
Responsabilidad penal y ayuntamientos

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
Fiscal

Palabras clave: reforma del código penal; delitos urbanísticos; prevaricación; cohecho; malversación.

Key words: penal code reform; crimes against town-planning; breach of trust; bribery; embezzlement.

SUMARIO: I. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.—1. Algunos aspectos novedosos ligados a la actividad de los entes locales.—2. La reforma de los delitos urbanísticos.—3. La nueva regulación del cohecho.—II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL.—1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos.—2. Delitos de cohecho y malversación.

I. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

1. Algunos aspectos novedosos ligados a la actividad de los entes locales

En fecha 13 de noviembre de 2009 el Consejo de Ministros aprobó el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se trata de una reforma ambiciosa, que afecta a múltiples ámbitos, algunos de gran calado, como la flexibilización del denominado «periodo de seguridad», la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la posibilidad de imponer medidas de seguridad a personas plenamente imputables a través de la llamada «libertad vigilada». También en el terreno del cumplimiento de obligaciones internacionales la modificación es prolija. No obstante, debemos centrarnos exclusivamente en los aspectos novedosos que afectan a las áreas relacionadas con la responsabilidad criminal que puede contraerse en el ejercicio de funciones públicas municipales.

Desde la estricta perspectiva de este informe, ha de destacarse que el proyectado sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas no incluye a las de naturaleza

pública. Por tanto, los entes locales no están sujetos a esta responsabilidad. La Exposición de Motivos del Proyecto aclara que:

«[...] únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea y no podrá ser exigida al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».

A su vez, el nuevo art. 31 bis del proyecto incluye un apartado 5 que da forma jurídica a la exclusión de responsabilidad aludida, haciendo excepción de entes creados como pura fachada o pantalla de actividades genuinamente criminales:

«Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

Entre las reformas realizadas en la Parte General del Código, y dejando al margen nuevas reglas de extraordinaria importancia, las modificaciones introducidas en materia de prescripción del delito tienen efectos reflejos sobre las infracciones penales cometidas en el ámbito municipal. No me refiero tanto a la nueva regulación del cómputo y de la interrupción del lapso prescriptivo —conforme a la doctrina constitucional sobre la cuestión— como al nuevo plazo general de prescripción del delito, que pasa a ser de cinco años, acabando con el actual plazo de tres años que se reservaba a ciertos delitos menos graves. Es el caso de los delitos urbanísticos del art. 319 del texto punitivo, caracterizados por un plazo de prescripción inferior incluso al previsto para las infracciones administrativas homogéneas de la normativa autonómica. La Exposición de Motivos del proyecto fundamenta la reforma del modo que sigue:

«El replanteamiento del régimen procesal de la prescripción en los términos expuestos aconseja también revisar algunos aspectos de su regulación sustantiva. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años. Si el fundamento material del instituto de la prescripción se anuda a la extinción del impacto que el hecho delictivo produce en la sociedad, no puede obviarse que ese impacto guarda relación directa, en nuestros días, con la capacidad del ordenamiento jurídico y de la Administración de Justicia de dar una respuesta real y efectiva al delito. Acontecimientos notorios nos han demostrado que la

impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (las estafas, *los delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública*), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, genera un elevado grado de alarma social, que redundando en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. Alarma social que, en consecuencia, no se relaciona tanto con la gravedad de la pena que hubiera podido imponerse como con la percepción de que se ha burlado de modo público y notorio la acción de la Justicia. La elevación de las penas en estos supuestos sólo es constitucionalmente aceptable cuando se justifique conforme al principio de proporcionalidad, que liga la gravedad de la pena a la de la conducta del delincuente. En consecuencia, sin afectar a ese principio, la simple elevación del plazo de prescripción aparece como solución más equilibrada para evitar que la pena prevista, con no ser elevada, no llegue siquiera a poder hacerse efectiva».

Ya en el ámbito de la Parte Especial y, por tanto, de las concretas figuras delictivas, conviene hacer mención a la tipificación expresa del delito de acoso laboral, ya que esta nueva infracción penal puede cometerse también en el seno de todo tipo de relaciones laborales y funcionariales. No son excepcionales las denuncias por el denominado «mobbing» en el seno de las administraciones locales. El nuevo párrafo segundo del apartado 1 del art. 173, dentro de los delitos contra la integridad moral, dispone que:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

Ligada a la competencia de los entes locales en materia de venta ambulante está la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial cometidos por los denominados «manteros». La reforma en curso opta por invertir la tendencia agravatoria de las últimas reformas y establecer una cláusula privilegiada para los supuestos de venta al por menor caracterizados por el escaso beneficio conseguido, de modo que en estos supuestos no se imponga la pena de prisión —y la expulsión sustitutiva en caso de ser el autor del delito un ciudadano extranjero no residente legalmente en España, como es habitual en estos casos—. La Exposición de Motivos fundamenta la reforma de la siguiente forma:

«El agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, ha evidenciado, en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias piratas de obras amparadas por tales derechos, una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena respecto de la gravedad de la conducta, máxime cuando —no infrecuentemente— los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia. Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del art. 270 y modificando el apartado 2 del art. 274, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad para aquellos casos de distribución al por menor, de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la

reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste. Naturalmente, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal ya prevé».

El nuevo párrafo segundo del apartado 1 del art. 270 dispone lo siguiente:

«No obstante, en los casos de distribución al por menor en que no se dé ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días».

La misma regla se ha introducido en el apartado 2 del art. 274 para los supuestos de propiedad industrial:

«No obstante, en los casos de distribución al por menor en que no se dé ninguna de las circunstancias del art. 276, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días».

2. La reforma de los delitos urbanísticos

Una de las líneas maestras del proyecto de 2009 es el reforzamiento normativo de la lucha contra la corrupción. La primera manifestación de esta orientación político legislativa la encontramos en las novedades introducidas en el capítulo I del título XVI del Libro II, relativo a los delitos urbanísticos y contra la ordenación del territorio.

Podemos sintetizar la reforma en los siguientes puntos:

1. Se introduce una nueva rúbrica para el capítulo, que pasa a incluir una referencia al urbanismo. Se denomina ahora «De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo».

2. Se tipifica expresamente la realización de obras de urbanización. Se sigue en este punto la línea marcada por la frustrada reforma de 2007 y se pretende poner fin a la paradoja que supone la impunidad de estas conductas, que suponen una verdadera modificación de la naturaleza del suelo afectado. Por otra parte, en el texto de la reforma de 2009 las obras punibles en suelo no urbanizable común y en suelos especialmente protegidos son siempre las mismas: de urbanización, construcción o edificación.

3. Se establece un nuevo sistema de multa, que combina el mecanismo de los «días multa» con la denominada «multa proporcional». Se pretende evitar que la realización de las obras ilegales pueda ser económicamente rentable. A estos efectos, si el beneficio obtenido por el autor es superior al importe de la multa conforme al sistema de «días multa» se ha de imponer una multa proporcional del tanto al triple del montante del beneficio obtenido.

4. Junto a la demolición se hace referencia a la reposición de la realidad física alterada a su estado originario. Se armoniza así la tutela restablecedora de la legalidad urbanística con las disposiciones administrativas concordantes, en las que la demolición

es una especie singular dentro del género de la reposición de los terrenos afectos a su estado originario. Además, en todo caso ha de procederse al comiso de las ganancias provenientes del delito «cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar».

5. En la reforma, el delito urbanístico es una de las modalidades delictivas que permiten la imposición de penas a las personas jurídicas que resulten responsables conforme al sistema de imputación del art. 31 bis.

6. En materia de prevaricación urbanística del art. 320 del Código se introduce una referencia a los proyectos de urbanización y a las normas de ordenación territorial. Sin embargo, la principal novedad en este punto se encuentra en la introducción de una modalidad omisiva consistente en silenciar en el ejercicio de actividades de inspección la infracción de las normas urbanísticas o territoriales o en la simple omisión de las inspecciones obligatorias.

3. La nueva regulación del cohecho

Según la Exposición de Motivos del proyecto:

«En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea».

La adaptación a estos instrumentos, y a las observaciones realizadas por el GRECO en el marco del primero de ellos, ha supuesto una alteración significativa del régimen de penas aplicables, aunque, en realidad, la modificación pretendida por el proyecto supone una verdadera reestructuración sistemática y técnica. Los tipos de cohecho quedan contemplados del modo siguiente:

1. El cohecho cometido por el funcionario se castiga: 1) en el art. 419 cuando tiene por objeto la realización de un acto contrario a los deberes del cargo, con establecimiento de una cláusula concursal si dicho acto es constitutivo de delito; 2) en el art. 420, si el acto es propio del cargo; 3) en el art. 421 se precisa que son de aplicación de las penas de los dos preceptos precedentes si el beneficio se obtiene por el funcionario como recompensa por la previa realización de la conducta, y 4) en el art. 422 se prevé el cohecho impropio, esto es, la aceptación de la dádiva o regalo recibida en consideración al cargo o función, sin supeditación a la concreta realización de actos.

2. El art. 424 prevé en su apartado 1 la imposición al particular de las mismas penas fijadas para el funcionario, salvo el supuesto del art. 422, que queda fuera del elenco. El apartado 2 aclara la aplicabilidad del precepto a los supuestos en los que el particular admite la solicitud realizada por el funcionario.

Por otra parte, se aclara la aplicación de los delitos de cohecho a los «funcionarios comunitarios o a los funcionarios miembros de otro Estado de la Unión» (nuevo art. 427), introduciendo una definición expresa de estos conceptos. También en este ámbito se prevé la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (art. 427.2), que la reforma extiende a los delitos de tráfico de influencias (art. 430).

Se adapta también la reforma a las exigencias de la OCDE sobre el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales previsto en el art. 445 del Código.

II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL

1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos

La jurisprudencia penal del año 2009 nos deja un claro ejemplo de delito de prevaricación cometido en el ámbito de la actividad administrativa municipal. Es el caso resuelto en casación por la *STS núm. 284, de 13 de marzo (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Sánchez Melgar, RJ 2820)*. Rechazada por el Pleno del ayuntamiento de Cervelló un proyecto de compensación urbanística, el alcalde procedió a dictar decreto dándolo por aprobado por silencio positivo. En la resolución hizo constar la falta de decisión expresa por parte del Pleno. Para el Tribunal Supremo, concurren todos los requisitos del delito de prevaricación, pues:

«[...] la conducta denunciada ha sido realizada por el alcalde de una Corporación Municipal, esto es, una autoridad administrativa, dictando el decreto ya citado, lo que supone la intervención en asunto administrativo, por tratarse de la resolución de un proyecto de Compensación de naturaleza urbanística. Tal actuación ha sido contraria a Derecho, por la simple razón que tal resolución administrativa aplica la teoría de los actos presuntos de la Administración, y concretamente en este caso, otorgando los efectos del silencio administrativo positivo, bajo la apariencia de que la Corporación municipal no había resuelto de forma expresa, por lo que decidió conceder la aprobación de tal proyecto, “pese a tener perfecta constancia de que los dos acuerdos antes indicados no habían obtenido el voto favorable del Pleno Municipal” (hechos probados) [...]».

El alto tribunal mantiene igualmente la condena de instancia por delito de falsedad del art. 390.1.4.º (falsedad ideológica), rechazando que la acumulación al delito de prevaricación apreciado vulnera el principio *non bis in idem*. En este caso se excede de la vocación ordinaria del delito de prevaricación, en el que la resolución injusta tiende a plasmarse por escrito, pues se hacen constar deliberadamente en la resolución hechos contrarios a la verdad, fundamentalmente la falta de pronunciamiento del Pleno municipal sobre el proyecto presentado.

Por el contrario, la falta de claridad, y la consiguiente sospecha de decisionismo «intuitivo» en materia de prevaricación es apreciable en la *STS núm. 723, de 1 de julio (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Ramos Gancedo, RJ 4352)*. La acusación atribuye

el delito en este caso a un decreto de un alcalde que, según parece desprenderse de los hechos probados —bastante confusos— y de los razonamientos jurídicos —tampoco excesivamente claros en este punto—, avocándose competencia por razón de urgencia, había ordenado la incoación de procedimiento de revisión de oficio de un decreto anterior que declaraba la compatibilidad de una actividad profesional privada de un funcionario de la corporación. El decreto del alcalde reputado delictivo había dispuesto igualmente la suspensión durante la tramitación del expediente de revisión de la eficacia de la resolución revisada.

La acusación particular, en representación del funcionario afectado y sosteniendo el recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a la sentencia de instancia absoluta, mantuvo que la resolución dictada por el alcalde era constitutiva del delito de prevaricación. Consideraba el recurrente que existían dos causas de abstención deliberadamente ignoradas por el acusado: la pendencia de una causa penal entre el alcalde y el funcionario afectado y la enemistad manifiesta entre ambos. Además, una sentencia contencioso-administrativa posterior había declarado la nulidad del decreto por falta de competencia, al parecer por estimar que no concurrían realmente los motivos de urgencia invocados por el alcalde.

La Sentencia del Tribunal Supremo que desestima el recurso de casación se adscribe a la línea jurisprudencial tradicional de la Sala 2.^a, que exige la especial cognoscibilidad de la ilegalidad de la resolución dictada. En este caso, el Tribunal sostiene que el Código Penal de 1995 ha separado más claramente que la legislación criminal precedente los elementos constitutivos de los tipos de prevaricación administrativa y de prevaricación judicial. Para la primera modalidad delictiva, el texto punitivo vigente exige que se dicte una resolución «arbitraria», mientras que la segunda sólo requiere que la decisión adoptada sea «injusta». La diversidad de adjetivos justifica, según razona la sentencia, que la infracción normativa propia de la prevaricación del funcionario deba ser tildada de patente, clamorosa o incluso «estruendosa». No debe, por tanto, llevar a error la lectura completa del fundamento jurídico cuarto de la resolución. Aunque el Tribunal Supremo recoge en este fundamento la última jurisprudencia recaída en relación con el art. 404, que pone de relieve la diversidad conceptual de la «arbitrariedad» de la resolución contenida en el precepto penal vigente y la «injusticia» que venía exigiendo el precedente art. 358 del Código de 1973, lo cierto es que la sentencia aludida aplica sencilla y llanamente el canon de la patente cognoscibilidad. De este modo, cuando el Tribunal rechaza la existencia de prevaricación en el caso concreto, afirma que:

«Se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria».

Por otra parte, la Sala 2.^a reafirma en esta resolución el criterio sentado en la *Sentencia 189/2008, de 25 de abril (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Julián Sánchez Melgar, RJ 1855)* —a la que se hizo mención en el informe del año anterior—, conforme al

cual la sola infracción del deber de abstención no puede ser determinante del delito de prevaricación, puesto que tal ilegalidad:

«[...] no originaría más que la nulidad (formal) de la resolución administrativa, por infracción de tal deber de abstención, pero *no supondría la ilegalidad de su concesión en términos de ilegalidad material de la misma*, que ha de ser enjuiciada en términos de ajuste de lo resuelto con el ordenamiento jurídico. Resolver de otra forma supone la persecución penal de una autoridad municipal sin la clara constancia y existencia del elemento normativo del tipo, que es la ilegalidad patente de la resolución administrativa, al punto que debe ostentar el carácter de arbitraria, pero con perspectiva de fondo de la cuestión resuelta administrativamente. Dicho de otra forma: *cualquier infracción de las normas de abstención, supondría la comisión de un delito de prevaricación, lo que se compadece mal con la consideración del Derecho penal como “última ratio”, máxime en esta materia donde el control jurisdiccional del Derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional».*

El Tribunal rechaza igualmente que pueda apreciarse el delito de prevaricación en el acuerdo de la Comisión de Gobierno que había acordado la incoación de procedimiento sancionador por posible violación de la incompatibilidad cautelarmente reactivada. La Sala estima que la «resolución» exigida por el tipo del art. 404 ha de ser un acto administrativo decisorio, y considera que el aludido acuerdo era un mero acto de trámite no susceptible de esta catalogación, puesto que del mismo no se derivaba consecuencia sancionadora alguna.

La misma interpretación del concepto de «resolución» lleva al Tribunal Supremo en la *Sentencia núm. 586, de 1 de junio (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Delgado García, RJ 3526)*, a anular una condena de la que se dio noticia en el informe del año precedente. Se trata de la SAP de Las Palmas —Secc. 2.ª— 53/2008, de 18 de abril (JUR 244455). El tribunal provincial había dado por probado que el alcalde, conociendo que dos de los concejales que habían pedido la convocatoria de un pleno extraordinario no habían sido debidamente notificados, había procedido a su celebración urgente —sin motivo suficiente—, impidiendo así a los dos afectados participar en la sesión. Consideró la Audiencia indiferente que el resultado de la votación no hubiera variado de haber asistido al acto los dos concejales, pues lo esencial era que se les había impedido de forma arbitraria el ejercicio de su derecho a la participación política recogido en el art. 23 CE. Impuso el tribunal provincial la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público electo o de designación política.

El Tribunal Supremo entiende, en cambio, que esta irregularidad administrativa no justifica la aplicación del tipo penal, puesto que, en opinión de los magistrados, el acto administrativo no tenía contenido resolutorio:

«Hemos de considerar que, desde luego, esa decisión del alcalde acusado, por la que acordó que se celebrara el pleno extraordinario y urgente del ayuntamiento de Santa Brígida, que había convocado para las dieciséis horas de ese 2 de diciembre de 2004, no es el acto administrativo con el que finalizó el expediente relativo a ese pleno extraordinario, sino un mero “acto de trámite” de ese expediente que finalizó después en esa

misma tarde mediante el rechazo de la moción presentada por el referido grupo de cinco concejales».

En consecuencia, el alto tribunal revoca la condena y absuelve al alcalde acusado.

El concepto de resolución es clave también en la *Sentencia 405, de 13 de abril (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Marchena Gómez, RJ 2948)*, que considera como mero acto de trámite la «nota informativa» del director de Urbanismo del ayuntamiento de Vitoria, en la que proponía la alteración al alza del precio de venta de viviendas municipales de protección oficial.

Por su parte, en la *Sentencia núm. 562, de 28 de mayo (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Martínez Arrieta, RJ 3516)* la absolución se fundamenta en la defectuosa resolución condenatoria de instancia, incapaz de individualizar las normas jurídicas infringidas por el funcionario. Para el Tribunal Supremo:

«Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar. El hecho probado no refiere qué norma ha sido aplicada arbitrariamente, ni el concreto hecho que supone la arbitrariedad típica de la prevaricación. El recurrente [...] denuncia que la ausencia en el hecho probado y en la fundamentación de la norma infringida le supone indefensión al no poder cuestionar la subsunción de la sentencia al no declarar el precepto infringido ni los presupuestos fácticos sobre los que actuó el acusado al otorgar la licencia [...]».

Por otra parte, en el informe del año anterior se hizo referencia a la *SAP de Madrid —Secc. 4.ª—, núm. 60, de 7 de mayo de 2008 (JUR 186857)*. En 2009 se ha resuelto el recurso de casación interpuesto contra la resolución provincial aludida a través de la *STS 1026, de 16 de octubre (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Soriano Soriano, RJ 5994)*. La Audiencia de Madrid había enjuiciado las posibles conductas criminales relacionadas con el proceso de enajenación parcial de los títulos de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios. La sentencia provincial contenía un muy prolijo relato fáctico que se apoyaba en una extensa y detallada motivación de los hechos probados. Finalmente, condenaba al que fuera primer teniente de alcalde de la Corporación por delito de prevaricación en relación a la omisión deliberada de cuantas actuaciones se señalaron como necesarias por los órganos técnicos del ayuntamiento en la adjudicación del concurso. Además, siendo el acusado la autoridad garante de la regularidad del proceso de adjudicación, consideraba la sentencia de la Audiencia que había hecho caso omiso de la advertencia de los órganos técnicos acerca del verdadero contenido de la oferta de la empresa seleccionada y en relación al incumplimiento de condiciones sustanciales impuestas —como la asunción de las deudas contraídas con los funcionarios, que finalmente le fueron condonadas a la entidad beneficiaria en claro detrimento del interés municipal—. A pesar de esto, el acusado había propuesto como adjudicataria del concurso a la empresa en cuestión, causando un grave perjuicio a los intereses públicos, según había estimado la sentencia del Tribunal provincial.

Los magistrados de la Audiencia consideraron que el carácter no vinculante del informe de la Intervención General no excluía la actuación prevaricadora, pues su

contenido dejaba bien clara la incompatibilidad de la opción seguida por el acusado con el interés general. Se reconocía, no obstante, una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, puesto que los hechos enjuiciados acaecieron en 1992. Esto supuso la imposición de una pena realmente nimia de dos años y un día de suspensión de cargo público. Los demás acusados resultaron absueltos, al considerar el tribunal que su conducta era subsumible en un delito de tráfico de influencias que había quedado prescrito.

El Tribunal Supremo rechaza los motivos casacionales invocados por la defensa del acusado —tres de ellos relativos a supuestos errores de valoración probatoria, otro aduciendo violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y otros tres denunciando la errónea aplicación del tipo de prevaricación administrativa aplicable a la fecha de los hechos (art. 358 del Código de 1973)—. Las impugnaciones de Derecho material sirven a la Sala para repasar los elementos fundamentales del tipo penal aludido. El recurrente afirmaba que se había violado la jurisprudencia derivada del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a de 30 de junio de 1997, que admite la posibilidad de prevaricación en comisión por omisión siempre que resulte imperativo realizar una concreta actuación administrativa. La Sala pone de manifiesto que las diversas omisiones imputables al acusado fueron seguidas por una resolución expresa que, condonando a la deuda, suponía la contravención directa y activa de las normas aplicables, determinando la aplicación de la modalidad ordinaria del delito de prevaricación.

También se rechaza la falta de concurrencia del elemento subjetivo, el conocimiento de la injusticia de la resolución. Para la Sala, la posible voluntad del acusado de concluir un proceso de adjudicación que consideraba ventajoso para los intereses públicos no podía ocultar el manifiesto «beneficio injusto que atribuía a un tercero, ilegal a todas luces», sobre todo a la vista de los informes técnicos que ponían de manifiesto la improcedencia de la decisión adoptada.

De mayor interés son los argumentos de las acusaciones. La Audiencia de Madrid había absuelto a dos de los acusados por considerar que su asesoramiento al teniente de alcalde había sido superfluo. El tribunal provincial había estimado que la actividad persuasiva desplegada por éstos había sido, en todo caso, constitutiva de un delito de tráfico de influencias ya prescrito. Las acusaciones defendieron en casación la calificación de estas conductas como cooperación necesaria al delito de prevaricación. La Sala 2.^a recuerda en la sentencia los dos requisitos que viene exigiendo para apreciar la cooperación necesaria: *a)* el subjetivo, consistente en el acuerdo o concierto, previo o coetáneo a la acción, que puede consistir incluso en la tácita aquiescencia en el momento de realización del hecho delictivo, y *b)* el objetivo, que se materializa en una contribución efectiva y real a la realización del delito, con trascendencia tal que pueda ser calificada de «imprescindible». Descarta el Tribunal que el *factum* de la sentencia de instancia contenga elementos suficientes para entender como cooperación necesaria la conducta de los acusados absueltos. No obstante, no llega a la misma conclusión respecto a la simple complicidad (cooperación no necesaria), poniendo de manifiesto la relevancia del

asesoramiento realizado por uno de los acusados, al que consecuentemente condena en segunda sentencia como cómplice del delito de prevaricación.

Finalmente, siguiendo la tesis expuesta por la acusación popular, el alto tribunal considera que no ha prescrito el delito de tráfico de influencias atribuido a este mismo acusado. La Sala estima que el delito aludido conforma con la prevaricación una unidad indisoluble a efectos prescriptivos, de forma que, no prescrita la prevaricación, tampoco lo está el tráfico, dada la conexión instrumental entre los dos tipos en el caso concreto y la participación en ambos del acusado afectado.

Para concluir el apartado hay que hacer referencia a la *Sentencia núm. 511, de 14 de mayo (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Ramos Gancedo, RJ 4331)* en el que el delito de prevaricación aparece relacionado con la comisión de un delito electoral. Recurriendo en casación la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Cáceres, el Fiscal acredita ante el Tribunal Supremo mediante documentos que el alcalde acusado había incluido días antes de las elecciones municipales de forma fraudulenta a nueve personas en el padrón de residentes a efectos de provocar la consiguiente alteración del censo electoral. La relevancia de la manipulación se advierte mejor teniendo en cuenta que el total de votantes en la localidad era 128. Frente a la argumentación del tribunal provincial, que atribuía estas disfunciones a la mera dejación de los funcionarios municipales, el Tribunal considera que:

«Una valoración mínimamente racional de este cúmulo de datos pone de manifiesto que el empadronamiento de estas nueve personas a las que se refiere el fiscal, excede con mucho de esa “cierta dejación” en la llevanza de los expedientes de empadronamiento por parte de los dos funcionarios municipales encargados de esta función (uno de los cuales era, precisamente, la hija del alcalde), que tampoco requirieron a los interesados la documentación legalmente exigida a tal fin [...] teniendo en cuenta el directo interés del alcalde en el resultado de las elecciones a las que se presentaba, y que finalmente autorizó con su firma la reclamación de esas personas —irregularmente empadronadas— para ser incluidas en el censo ya cerrado para que pudieran emitir su voto; estima esta Sala que una valoración unitaria de todo ello, desde las máximas más elementales del pensamiento crítico, del sentido más primario de la lógica de los hechos y de las enseñanzas de la experiencia acumulada en esta clase de actuaciones, conduce inexorablemente a un juicio de inferencia de la culpabilidad del alcalde acusado, como la persona que urdió el proyecto y adoptó las medidas necesarias para que fueran ilegalmente empadronadas al menos nueve personas y, con ello, alterar el censo electoral de manera fraudulenta, siendo esta conducta perfectamente subsumible en el art. 139.1 LOREG».

2. Delitos de cohecho y malversación

En el ámbito del cohecho destaca la *Sentencia núm. 1149, de 26 de octubre (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Maza Martín, RJ 5998)*. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó en instancia a dos funcionarios municipales del Instituto Municipal de Hacienda. Con anterioridad a la realización de los hechos ambos acusados habían estado

destinados en el departamento encargado de las plusvalías. Los dos habían cambiado de destino antes de la fecha de los hechos objeto de acusación. A cambio de sumas de dinero entregadas por tres particulares que resultaron también condenados, los funcionarios utilizaron claves informáticas de otros compañeros para acceder al programa de gestión de las plusvalías y alterar la fecha de adquisición de determinados inmuebles a efectos de reducir el importe de la liquidación de la cuota tributaria a ingresar en las arcas municipales.

Los condenados alegaban en casación la indebida aplicación del art. 419 del Código Penal argumentando que, al no estar formalmente destinados en el servicio que gestionaba las plusvalías, no concurría en ellos el requisito típico de realización «en el ejercicio del cargo» del acto comprometido con los corruptores. La Sala desestima este argumento conforme a su doctrina jurisprudencial consolidada, que entiende que requisito de «ejercicio del cargo» ha de interpretarse como mera conexión del acto pretendido con las actividades públicas que se desempeñan. Basta, por tanto, que las funciones ejercidas determinen una mayor facilidad para conseguir la actuación determinante del cohecho, sin que sea preciso que su realización se encuentre entre las específicas competencias del funcionario corrupto. El Tribunal llega sin embargo a la conclusión contraria en relación al delito de falsedad documental, por el que había recaído igualmente condena en instancia. Considera que el tipo agravado contenido en el art. 390 del Código para el funcionario público sí requiere que éste actúe en el área de sus concretas atribuciones. De este modo, revoca la previa condena y aplica en su lugar el precepto relativo a los particulares (art. 392) y la agravante séptima del art. 22, pues entiende que la facilidad de acceso derivada de la condición de funcionario del ente se subsume en la circunstancia de prevalimiento del carácter público.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo absuelve a uno de los dos funcionarios condenados al apreciar vulneración del derecho a la presunción de inocencia por fundamentarse la condena de instancia exclusivamente en la declaración de dos coimputados.

Igualmente prototípico del delito cohecho es el caso resuelto por la *Sentencia núm. 719, de 30 de junio (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Delgado García, RJ 4915)*. Prescindiendo de los detalles —bastante interesantes, por otra parte— de los hechos probados, el aparejador municipal del ayuntamiento de Madrid había aceptado la cantidad de veinte millones de pesetas por informar favorablemente la solicitud de licencia realizada por la compañía SEAT para la remodelación de dos edificios que habían quedado sin uso después del traslado de la sede social de la entidad a la ciudad de Barcelona. La sentencia de instancia absolvió al considerar prescrito el delito imputado. El fiscal consideraba que el cohecho imputado encajaba en la modalidad de realización de un «acto injusto» —lo que implicaba un plazo prescriptivo mayor en razón de la pena señalada—. En cambio, la sentencia de instancia concluyó que se había pactado la realización de un «acto no prohibido».

El Tribunal Supremo mantiene el criterio de la Audiencia; considera que el acto realizado por el funcionario era de carácter reglado y que no había quedado acreditada

ilegalidad alguna en su contenido, por lo que el cohecho debía subsumirse en la modalidad menos penada y, por tal motivo, la declaración de prescripción era correcta.

Finalmente, ya en materia de malversación, cabe citar la *Sentencia núm. 14, de 23 de enero (Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, ponente: Andrés Ibáñez, RJ 439)*; confirma la condena de instancia a un alcalde que cobraba en su propio beneficio cheques teóricamente destinados al pago de deudas municipales, confeccionando facturas ficticias para justificarlo. El alto tribunal se limita a anular la sentencia de instancia en lo relativo a los gastos de kilometraje, manteniendo la esencia de la resolución condenatoria, incluidas las penas correspondientes. No se hacen en este caso impugnaciones de fondo que merezcan reseña en este informe, siendo todas las cuestiones planteadas de carácter probatorio.

