

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

SENTENCIA: 00124/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

AVILA

PROCURADOR: YOLANDA SÁNCHEZ
Letrado: LAURA MARTINEZ/HORACIO OLIVA
Notificado: 06/06/12
M/REF.: 63/07

ROLLO PENAL NÚM. 3/2012

P. Abreviado num. 60/2010 del Juzgado de Instrucción num. 2 de Ávila

SENTENCIA NÚM. 124/2012

ILTAMOS. SRES.

PRESIDENTE EN FUNCIONES:

D. JESÚS GARCÍA GARCÍA

MAGISTRADOS:

D. MIGUEL ANGEL CALLEJO SÁNCHEZ

D^a FRANCISCA JUÁREZ VASALLO

En la Ciudad de Ávila a seis de junio de dos mil doce.

La Audiencia Provincial de Ávila, compuesta de los Iltmos. Sres. Magistrados consignados al margen, ha visto las actuaciones seguidas en Procedimiento Abreviado núm. 60/2010 de los del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Ávila, Rollo Penal num. 3/2012, seguido por un presunto delito de prevaricación administrativa contra **CARLOS DE LA VEGA BERMEJO**, nacido el día 1 de XXXXXXXX en Madrid, hijo de XXXXXXXX y XXXXXXXX con D.N.I num. XXXXXXXX, y con domicilio en Ávila, XXXXXXXX, en situación de libertad provisional por esta causa, habiendo estado representado por la Procuradora Doña Yolanda Sánchez Rodríguez y defendido por la Letrada Sra. Martínez Sanz Collado, **GERARDO PÉREZ GARCÍA**, nacido el día 3 de XXXXXXXX en Las Navas del

Marqués (Ávila), hijo de XXXXXXXX y XXXXXXXX, con DNI num. XXXXXXXX y vecino de Las Navas del Marqués (Ávila), XXXXXXXX, en situación de libertad provisional por esta causa, habiendo estado representado por la Procuradora Doña Yolanda Sánchez Rodríguez y defendido por la Letrada Sra. Martínez Sanz Collado y contra **FRANCISCO GÓMEZ HERNÁNDEZ**, nacido en Orihuela (Alicante) el día 25 de XXXXXXXX, hijo de XXXXXXXX y XXXXXXXX, con D.N.I. num . XXXXXXXX y vecino de Jacarilla (Alicante), C/ XXXXXXXX, en situación de libertad provisional por esta causa y habiendo venido representado por la Procuradora Doña Teresa Jiménez Herrero y defendido por el Letrado D. Jaime Alonso Gallo; habiendo intervenido el Ministerio Fiscal en ejercicio de la acción pública y como Acusaciones la **ASOCIACION CENTAURA**, representada por la Procuradora Doña Pilar Palacios Martín y defendida por D. Pablo Ayerza y la **FEDERACION REGIONAL DE ECOLOGISTAS EN ACCION DE CASTILLA Y LEON**, representada por la Procuradora Doña Pilar Palacios Martín y defendida por el Letrado D. Luis Oviedo Mardones.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **MIGUEL ANGEL CALLEJO SÁNCHEZ**.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia dando lugar a la incoación de Diligencias Previas num. 1481/2006, posteriormente transformadas en Procedimiento Abreviado num. 60/2010 de los del Juzgado de Instrucción num. 2 de Ávila, que formulados escritos de acusaciones, decretada la apertura del juicio oral y unidos escritos de defensa, se remitió a esta Audiencia, formándose el Rollo de Sala núm.3/2012, señalándose para la celebración de la vista el día VEINTICUATRO DE MAYO.

SEGUNDO.- En la fase de conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación genérica, previsto en el art. 404, en relación con el artículo 74 del Código Penal, estimando autores

responsables a Gerardo Pérez García, Carlos de la Vega Bermejo y Francisco Gómez Hernández e interesando les fueran impuestas las siguientes penas: a Gerardo Pérez García y a Carlos de la Vega Bermejo la pena de doce años de inhabilitación especial para los empleos y cargos públicos que actualmente ostentan, y a Francisco Gómez Hernández la de doce años de inhabilitación especial para la profesión de promotor inmobiliario, así como al pago de las costas, así como que se declare la nulidad radical de los actos y negocios jurídicos celebrados entre las partes con infracción de las normas legales a que se ha hecho referencia.

TERCERO.- En igual fase la Acusación de la Asociación Centaurea estimó que los hechos son constitutivos de un delito continuado de prevaricación genérica de los previstos y tipificados en el art. 404 del Código Penal en relación con el 74.1 del mismo Texto legal, considerando autores responsables a los tres acusados y solicitando les fueran impuestas, a cada uno de ellos, la pena de de 10 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, especificando que en el caso de Gerardo Pérez García y Carlos de la Vega Bermejo se extienda al cargo de Alcalde/Concejal y Secretario de Ayuntamiento y análogos a éstos y anejos e inseparables de los mismos, así como para cualquier puesto de administración o representación en sociedades de capital público o participadas, y en el caso de Francisco Gómez Hernández a la posibilidad de serlo durante el tiempo de la condena; al pago de las costas por iguales partes y a que en concepto de responsabilidad civil indemnicen de forma y conjunta y solidaria al Ayuntamiento de Las Navas del Marqués por todos los daños y perjuicios patrimoniales producidos, a acreditar en fase de ejecución de sentencia y sean consecuencia de la responsabilidad derivada del presente procedimiento.

Por la Acusación Particular de la Federación Regional de Ecologistas en Acción de Castilla y León se calificaron los hechos como constitutivos de un delito continuado de fraude del artículo 436 del Código Penal, un delito de malversación de caudales públicos del art. 433 del C. Penal y un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del C. Penal, de los que reputó autores responsables a los tres acusados, solicitando les fueran impuestas a cada uno de ellos las siguientes penas: la de 2 años de prisión y 8 de inhabilitación especial para empleo y cargo público por el delito del art. 436 del C. Penal, 3 años de prisión y 8 de inhabilitación absoluta por



el delito del art. 433 del C. Penal y 10 años de inhabilitación especial para empleo y cargo público por el delito del art. 404 del mismo cuerpo legal.

Los tres indemnizarán de forma conjunta y solidaria al Ayuntamiento de Las Navas del Marqués en la cantidad de 353.387 euros y en aquella que se establezca, si así ocurriera, en aplicación de la estipulación cuarta de la escritura de compraventa de los terrenos otorgada por Montes de Las Navas, S.A. a favor de Residencial Aguas Nuevas.

CUARTO.- Por las Defensas de los acusados se solicitó la libre absolución de cada uno de sus defendidos con toda clase de pronunciamientos favorables.

QUINTO.- En el acto del juicio oral todas las partes elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, interesando en este trámite por la Acusación de Ecologistas en Acción que se adhería a la petición del Ministerio Fiscal en lo relativo a la petición de nulidad radical de los actos y negocios jurídicos celebrados entre las partes con infracción de las normas legales a que se ha hecho referencia.

SEXTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

II.- HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El 3 de Mayo del año 2.000 se constituyó la Sociedad Montes de las Navas S.A. (MNSA) compuesta por el Ayuntamiento de Las Navas del Marqués (70%), Junta de Castilla y León (20%) y Diputación de Ávila (10%), siendo miembros de dicha sociedad Gerardo Pérez García, Ángel Mariano Azañedo Barbero, Antonio Fernández Esteban, Teodoro Blanco Cáceres, Félix San Segundo Nieto, Sebastián González Vázquez, Javier Benito Martínez, Félix Burgos López, Mariano Torre Antón y Carlos de la Vega Bermejo con el fin de adquirir terrenos rústicos pertenecientes a la Unión Resinera, S.A., en concreto se compraron mediante escritura de fecha 12/6/2000, 7.702,8575 Has de pinares (por aproximación 7.703 Has), por un precio de 8.556.308 €.

De los diez miembros componentes de la entidad Montes de las Navas del Marqués, Gerardo Pérez-García fue nombrado presidente de tal entidad, siendo además alcalde del Ayuntamiento de Las Navas del Marqués, y formaba también parte de la entidad Carlos de la Vega Bermejo, Secretario a su vez del citado Ayuntamiento.

Con fecha 13 de Julio de 2.001 la empresa RAN (Residencial Aguas Nuevas), de la que era administrador Francisco Gómez Hernández, declara su interés en adquirir 95 Has de terrenos comprados por MNSA a la Unión Resinera, que ya estaban reclasificadas como suelo urbanizable por 9.157.321 €, incluyéndose otras 50 Has por el mismo precio para la edificación de 1.500 viviendas y campos de golf.

El 26 de Noviembre de 2.001 se reunió el consejo de administración de Montes de Las Navas (MNSA) y Carlos de la Vega informó de la reclasificación de 96 Has de la Cuerda de la Estación, y de los contactos habidos con varias empresas interesadas en la compra de tales terrenos.

El 7 de Febrero de 2.002 MNSA publica en el BOP el concurso público para la enajenación de una finca de 215 has, de las que 95 estaban ya clasificadas como suelo urbanizable delimitado y el resto como suelo rústico. RAN presenta oferta y condiciona los dos últimos pagos a la aprobación definitiva de la clasificación como suelo urbanizable delimitado en 120 Has de suelo rústico, y el 9 de abril de 2.002 el consejo de administración de MNSA acuerda adjudicar el concurso a RAN (única proponente) por importe de 10.307.358 €, más el IVA. El 14 de Agosto de 2.002 se firma la escritura de compraventa. Se comprobó antes de la firma de la escritura, mediante la pericial topográfica correspondiente, que el terreno vendido era de 192 Has y no de 215 Has, (de estas 215 Has, 1 Ha, 20 a y 43 ca. eran de otros particulares), por lo que se acordó reducir el precio proporcionalmente, pero sólo en un 50 por ciento de descuento en relación a las has de diferencia, quedando definitivamente fijado en la escritura en 9.953.971,77 € (existe un error en esta cantidad pues la adjudicación fue por 10.331.360 €, menos la reducción de 350.028 € asciende a 9.957.330 €, pero lo cierto es que en la escritura de 14/8/2002 aparece la venta por 9.953.971 €), pero en la estipulación cuarta de la escritura se introdujo una condición resolutoria parcial que señalaba que sí en el plazo de 2 años desde la firma del documento no se hubiese aprobado con carácter definitivo la clasificación como suelo urbanizable delimitado de la superficie de 97,0096 Has de suelo no

urbanizable, la compradora podrá exigir de la verdadera la devolución de la parte correspondiente a dicho suelo, que ascendía a 2.953.943,55 €. En la Junta de 13 de agosto de 2.002 de MNSA (un día antes de la escritura) ya se dio cuenta de la reducción del precio por la diferencia de Has, siendo autorizada por la Junta de Montes de las Navas. Las Has vendidas en escritura fueron 192,0096 Has.

SEGUNDO. El 20 de Agosto de 2.002 Gerardo Pérez García, en calidad de consejero delegado de MNSA solicitó del Jefe de Servicio Territorial de Medio Ambiente la permuta de una franja de terreno de 1.500 m. por 80 m. del monte de utilidad pública nº 78 (MUP78) propiedad del Ayuntamiento de Las Navas del Marqués por otra de 2.000 m. por 60 m., propiedad de MNSA que lindaba con el monte anterior. Dicha permuta fue autorizada por la Conserjería de Medio Ambiente mediante Orden de 23 de abril de 2.003 publicada en el Boletín Oficial de Castilla y León. Según contrato de opción de compra entre MNSA y RAN de fecha 14 de Agosto de 2.002 se habría de añadir esta parcela de 12 Has y venderse por MNSA a RAN por 374.030 €.

En el expediente de la permuta figura informe de la Secretaría y de la Arquitecta Municipal que valora la parcela municipal en 353.220 € (suelo urbanizable delimitado). La parcela propiedad de MNSA en suelo rústico se valoró en 6.980 €, por lo que se añadió otra de suelo urbanizable no consolidado de uso industrial valorada en 163.211 €, existiendo también informe favorable de la Comisión Informativa de Hacienda del Ayuntamiento de Las Navas del Marqués. Después, la comisión de Gobierno del Ayuntamiento acordó la permuta. La escritura de permuta la otorgaron de el Ayuntamiento de Las Navas del Marqués y Montes de Las Navas S.A. el 11 de Febrero de 2.004. Después vende la parcela permutada la entidad MNSA a RAN de la que es administrador único Francisco Gómez Hernández.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La prevaricación genérica viene regulada en el art. 404 del Código Penal que establece que se castiga con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años, a la autoridad o funcionario público que, a



sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Exige que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público, según la definición del art. 24 CP; que la resolución dictada se repute contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legal exigida, bien porque no se hayan respetado normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder; no basta que sea contraria a derecho (el control de la legalidad administrativo corresponde al orden contencioso-administrativo) dado que, para que constituya delito, se requiere que sea injusta, lo que supone un plus de contradicción con el derecho.

En ese mismo sentido, la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 2010, recordando las sentencias de la misma Sala de 4 de Diciembre de 2.003 y 28 de Marzo de 2.006, realiza un estudio sistemático del delito de prevaricación administrativa, señalando que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste, pues, en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (sentencia del Tribunal Supremo núm. 727/00 de 23 de Octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (sentencias del Tribunal Supremo núm. 2.340/01 de 10 de Diciembre y núm. 76/02 de 25 de Enero).



Conviene resaltar que no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (sentencia del Tribunal Supremo núm. 766/99 de 18 de Mayo).

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este



plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente. Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la **patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho**. Se hablaba así de una **contradicción patente y grosera** (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 1.996), o de **resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso** (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1.992 y de 20 de Abril de 1.994) o de una **desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal** (sentencia núm. 1.095/93 de 10 de Mayo).

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la sentencia del Tribunal Supremo nº 627/06 de 8 de Junio, en la que se dice que "la jurisprudencia de la Sala II, por todas las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de Abril de 2003 y de 24 de Septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que **además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley**. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria, patente, evidente, esperpéntica, etc."), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el artículo 404 del CP. (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver sentencia del Tribunal Supremo nº 647/02, con mayores indicaciones jurisprudenciales)".

Otras sentencias, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como



elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que **se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad**. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1.998 ; 4 de Diciembre de 1.998 ; núm. 766/99 de 18 de Mayo y núm. 2.340/01 de 10 de Diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución --por no tener su autor competencia legal para dictarla-- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (sentencia del Tribunal Supremo núm. 727/00 de 23 de Octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando en la resolución falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (sentencia del Tribunal Supremo núm. 878/02 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 (sentencia del Tribunal Supremo núm. 76/02 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.

Además, es necesario que el autor actúe "a sabiendas" de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como se dijo, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige, como elemento subjetivo del tipo, que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada sentencia del Tribunal Supremo núm. 766/99 de 18 de Mayo, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo



plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

El reciente Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 4 de Julio de 2011 resume: " Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho."

Sigue diciendo que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (sentencia del Tribunal Supremo núm. 2.340/01 de 10 de Diciembre). Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre). Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/92 ,



en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo núm. 2.340/01 de 10 de Diciembre y núm. 76/02 de 25 de Enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento. Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (sentencia del Tribunal Supremo nº 331/03 de 5 de Marzo).

Teniendo en cuenta la anterior doctrina hemos de examinar si, de los hechos probados, se desprende la existencia de tal delito.

SEGUNDO. Respecto al concurso el Ministerio Fiscal y las acusaciones dicen, y en concreto el Ministerio Fiscal: "El 26 de Noviembre de 2.001 se reúne el consejo de administración de Montes de las Navas S.A. En esta reunión su director general D. Carlos de la Vega informa de la reclasificación de las 95 ha. de la Cuerda de la Estación y de los contactos habidos con varias empresas interesadas en la operación urbanística y compra de terrenos, cuyo precio se aplicaría a la amortización de los pagos pendientes con la Unión Resinera (LURESA) y de la firma de una declaración de intenciones con RAN (la empresa Residencial Aguas Nuevas).

En esta declaración formalizada el 13 de Julio de 2.001 esta empresa declara su interés en adquirir las 95 ha. ya reclasificadas como suelo urbanizable por 9.157.321 €. Si fuera necesario incluir una ampliación de otras 50 ha. se negociarían otras compensaciones en función de la reclasificación del terreno. En una cláusula adicional se hace constar que en la superficie total se incluirán las 50 ha. de la ampliación y por el mismo precio, con un total de 1.500 viviendas. La fórmula



establecida para el pago consistiría en una cantidad a la firma del convenio, y el resto mediante la subrogación de RAN en los pagos pendientes a LURESA (Unión Resinera).

Informa también del proyecto de urbanización de la Ciudad del Golf, presentado por RAN días antes, para desarrollar en una superficie de 212 ha (Nótese que la superficie urbanizable se ha incrementado en 67 ha. en relación con la obrante en la declaración de intenciones). Entre los acuerdos que se adoptan está el de llevar a cabo un proceso de licitación pública procurando que ello no suponga un fracaso del proyecto. Esto se acuerda así, según se dijo entonces, para dotar a estas gestiones de una total transparencia y comprobar la existencia o no de otras empresas interesadas en el proyecto. En realidad la convocatoria de concurso era obligatoria conforme a la legislación vigente entonces”.

Hay que comenzar aclarando que la Sociedad Anónima Montes de las Navas no se puede incluir, como se pretende por las acusaciones, dentro del concepto de Administración que realice contratos públicos privados, no siendo de aplicación, en cuanto a la venta de sus bienes, los arts 5,3 y 7 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A estos efectos se ha de tener en cuenta lo regulado en la disposición adicional sexta de la misma norma que establece: “Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de los Organismos autónomos, o entidad de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”

En este supuesto, Montes de las Navas S.A. ha utilizado la fórmula del concurso prevista en el art. 74 de la misma norma, cuando dice “ En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto” .

Tal procedimiento era innecesario por no exigírselo la norma, bastando con la existencia de la publicidad, de acuerdo con la disposición adicional sexta. Por tanto,



sólo hemos de tener en cuenta la existencia del cumplimiento de la publicidad y concurrencia, sin sujetarnos a todos los trámites del concurso.

A estos efectos el art. 78, en cuanto a la publicidad de las licitaciones, establece que: "todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos con excepción de los procedimientos negociados, se anunciarán en el "Boletín Oficial del Estado". Estos últimos también serán objeto de anuncio en dicha publicación, cuando por razón de su cuantía estén sujetos a publicidad en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas". No obstante las Comunidades Autónomas, entidades locales y sus organismos autónomos y entidades de derecho público, cuando se trate de contratos que por su cuantía no hayan de publicarse en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas", podrán sustituir la publicidad en el "Boletín Oficial del Estado" por la que realicen en los respectivos diarios o boletines oficiales".

La disposición adicional sexta no se remite al art. 78 de la misma norma, por lo que no sabemos si en el concepto de publicidad entra la publicación de la presente venta del bien (finca de 215 Has de MNSA) en el Boletín Oficial de Estado o basta la publicación en el B.O. de la Provincia y en otros medios, como se ha hecho en este caso.

Lo que está claro es que ha existido cierta publicidad, en la medida que en el BOP de fecha 7 de febrero de 2.002 se publicó el concurso público para la enajenación de la citada finca de 215 Has. También se ha publicado el concurso en otros medios. En los folios 2807 y siguientes consta también remitido al Diario de Ávila, BOCyL, Javier Benito Martínez, Beatriz Tripero etc.

Por tanto, no se observa que se haya incumplido la legislación vigente, y mucho menos se ha demostrado ese plus de contradicción con el derecho, en la medida en que no se ha demostrado algo previo, como es la ilegalidad administrativa.

Lo único cierto es que nadie se opuso a la venta de tal bien, ni existió recurso contencioso administrativo o ante los Tribunales ordinarios.

TERCERO. El Ministerio Fiscal, en su escrito de calificación dice lo siguiente: "que el 4-3-2002 RAN presenta su proposición económica al concurso. Ofrece una forma de pago a plazos coincidente con los que debía pagar MNSA a LURESA. Además condiciona los dos últimos pagos a la aprobación definitiva de la clasificación



como suelo urbanizable delimitado de las 120 ha. que estaban entonces clasificadas como suelo rústico.

El 9-4-2002 el Consejo de Administración de MNSA acuerda adjudicar el concurso por el precio ofertado de 10.307.358 €, más el IVA correspondiente.

El 23-5-2002 se firma un contrato privado de compraventa entre MNSA y RAN y el 14-8-2002 la escritura de compraventa (folios 3321 a 3334). Entre ambas fechas, como resultado de unos supuestos trabajos de medición efectuados en la finca, se descubrió que los terrenos vendidos no median exactamente 215 ha. sino 192 ha. por lo que hubo que descontar del precio la parte correspondiente a la diferencia". "No obstante, como muestra de buena fe por parte de la mercantil compradora y convencidos de la bondad del negocio y los pactos previos, a la hora de formalizar el presente contrato, se ha acordado reducir en el precio final, exclusivamente el 50 % de dicho descuento" (exponendo V). "El precio definitivo quedó establecido en 9.953.971,77 €, que es el que figura en el documento notarial, resultado de efectuar las operaciones que se describen en el exponendo VI".

"En la estipulación cuarta de la escritura se introdujo una condición resolutoria parcial mediante la cual si en el plazo de dos años desde la firma del documento no se hubiese aprobado con carácter definitivo y notificado a la mercantil compradora la clasificación como suelo urbanizable delimitado de la superficie de 970.096´404 metros cuadrados que actualmente están clasificados como suelo no urbanizable en las normas subsidiarias de Las Navas del Marqués, la compradora podrá exigir a la vendedora la devolución de la parte del precio correspondiente a dicho suelo, esto es, 2.953.943,55 € más el 50% del descuento acordado en el exponendo V (250.028,22 €)".

"La compraventa efectuada con estas nuevas condiciones muestra claramente lo que MNSA entendía por "llevar a cabo un proceso de licitación pública procurando que ello no suponga un fracaso del proyecto". El concurso proporciona una apariencia de legalidad al cumplirse las formalidades externas pero en el fondo se adopta una resolución arbitraria al firmar unas condiciones económicas que no estaban previstas en la convocatoria del concurso, con la única finalidad de beneficiar a RAN y para que no retirara su oferta (la única presentada), tal y como expresó el presidente del consejo de administración y consejero delegado de MNSA en la reunión celebrada el 26-11-2001 en la que "manifestó su preocupación si se

retrasa ese proyecto, se promueve licitación pública y la empresa que ha presentado la propuesta considera que es una maniobra y no la mantiene”.

Dice que con esta conducta lo que se trata es de proporcionarse una apariencia de legalidad.

Hay que contestar diciendo que tal apariencia no es precisa en la medida en que se ha cumplido lo previsto en la normativa vigente en cuanto a la adjudicación del bien.

No está sujeta MNSA, ni a la subasta, ni al concurso. En la subasta sólo se tiene en cuenta el precio (art.82) más bajo. En el concurso (art. 85) la selección del empresario no se efectuará exclusivamente en atención a la oferta cuyo precio sea más bajo, sino, en particular a lo siguiente: a) Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores. b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación aprobada por la Administración es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución. c) Aquéllos para la realización de los cuales facilite la administración materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas. d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

Después se dice que se firmó un contrato privado que más tarde se elevó a público, como no podía ser de otra manera, y que dada la diferencia en cuanto a la medición de la finca ello originó lo que se ha expuesto.

Lo importante aquí a examinar es si habiéndose publicado la venta de 215 Has, las operaciones o modificaciones posteriores (cláusula 4ª de la escritura de 14/8/2002) albergaban indicios de criminalidad de acuerdo con el art. 404 del C.Penal. Esto es, si la diferencia de medición de la que según lo publicado media 215 has y conforme a la realidad era de 192 has, por haberse incluido indebidamente terrenos de otros particulares y considerarse también incluido el Monte de utilidad pública nº 78 del catálogo cuyo verdadero propietario era el Ayuntamiento, se ha visto perjudicada la Sociedad Anónima Montes de las Navas o no, y si esa reducción de precio hubiera determinado que un tercero pudiera haber acudido al concurso.

Atendiendo a los hechos, salió por un importe de 9.500.000 € y el comprador ofreció un precio superior de 10.307.358 € y al existir error (de 215 a 192 ha) se redujo el precio a 9.953.971,77 €. Por la diferencia de hectáreas (23 has) se redujo sólo el 50 por ciento sobre hectárea de lo que correspondería reducir.

No se desprende aquí la existencia de indicios de criminalidad del delito previsto en el art. 404 Código Penal. Sólo hay que observar que Montes de las Navas, S.A., no salió perjudicada, ni tampoco un tercero que pudiera haber acudido al concurso y hubiera incluso ofrecido un precio inferior al ofertado por el comprador. Es muy comprensible entender que si lo vendido no coincide con lo comprado, existiendo tanta diferencia de extensión, el precio se ha de reducir, al no venderse como cuerpo cierto, sobre todo por la imposibilidad de delimitación, al no existir hitos o paredes. Se han guiado ambas partes por un criterio comprensible, como lo es, aceptar lo que aparecía reflejado en el catastro. Hubiera sido más correcto efectuar una medición previa a la venta por ambas partes. No obstante, lo mismo hubiera ocurrido con terceros que pudieran haber acudido a la licitación.

CUARTO. En relación a la ilegalidad o no de lo dispuesto en la estipulación cuarta de la escritura, por la que se introdujo una condición resolutoria parcial mediante la que "si en el plazo de dos años de la firma del documento no se hubiese aprobado con carácter definitivo y notificado a la mercantil compradora la clasificación como suelo urbanizable la superficie de 970.096, 4 metros cuadrados que están clasificados como suelo no urbanizable en las normas subsidiarias de las Navas del Marqués, la compradora (RAN) podría exigir a la vendedora la devolución de la parte del precio correspondiente al suelo, esto es, 2.953.943 €", hay que decir que ello, al no haberse sometido a los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional sexta), no se puede aceptar que tal cuestión esté conforme a lo dispuesto en la ley.

No obstante, hay que determinar si tal decisión es injusta y arbitraria. Para ello se ha de tener en cuenta lo siguiente: - Si cualquier otra empresa, teniendo en cuenta tal cláusula, hubiera acudido a concursar y mejorar las condiciones.

- El precio por Hectárea que supuso para Montes de las Navas la adquisición de 215 Has, y su comparación con el precio recibido.

- Consecuencia de lo anterior, si tal sociedad mercantil, en la que tenían participación la Diputación, la Junta de Castilla y León y el Ayuntamiento de Las Navas del Marqués, ha obtenido ventajas o desventajas económicas.

- Si Carlos de la Vega y Gerardo Pérez tenían la intención de dar apariencia de legalidad mediante el concurso y si se trataba de beneficiar con ello a RAN, o bien se trataba de beneficiar a Montes de las Navas, y, en definitiva al Ayuntamiento de Las Navas que tenía el 70 por ciento de las acciones de la sociedad.

- En relación al precio, es importante reseñar que Montes de las Navas compró poco tiempo antes de sacar el concurso por importe de 8.556.308 €, un total de 7.703 Has de pinar. Adjudicó por concurso 215 Has por importe de 10.307.358 €, y después a la hora de firmar el contrato, en el supuesto de que no se clasificaran 97 Has, el precio quedaría reducido en 2.953.943 €. Además, se redujo a RAN la cantidad de 350.028 € por menor cabida y RAN abonó por la permuta la cantidad de 374.030 €. Esto es, Montes de Las Navas percibiría del concurso 7.377.417 €.

- De lo anterior resulta que Montes de Las Navas compró la Hectárea a 1.110,77 €/ha, de las que vendió 215 Ha a un precio de 47.941 €/Ha. pero debido a lo ya relatado el resultado final, en el peor de los casos, sería que vendería las 215 Ha por 7.377.417 €, por lo que la Ha sale a 34.314 €. Si se hubiese efectuado la reclasificación el precio sería de 48.053 € (10.307.358 €, menos 350.028 € de reducción y más 374.030 € de permuta, todo ello dividido por 215 Ha)

En consecuencia, en el peor de los supuestos, obtendría un beneficio por Ha de 1110,77 €/a a 34.314 €, y en el mejor de los casos de 48.053 €/Ha. Lo anterior teniendo en cuenta que se ha calculado todo sobre 215 Ha, pero las Has vendidas (192) y permutadas y luego vendidas (12) ascienden a 204 Has reales, por lo que el precio final en caso de reducción de la cláusula 4ª sería de 36.164 €/ha.

- Por otro lado hay que tener en cuenta que todos los actos realizados por Gerardo Pérez y Carlos de la Vega fueron aprobados por la entidad Montes de las Navas y por el Ayuntamiento, bien en las correspondientes Juntas, bien por la aprobación de las mismas en sesiones posteriores, sin que ningún voto en contra haya existido. Ello determinaría que también debieran haber sido responsables en vía penal el resto de los miembros de la entidad Montes de las Navas, y del Ayuntamiento de Las Navas del Marqués cuando aquí solamente aparecen imputados dos.



- Es cierto que todos los actos realizados por los imputados han sido preordenados hacia la creación de campos de golf y la construcción de 1.500 viviendas en la zona relatada de las 215 Has.

- No obstante, el resultado final es que dichas construcciones no se han llevado a cabo, y, tanto del Ayuntamiento (propietario del 70 por ciento) de las acciones, como la entidad Montes de las Navas, no han sido perjudicados en relación a las anteriores operaciones, sino, al contrario, como se ha podido comprobar, han resultado muy beneficiados, lo que hace difuminar ese plus de antijuridicidad o de arbitrariedad, en la medida en que siempre se desconocerá si otro contratista, que supiera de la existencia de tal cláusula reductora que se produciría en determinado supuesto, habría accedido al concurso. También se ha de tener en cuenta que el contratista aquí imputado superó en bastante el precio inicial por el que se sacó la finca a concurso. Pasó de 9.500.000 € a 10.331.360 €.

Considerando todo lo anterior, la Sala entiende que no ha existido arbitrariedad, sino que Gerardo Pérez y Carlos de la Vega ha incumplido la norma (Disposición Adicional 6ª del Real Decreto 2/2000 de 16 de Junio), al no dar publicidad de aquello que luego se acordó en contrato, o dicho de otro modo, no se debería de haber efectuado modificación alguna en el contrato respecto de lo ya establecido en las bases del concurso, habiéndose vulnerado con ello el principio de publicidad, sin que tal conducta pueda ser encuadrable en el art. 404 del C. Penal, sino que, fácilmente tal acto podría haberse recurrido en vía contencioso-administrativa, y con ello declarar nulo o anulable tal acto. Ningún ente o persona física (se ha demostrado), lo ha recurrido, lo que determina en cierto modo que probablemente no existe tercero perjudicado por tal actuación, y sí beneficiados: el Ayuntamiento de Las Navas del Marqués y la Sociedad Montes de las Navas.

QUINTO. En definitiva, no se desprende de los hechos probados las arbitrariedades a que se refieren el Ministerio Fiscal y las acusaciones, pues, en resumen, lo ocurrido ha sido lo siguiente:

- Que el Ayuntamiento de Las Navas del Marqués siempre estuvo interesado en la compra para sus ciudadanos de 7.697 Has de pinares incluidos dentro de su término a la Unión Resinera.



- Para ello se constituyó la sociedad Montes de Las Navas en la que participaban un 70 por ciento el Ayuntamiento, un 20 por ciento la Junta de Castilla y León y un 10 por ciento la Diputación de Ávila, y adquirieron los terrenos.

- Más tarde, ante la falta de financiación para el pago del precio a Unión Resinera, se reclasificaron 95 Has en el sitio cuerda de la Estación a suelo urbanizable y ello a través del acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Ávila de 10 de Mayo de 2.001, (folio 629 y sg) y con el fin de proceder a la venta de terrenos a terceros para que construyeran 1.500 viviendas y campos de golf para beneficio de todos los ciudadanos a consecuencia del turismo o segunda residencia procedente de Madrid.

En principio se dijo que las hectáreas serían 95 y con una ampliación de 50 Has más, conociéndose ya la existencia de una empresa interesada en ello (Aguas Nuevas) con la que se mantuvieron contactos por parte de Montes de las Navas. En la reunión de Montes de Las Navas de 26 de Noviembre de 2.001 ya se decía que la superficie a ordenar sería en torno a 200 Has (folio 631), así como otros detalles referentes a todo el proyecto. También el Ayuntamiento de las Navas del Marqués trató lo anterior en sesión de fecha 30 de Noviembre de 2.001.

- Después se aprobaron las bases del concurso público para la venta de 215 Has, publicándose en el B.O.P de 7 de Febrero de 2.002. Cabe resaltar de dichas bases que ya figuraba como título de las mismas que era "para construcción (la finca) de un complejo turístico-residencial de alta calidad", y en los criterios de adjudicación se tenía en cuenta, no sólo el precio (hasta 30 puntos) sino otras circunstancias, como el proyecto de inversión (hasta 50 puntos), y la inversión económica prevista, plazo de inicio de realización de las obras y solvencia de las empresas (hasta 20 puntos)

- Como no acudió otra empresa al concurso, salvo Residencial Aguas Nuevas, la finca se adjudicó a esta última, si bien se detectó más tarde que existía un error de medición de la finca ya que se efectuó una medición topográfica. Ello se reflejó (folios 2.940 y siguientes) en el contrato de opción de compra de 14 de Agosto de 2.002 entre Residencial Aguas Nuevas S.L. y Montes de las Navas S.A. y en la Junta General de Montes de las Navas S.A. de fecha 13 de agosto de 2.002 (folio 2937 y sg). La finca real que se adjudicó tenía 192 Has, en lugar de 215 Has y por ello se redujo el precio en 350.028 €. También se aprobó la permuta de terrenos propiedad de la sociedad Montes de las Navas S.A. con otros propiedad del Ayuntamiento de Las Navas (de Montes de U.P) que median 12 Has y se acordó que se venderían a

Residencial Aguas Nuevas S.L. por 374.030 €. En el contrato de opción de compra citado se refleja también el problema surgido por la diferencia de medición y también se manifiesta que en la medición técnica se constató que parte de la superficie que inicialmente se consideró propiedad de Montes de las Navas S.A. estaba incluida dentro de la delimitación del Monte de UP nº 78 del catálogo (92.833 metros cuadrados), esto es 9 Has, 28 a y 33 ca y por ello no podrían ser objeto de escritura de compraventa por ser propiedad del Ayuntamiento, y se habían de excluir de las 215 Has, pero tales terrenos (92.833 metros cuadrados) se encontraban incluidos inicialmente en la delimitación del sector ciudad del golf y para la construcción de dicho campo, y por ello se inició el expediente de permuta de terrenos entre el Ayuntamiento y MNSA y la desafectación de los terrenos del Monte de U.P. 78 del catálogo.

En conclusión, la permuta y la descatalogación fue originada por errores en la medición de la finca inicialmente vendida a través del concurso y por la inclusión en las 215 Has de fincas de terceros, ya que se tuvo en cuenta la medición catastral y no la real. Si el fin del concurso era la construcción de viviendas y campo de golf y así se decía en las bases, los derechos del adjudicatario se habían visto mermados por culpa de MNSA que no apreció esas circunstancias. No obstante, se reparó el error reduciendo mínimamente el precio del concurso, y a su vez se puede observar que la última (que originó el error) además resultó beneficiada en otros 374.030 € procedentes de la permuta, por lo que se supone se podrían compensar con los 350.028 € reducidos. Dicho de otro modo, MNSA, no sólo no perdió a consecuencia de sus errores, sino que obtuvo cierta ventaja económica.

- Por último, queda por resolver el escollo relativo a la posible reducción en el precio del contrato de compraventa (cláusula 4ª de la escritura de 14 de agosto de 2.002), y si, habiéndose publicado tal cláusula en el B.O.P de 7 de Febrero de 2002, cualquier otra empresa hubiera accedido a licitar. Está claro que la voluntad del Ayuntamiento y de MNSA fue que se construyera un complejo turístico-residencial en un determinado lugar y de una extensión de 215 Has. Si ello es así, lo normal es entender que si RAN se vió perjudicada por la falta de 12 Has, habría de ser compensada con otras 12 en terrenos adyacentes, lo que así se hizo. También es admisible entender que si las 215 Has iniciales se iban a dedicar a la construcción de tal complejo, las mismas habrían de ser suelo urbanizable, y, como parte no lo eran,



pero es previsible que lo fueran, se pactara una cláusula de rescisión parcial si parte del suelo no llegaba a ser suelo urbanizable. Por ello, el resultado final es que, si las 215 Has se iban a dedicar a la construcción del complejo, el concurso no variaría en cuanto al precio. Hemos dicho que tal cláusula es ilegal por no estar incluido en las bases del concurso, pero no es arbitraria en la medida en que se ha de entender comprendida dentro del contexto citado y que, bien a RAN, o bien a cualquier otro licitador se le hubiera concedido tal posibilidad si se pretendía conseguir el fin previsto: la construcción del complejo turístico-residencial. No se trataba de la venta de un simple bien para que el adjudicatario construyera o no, o lo dedicara a lo que estimara oportuno dentro de la legalidad vigente, sino que en el concurso se valoraban otras cuestiones como el proyecto de inversión y la inversión económica, la realización de las obras etc.

Por el Ministerio Fiscal, Ecologistas en Castilla y León y Asociación Centaura se ha venido manifestando que la única finalidad ha sido la de beneficiar a RAN; que la verdadera intención fue la de garantizar en todo momento a RAN la venta de sus fincas por el precio mínimo de 9.157.321 €. La defensa de Francisco Gómez Hernández dice que se le ha originado un perjuicio y que la petición que hace el Ministerio Fiscal de que "se declare la nulidad radical de los actos y negocios jurídicos celebrados entre las partes" beneficiaría a su defendido.

Está claro que no se ha practicado a lo largo del procedimiento dictamen pericial que señale que el valor de la finca vendida es superior a 7.377.417 € y ello a la fecha de la adjudicación del bien, en el año 2002. Han transcurrido más de 10 años y tampoco se ha probado que el bien haya sido vendido a tercero por Francisco Gómez por mayor importe al adjudicado. Ello es índice de que el valor del bien no habría superado el precio que figura en la escritura de compraventa y que recibiría MNSA por la venta del bien (precio de adjudicación, menos lo reducido en la cláusula 4ª de la escritura de venta).

- Todo este conjunto de circunstancias es lo que obliga a la Sala a entender que no ha existido ese ánimo de beneficiar a nadie por parte del Ayuntamiento, o de MNSA, sino a obtener una ventaja económica inicial por la venta de la parcela, y futura por la obtención de ingresos a través del impuesto de construcciones, IBI, etc, o, al menos, genera la duda de la existencia de arbitrariedad, lo que determina



claramente la absolución, sobre todo debido a que el Ayuntamiento y MNSA han obtenido siempre ventajas económicas.

SEXTO. En relación a la permuta el Ministerio Fiscal señala lo siguiente: “El 20-8-2002 D. Gerardo Pérez García, como Consejero Delegado de MNSA, (no como Alcalde) solicita del Jefe del Servicio Territorial de Medio Ambiente la permuta de una franja de terreno de 1.500 m. de longitud y 80 de ancho del MUP nº 78 situado al NO del monte, propiedad del Ayuntamiento, por otra de 2.000 m. de longitud y 60 de ancho, propiedad de MNSA, que linda por el SE. con el mismo monte (folio 2003).

Se justificó esa solicitud en la diferencia de extensión entre lo vendido realmente a RAN y lo expresado en la escritura, según las supuestas mediciones a que antes se ha hecho referencia; sin embargo el motivo real fue el deseo del promotor de disponer de esa parcela en concreto, como lo demuestra el hecho de que se encontraba incluida inicialmente en la delimitación de Sector Ciudad del Golf. La permuta fue autorizada por la Consejería de Medio Ambiente por Orden 23-4-2003 (BOCyL nº 98).

Es importante no perder de vista que la finalidad real de la permuta fue añadir al terreno vendido a RAN el 14-8-2002 la parcela de 12 ha. del MUP El Alijar. (Así consta en el contrato de opción de compra otorgado el 14 de agosto de 2002, que como se recordará es la misma fecha de la escritura de venta de la parcela que se sacó a concurso).

La vía más directa para transmitir la parcela del MUP a RAN debería haber sido su venta por el Ayuntamiento de Las Navas (propietario) a la entidad que tenía interés en adquirirla (RAN). Pero el problema era entonces que, una vez efectuada la descatalogación de la parcela debería venderse por el procedimiento de subasta, por exigirlo así la normativa. Para evitarlo se ideó por los interesados la transmisión mediante una permuta y una compraventa. Así el Ayuntamiento cambiaría la parcela del MUP por otra propiedad de MNSA, y esta sociedad la vendería a RAN, a quien previamente había concedido una opción de compra.

De las disposiciones vigentes se desprende que para que la permuta sea viable se exige que el ente local justifique la necesidad y conveniencia de enajenar por ese procedimiento. La justificación de la necesidad requiere que la entidad local

acredite que le es imprescindible el bien del particular y que carece de liquidez para hacer frente a la adquisición, pero cuente en su patrimonio con bienes que puede cambiar por el que necesita.

Obsérvese que en ningún momento quedó acreditado que el Ayuntamiento careciera de liquidez para comprar las parcelas que se permutaron por la del MUP. Por lo tanto no estaba justificada económicamente la adquisición por permuta. Lo cual viene a demostrar una vez más que lo único importante era vender como fuera a RAN la parcela del MUP".

Hay que decir que la normativa relativa a la permuta de bienes municipales es la siguiente: El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL) regula en el capítulo V del Título I, art. 109 y ss. la enajenación. En su art. 112 se establece que " las enajenaciones de bienes patrimoniales se registrarán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales. No será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor".

Como el Monte del Ayuntamiento de Las Navas del Marqués que se iba a permutar se encontraba catalogado había de seguirse lo previsto en el R.D. 845/1962 de 22 de febrero que aprobaba el Reglamento de Montes, que establece en el art. 183: "El Patrimonio forestal del Estado podrá adquirir o permutar para sus fines, de acuerdo con sus legislación especial y la de Régimen Local, los montes que aparezcan en el catálogo de entidades locales, y estas, con el mismo objeto, mediante permutas, los del Estado".

El art. 185 refiere: "Los montes incluidos en el Catálogo afectos a entidades Locales y establecimientos públicos, podrán ser objeto de permuta total o parcial por otros catalogados o no, cualquiera que fuese su dueño.

Cuando la permuta afecte exclusivamente a montes catalogados se formalizarán, previa observación de los preceptos de las legislaciones aplicables, mediante acuerdo entre las entidades propietarias, que deberán dar cuenta al servicio forestal.

Cuando la permuta afecte a Montes no catalogados, sólo podrá realizarse cuando el acuerdo se adopte conforme a la legislación peculiar de las entidades



permutantes y además se obtenga la conformidad del Ministerio de Agricultura previa instrucción del correspondiente expediente de la Jefatura del servicio forestal”.

El artículo 44 del mismo Reglamento dice que los Montes del catálogo podrán ser enajenados mediante Ley y en los casos previstos en el art. 183 y siguientes del este Reglamento o en Leyes especiales.

Se ha examinado el expediente relativo a la permuta y se ha cumplido la normativa vigente y que se ha mencionado anteriormente.

Se pueden examinar los folios 2980 a 3.086 y se observará que se ha seguido rigurosamente lo previsto en la norma.

No se ha demostrado que haya existido recurso en vía contencioso-administrativa que haya declarado la nulidad de la permuta.

Por tanto, se ha cumplido la legalidad vigente.

SEPTIMO. El Ministerio Fiscal manifiesta que no ha quedado acreditado que el Ayuntamiento careciera de liquidez para comprar las parcelas que se permutaron por la del MUP, y que existen irregularidades ya que el monte del Ayuntamiento (las 12 Has) se debería de haber vendido por subasta y no como se hizo.

Aunque no haya quedado acreditado si el Ayuntamiento carecía de liquidez o no, está claro que el art. 112 del Reglamento de bienes nada dice en tal sentido. Por otro lado, está claro y probado que el Ayuntamiento precisaba de dinero para abonar el precio de la adquisición de la parcela de la Unión Resinera.

Es cierto que podría haberse efectuado la transmisión a través de subasta, pero también lo es que el Ayuntamiento de Las Navas no ha resultado perjudicado, ni tampoco se detecta la existencia de una resolución injusta o arbitraria en la medida en que se ha cumplido previamente la legalidad vigente y dichas resoluciones han sido publicadas y no recurridas en vía contenciosa.

Por lo anterior procede la absolución de Gerardo Pérez y Carlos de la Vega.

En cuanto a Francisco Gómez Hernández se le considera por el Ministerio Fiscal y acusación como inductor de un delito del art. 404 del C.Penal.

El art. 28 considera autores a los que inducen directamente a otros a ejecutarlo.

En este caso, al no haberse perpetrado delito alguno procede también absolver a Francisco Gómez Hernández.

OCTAVO. Por Federación Regional de Ecologistas en Acción de Castilla y León también se calificaron los hechos de un delito continuado de fraude del art. 436 del Código Penal, y un delito de malversación de caudales públicos del art. 433 del Código Penal.

El art. 436 vigente en el momento en que ocurrieron los hechos y en la actualidad, castiga a la autoridad o funcionario que, interviniendo por razón de su cargo en la contratación pública, se concertara con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público incurrirá en las penas de prisión e inhabilitación.

La doctrina exige que no basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo, sino que es preciso que, efectivamente, se haya logrado el mismo, momento en que se produce la consumación delictiva. Además, ha de concurrir la existencia de dolo, exigiéndose una intención final de defraudar, en este caso al municipio.

En el supuesto en que nos encontramos, ni se ha probado la existencia de dolo, ni la intención de defraudar, ya que la intención ha sido la contraria, esto es, crear una zona residencial, y menos puede existir intención de defraudar cuando el resultado ha sido el contrario de la defraudación, como ha sido la obtención de un beneficio por parte del Ayuntamiento de Las Navas del Marqués.

El art. 433 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones incurrirá en las penas señaladas en el mismo. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los 10 días siguientes a la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

La doctrina precisa que el ánimo o designio que presidió la voluntad del agente es lo decisivo, y entiende que el artículo es aplicable cuando se aprecie el *animus utendi*, esto es, cuando hubiere dispuesto de los caudales de manera transitoria destinándolos a usos distintos de los legalmente previstos con ánimo de reintegrarles.

Tal artículo no es aplicable a simple vista, pues ni la propia parte ha señalado qué caudales se han dispuesto, el importe de los mismos y para qué fin. Si ello no es así no puede existir delito alguno.

NÓVENO.- Debe, por todo lo expuesto, dictarse sentencia absolutoria con declaración de las costas de oficio, incluidas las originadas por las Acusaciones de la Asociación Centaura y Ecologistas en Acción, por aplicación del artículo 123 del Código Penal y 238 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados y demás aplicables,

FALLAMOS:

Que debemos **absolver y absolvemos** a **CARLOS DE LA VEGA BERMEJO, GERARDO PÉREZ GARCÍA y FRANCISCO GÓMEZ HERNÁNDEZ** de los delitos de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, de malversación de caudales públicos del art. 433 del Código Penal y de un delito continuado de fraude del art. 436 del Código Penal, **con declaración de oficio de las costas procesales** originadas en esta instancia, incluidas las de las Acusaciones de las Asociaciones Centaura y Ecologistas en Acción.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





PUBLICACION.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por la Iltma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública. Doy fe.

