción fueron literalmente reproducidas en el acto de la vista, es decir, fueron exactamente las mismas pero sin embargo, en su día se interesó la apertura de juicio oral para después retirar la acusación. Se pregunta esta parte ¿Por qué esta actuación carente de sentido?".

No nos valen, pues, las consideraciones que hacen los recurrentes alegando que, por la circunstancia de que se negaran a contestar a sus preguntas los acusados, ello no debe jugar en su contra, porque no debe ser ese el planteamiento, sino que, cualquiera que fueran las razones por las cuales hicieran uso de su derecho a no declarar, lo relevante es que, sin oírles, es decir, sin aportar nada que pudiera servir de apoyo a la retirada de su acusación, sin embargo la retiraron.

Como tampoco nos vale que se alegue que hubo que esperar al resultado del plenario para retirar esas acusaciones, sino que se nos tendría que haber indicado qué, de relevancia, surgió en él, con lo que no se contara con anterioridad y fuera tan definitivo para retirar la acusación a tantos acusados.

2.2. Y en lo que concierne al Interventor General del Ayuntamiento de Granada, Romulo, que venía acusado por el Partido Político Vox, el tribunal sentenciador hace extensivas las razones que expusieron en relación con los Concejales, en cuanto que se considera que tampoco estaba impuesto en la interpretación y uso que se fuera a hacer del acuerdo adoptado en la Junta de Gobierno Local de 26 de julio de 2012, a lo que añade una razón más, como es que, entre sus responsabilidades o competencias no había ninguna que tuviera que ver con lo que allí se aprobó.

A lo anterior podemos añadir una consideración hecha por su defensa en el escrito de contestación al recurso, en el párrafo que alega que "para mayor sorpresa, el letrado de la acusación popular Vox en su informe en el plenario, no defendió tal acusación, ni siquiera mencionó al interventor del Ayuntamiento, pese a ser la única acusación al respecto", algo que ya puso de relieve la propia defensa de este acusado en su informe emitido en apoyo de sus conclusiones en el juicio oral, como hemos podido comprobar (CD10, video 77), pues, ciertamente, a lo largo de los más de veintiséis minutos que duró dicho informe del letrado del partido político Vox (CD 8, video 69), no ya con la precisión que requiere una acusación, sino que ni siquiera es posible vislumbrar de alguna manera por qué se le implica en el hecho por el que acusaba, pues ni mencionó su nombre ni identificó su conducta y menos las razones para considerar tal implicación en ese hecho delictivo.

Si sucede que, a diferencia de los concejales, en el caso del Interventor no se retiró la acusación, evidencia una mayor ligereza en su mantenimiento, que refuerza el acierto en la imposición de las costas con que se condena a la acusación popular ejercida por VOX.

3. A modo de resumen explicativo de las razones que nos llevan a mantener la condena en costas a las acusaciones populares, trasladamos las consideraciones que sobre este particular hacía, una vez más, la STS 277/2018, que concluía su razonamiento de esta manera:

"La Audiencia contaba, así pues, con base suficiente para realizar ese pronunciamiento sobre costas: se aprecia en el comportamiento procesal de esta acusación, al menos en las últimas fases del proceso, una ausencia de prudencia (lo contrario de la temeridad) y de ponderación y una absoluta y aparentemente deliberada y preconcebida impermeabilidad a cualquier elemento que pudiera favorecer a quien acusaba en solitario. Su soledad acusadora exigía mayor responsabilidad y mesura. Resulta ajustado hacerla responder de las costas causadas a esa parte".

Se desestiman, por tanto, los recursos formulados por las acusaciones populares.

VIGESIMOSEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 901 LECrim. procede la condena al pago de las costas habidas con ocasión de sus respectivos recursos a todos y cada uno de los recurrentes.

**FALLO**

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

**NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Adela, Tomás, Victoriano, la mercantil GENERAL DE GALERÍAS COMERCIALES, PARTIDO POLÍTICO VOX y Rafael , contra la sentencia nº 236, dictada con fecha 21 de julio de 2020 por la Audiencia Provincial de Granada, Secc. Segunda, en el Rollo de Sala 6/2019, que se confirma, con imposición a cada recurrente de las costas ocasionadas con motivo de su respectivo recurso.

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

Así se acuerda y firma.

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.