ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ
SECCION OCTAVA
Avd. Alvaro Domecq 1, 2ª planta
Tlf: 956906163/956906177. Fax: 95603341
N.I.G: 1102043P20094001380

SENTENCIA nº 258

ILMOS SRES :
PRESIDENTE:
D. IGNACIO RÓDRÍGUEZ BERMÚDEZ DE CASTRO

MAGISTRADOS:
Dª. CARMEN GONZÁLEZ CASTRILLÓN
D. BLAS RAFAEL LOPE VEGA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 27/17-PQ
Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 129/13
Juzgado Origen: Juzgado de Instrucción nº 2 de Jerez de la Frontera

En la Ciudad de Jerez de la Frontera, a dieciocho de Julio de dos mil dieciocho.

Visto por la Sección Octava de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el procedimiento abreviado 27/17 dimanante de las diligencias previas 3122/05, tramitadas en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Jerez de la Frontera, seguidas por delitos continuado de fraude a las administraciones públicas, continuado de prevaricación, continuado de falsedad documental , un delito de estafa y un delito de malversación, contra los acusados: **PEDRO PACHECO HERRERA**, con DNI 31558730Q, nacido el 2-10-1949 en Jerez de la Frontera (Cádiz), hijo de Fernando y de Salud, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, con domicilio en calle Fermín Aranda 7 de Jerez de la Frontera, representado por la Procuradora **Dª Marta Fernández del Riego Soto** y defendido por el Letrado **D. Manuel Hortas Nieto**; **LUIS CRUZ DE SOLA**, con DNI 31578368-N, nacido el 10-7-1953 en Jerez de la Frontera (Cádiz), hijo de José Luis y de María de los Angeles, sin antecedentes penales, con domicilio en calle Francos 16-3-A de Jerez de la Frontera, representado por el Procurador **D. Fernando Argüeso Asta-Buruaga** y defendido por el Letrado **D. Jesús Salido Valle**; **FERNANDO JESÚS NÚÑEZ GÓMEZ**, con DNI

Código Seguro de verificación:FOm2P0DUbiTNAVcRyToyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	1/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOm2P0DUbiTNAVcRyToyzw==		

FOm2P0DUbiTNAVcRyToyzw==

52313736, nacido el 11-10-1972 en Jerez de la Frontera, hijo de Fernando y de María del Carmen, sin antecedentes penales, con domicilio en calle Gravina nº 14 de Sevilla, representado por la Procuradora **Dª. Ana María Zubía Mendoza** y defendido por el Letrado **D. Jaime Camacho Rubio**; y **JUAN OSCAR REAL CAMBAS**, con DNI 27823626, nacido el 29-3-1945 en Lebrija (Sevilla), hijo de Juan y de Josefa, sin antecedentes penales, con domicilio en Calle M. Antonia Jesús Tirado 8, a at.2 de Jerez de la Frontera, representado por la Procuradora **Dª. Ana María Zubía Mendoza** y defendido por el Letrado **D. Alfredo Velloso González**; habiendo intervenido como acusación particular **ANTONIO MENACHO BAREA Y OTROS**, representados por el Procurador **D. Rafael Marín Benítez** y asistidos del Letrado **D. Francisco Pérez Vera**; y como acusación pública el **MINISTERIO FISCAL**, representado por el Iltre. Sr. **D. Rafael Payá**

Ha sido Ponente el Magistrado D. Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa fue incoada en virtud de denuncia. Practicadas diligencias en averiguación de los hechos se acordó seguir el trámite establecido en el capítulo II, del Título III, del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción dada por la Ley Orgánica 7/1.988, de 28 de Diciembre, acordándose por el Juzgado Instructor dar traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, a tenor de lo prevenido en el artículo 790.1 de la Ley citada.
El Ministerio Fiscal y la acusación particular formularon escrito de acusación contra los inculpados ya circunstanciados y solicitó la apertura del juicio oral ante esta Audiencia, acordando entonces el Juzgado Instructor la adopción de las medidas cautelares interesadas y la apertura del juicio oral y una vez presentados escritos de defensa por la representación de los encartados, frente a las acusaciones formuladas, se remitió la causa a este Tribunal.
Recibidas las actuaciones en este Órgano Jurisdiccional, se formó el correspondiente rollo, y examinados los escritos de acusación y defensa, se dictó resolución en orden a la práctica de la prueba que fue admitida, y señalamiento de las sesiones del juicio oral, cuya vista se celebró los días 5, 6, 7, 12, 13, 14, 19, 20 y 21 de Junio de 2018, con asistencia de todas las partes personadas.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, solicitó al condena de Pedro Pacheco Herrera y Luis Cruz de Sola, como autores de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito de estafa, de un delito de fraude a las administraciones pública en concurso medial con un delito de estafa, y de un delito de estafa, a la pena de 5 años de prisión y accesorias. La acusación particular, por estos hechos solicitó la condena de Pedro Pacheco, Luis Cruz, Fernando Jesús y Juan Oscar Real, como autores de un delito continuado de prevaricación, delito continuado de falsedad documental y un delito de malversación, a las penas de inhabilitación especial por diez años, seis años de prisión y multas de 24 y 12 meses. Además, por l expediente de permuta, solicitó la condena por un delito continuado de fraude a las administraciones públicas, continuado de prevaricación y continuado de falsedad documental a las penas de 3 años de prisión y accesoria, inhabilitación especial por diez años y seis años de prisión y multa de 24 meses.

Código Seguro de verificación: P0m2P0DUb1TNAVcRyTcyZM==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	2/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0m2P0DUb1TNAVcRyTcyZM==		

P0m2P0DUb1TNAVcRyTcyZM==

TERCERO.- Las defensas de los acusados han elevado a definitivas sus conclusiones provisionales, interesando la absolución de todos los acusados, y en su caso el letrado Sr. Camacho interesó la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificadas.

HECHOS PROBADOS.

La Gerencia Municipal de Urbanismo, (en adelante GMU), tiene encomendada, con arreglo a los estatutos vigentes al momento de los hechos aprobados por acuerdo llevado a cabo en Sesión de 8 de julio de 2000, la gestión urbanística en el término municipal de Jerez de la Frontera. Dentro de esta función genérica, tiene atribuida la competencia para " *Realizar la Gestión del Patrimonio Municipal del Suelo, a cuyo fin podrá adquirir, poseer, reivindicar, permutar, administrar, gravar, enajenar o hipotecar toda clase de bienes y derechos;* "

En el momento de los hechos a los que se hará referencia con posterioridad, los acusados ocupaban los siguientes cargos o atribuciones:

Pedro Pacheco Herrera era Alcalde del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y Presidente nato de la G.M.U, habiendo cesado posteriormente como Alcalde a pesar de lo cual seguia teniendo atribuida la función de Vicepresidente de la GMU. El 21 de julio de 2003 se constituyó un nuevo Consejo de la GMU como consecuencia del cambio de Corporación Local, si bien la Presidenta del Consejo, la entonces Alcaldesa María José Garcia Pelayo, dicta resolución en la que, con base en el artículo 17.2 y 2 de los estatutos de la Gerencia, delega en el Vicepresidente, Sr. Pacheco, entre otras competencias, las siguientes atribuciones: Convocar y Presidir las Reuniones del Consejo; Dirigir tas deliberaciones, resolviendo las dudas que se susciten; Ordenar la Ejecución de los Acuerdos adoptados por el Consejo; Celebrar convenios en materia urbanística con organismos públicos, entidades privadas y particulares, dando cuenta al Consejo, y Proponer al Consejo el nombramiento y cese del Gerente.

a genérica administración y gestión ordinaria de. la misma, las siguientes atribuciones: 1) Ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Consejo de Gestión, las resoluciones del Alcalde-Presidente y del Vicepresidente, adoptadas en el ejercicio de sus propias competencias o en las que le fueran delegadas en materia de urbanismo; 2) Inspeccionar, fiscalizar y vigilar la actividad de los Servicios de la Gerencia, ostentando la jefatura inmediata de los mismos, asi como la de todas sus dependencias, emitiendo las oportunas órdenes generales e instrucciones o circulares de contenido predominantemente técnico y organizativo, sin perjuicio de las funciones que correspondan a los órganos de la Gerencia; 3) Suscribir la documentación de la Gerencia., 4) Realizar los estudios y Proyectos que considere necesario o que le encomienden el Consejo, el Presidente o el Vicepresidente, elevando a los mismos las conclusiones y propuestas que juzgue convenientes,, y 5)Proponer al Consejo de Gestión y al Presidente, la aprobación de cuantas asuntos sean objeto de la competencia de éstos.lLuis Cruz de Sola era Gerente de la G.M.U, y como Gerente, ostentaba además de la Representación, y de la dirección e inspección de los Servicios de la GMU, y l

Juan Oscar Real Cambas era Letrado de la asesoría jurídica y resolvía recursos que presentaban contra la Gerencia.

Fernando de Jesús Núñez, era Letrado de la GMU y llevaba pocos meses trabajando, tras haber hecho las prácticas bajo la tutoria de José Antonio Parra

Código Seguro de verificación:FQm2P0DUb1TNAVcRy7oyZw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	3/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FQm2P0DUb1TNAVcRy7oyZw==		

FQm2P0DUb1TNAVcRy7oyZw==

La finca o terreno denominada Huerta de San Alvaro, en la localidad de Jerez de la Frontera, Pago de Valdepajuelas, Arroyo del Membrillar o abiertas de Caulina, con una superficie según título de tres hectáreas, 13 áreas y cuatro centiáreas, siendo colindantes de Hijuela del Pago, Sebastian Cambas Perea y Hermanos, Juan Fortuoso y Alfonso Jarquín Romero, era un terreno de titularidad Municipal, inscrita a favor la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, en el Registro de la Propiedad nº 2 al tomo 1.298, folio 124, linea nº 7.611 inscripción 3ª. Dicha finca se encontraba destinada por el Ayuntamiento de Jerez a aprovechamiento agrícola de huertos de ocio, habiendo sido parcelada en 43 huertos cuya concesión, a cambio del pago de un precio o canon por metro cuadrado, había sido otorgada por la propia Gerencia Municipal de Urbanismo de dicho Ayuntamiento a los respectivos concesionarios, estando dichos contratos, merced a un sistema de prórrogas. El Consejo de Gestión de esta Gerencia Municipal de Urbanismo, en sesión celebrada el día 19 de Mayo de 1988, y al Punto 22 del Orden del Día, adoptó acuerdo del tenor literal siguiente:

"PUNTO 225.- CESION-EXPLOTACION FINCA ARROYO DEL MEMBRILLAR--

*Se conoce en este extremo del Orden del Dia expediente tramitado por el Departamento de Gestión, Patrimonio y Vivienda de esta G.M.U. a fin de ceder provisionalmente el aprovechamiento o explotación agrícola de la finca sita en Arroyo del Membrillar, denominada San Alvaro de una superficie de 26.580,80 m2. al no implicar desafectación del destino que el propio Plan General de Ordenación Urbana le otorga al clasificarla como suelo urbanizable no programado; y, los Señores Consejeros asistentes, por unánime parecer, conocido el proyecto del Pliego de Condiciones Jurídico-Administrativas elaborado, para las posibles adjudicaciones así como borrador de posible contrato privado que regule la concesión administrativa, acuerdan: **Primero.-** Ceder el aprovechamiento o explotación agrícola de la finca denominada San Álvaro sita, en Arroyo del Membrillar propiedad :de "esta Gerencia Municipal, mediante el correspondiente procedimiento de concesión administrativa, con sujeción al Pliego de Condiciones "jurídico-administrativas elaborado a tal efecto. = **Segundo.-** Otorgar a D. MANUEL A. GONZALEZ. FUSTEGUERAS, Tte. Alcalde-Delegado de Urbanismo, Vocal de este Consejo y Gerente, cuantas facultades sean necesarias en derecho para suscribir los documentos públicos y privados pertinentes para ejecutar lo acordado"*

Y para que conste y surta efecto, expido el presente de Orden y con el Visto Bueno del Sr. Gerente, por delegación expresa del Sr. Presidente del Consejo de Gestión, con la salvedad del Art. 206 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en la Ciudad de Jerez de la Frontera, a seis de Junio de mil novecientos ochenta y ocho.

El pliego de condiciones jurídicas y económico-administrativas reguladoras de la adjudicación de la concesión administrativa del aprovechamiento agrícola de los huertos tenía como plazo de concesión el de de doce meses, contados desde el documento de Adjudicación, y se establecía que se podía prorrogar por acuerdo expreso.

Se fueron firmando contratos de adjudicación con cada uno de los adjudicatarios, contratos en el que en el apartado de plazo se establecia: *"El plazo de la utilización privativa será de un año desde la firma del presente contrato, prorrogable por anualidades, con expresó acuerdo por parte de la Gerencia Municipal de Urbanismo.*

Al término del plazo de la cesión, la parcela e instalaciones revertirán a la Gerencia Municipal de Urbanismo en perfecto estado de conservación.

La Gerencia podrá dejar sin efecto la cesión antes del vencimiento, si la justifican

Código Seguro de verificación: F0m2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:06:54	PÁGINA	4/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es F0m2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==		

F0m2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==

circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante el resarcimiento de los daños que se causen y sean procedentes."- En la mayoría de los contratos terminaba este párrafo de la siguiente manera: "*…los daños que se causen o sin él cuando no procediera.*"

El 23 de enero de 2.003, el Consejo de Gestión de la G.M.U. aprobó acordar con carácter inicial el Proyecto de estatutos y Bases de la Actuación de la Junta de Compensación del Sector 30, San José Obrero, en el que se encuentra la finca de titularidad municipal anteriormente descrita,

El día 27 de enero de 2003, el acusado D. Luis Cruz de Sola, - Gerente de la G.M.U, remitió a 31 de los cesionarios de los huertos de ocio sendos escritos, con sus respectivos encabezamientos, con los nombres y direcciones a los que se dirigían cada uno de ellos, y en cuyo cuerpo se decía a cada uno de ellos, también, lo siguiente: *"Estando próximo el desarrollo urbanístico de la zona de suelo donde su ubica el huerto familiar que esta G.M.U. le tiene cedido en concesión, se hace necesaria la extinción de dicha concesión y la disposición de los terrenos. Extremos que pongo en su conocimiento, a fin de que se vayan adoptando las medidas necesarias para que a la mayor brevedad posible se produzca la devolución a esta G.M.U. de la disponibilidad de los terrenos."*

El 10 de marzo de 2003, se llevó a cabo una valoración por parte del arquitecto Vicente Prieto Barca del inmueble de Xera Promociones S.A, ofreciendo un resultado de 481.000,81 euros. Esta tasación previa a los acuerdos a los que se hará referencia con posterioridad fue encargada por el Director Alfonso Fernández Ferreira.

de la Ley 7/1999 de 29 de septiembre de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, No se recogió valoración o tasación alguna de la finca de titularidad municipal a permutar, ni se expresó cual era la necesidad que se cubría con la adquisición del inmueble.EL 27 de marzo de 2003, el Consejo de Gestión de la G.M.U, con la asistencia del acusado Pedro Pacheco Herrera como Presidente y del acusado Luis Cruz de Sola como Gerente, y en cuyo punto número 13 del orden del día, se contemplaba el *"OTORGAMIENTO, FACULTADES. PERMUTA DE BIENES SECTOR 30- UNIDAD DE EJECUCIÓN 1.A.24 "DESCALZOS". El Consejo* acordó, y así lo certificó Vicente Bitaube Cortés, Técnico Municipal con funciones Delegadas de Secretario de la G.M,U el otorgamiento de Facultades para la permuta de bienes del Sector 30- unidad de Ejecución 1.A.24 "Descalzos". En ese Acuerdo, después de llevar a cabo la descripción de ambas fincas, y de analizar la normativa aplicable, se dispone que la G.M.U transmitirá a la entidad mercantil Xera Promociones S.A una participación indivisa del 68,04 % en la finca de su propiedad antes descrita y la entidad mercantil Xera Promociones S.A transmitirá a la G.M.U el pleito de dominio de la finca descrita. En ese Acuerdo ya se hace referencia a la obligatoriedad de que se acredite su necesidad, que la diferencia de valor entre los bienes que se trata de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayor, a la compensación económica de la diferencia y al respeto en todo caso de los requisitos del art

El certificado del acta es el siguiente:PUNTO 13.- OTORGAMIENTO FACULTADES PERMUTA DE BIENES SECTOR 30 -UNIDAD DE EJECUCION 1.A.24 "DESCALZOS". *La Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera es titular del pleno dominio de la siguiente finca:*

<u>Descripción Registral</u>." Suerte de tierra llamada Huerta de San Alvaro, con caserío, hoy inexistente, situada en este termino Pago de Valdepajuelas, Arroyo del Membrillar o Abiertas de Caulina. Ocupa una superficie según título de siete aranzadas, o sean, tres hectáreas trece áreas y cuatro centiáreas, y según reciente medición su cabida real es de dos hectáreas, sesenta y cinco áreas, ochenta centiáreas y ochenta metros, con ochenta decímetros cuadrados. Y linda: por el Norte, con la Hijuela del Pago por donde tiene su entrada; por Sur, con finca D. Sebastián Cambas Perea y Hermanos; por Este, contra de D. Juan Fortuoso; y por Oeste, con la de D. Alfonso Jarquin

Código Seguro de verificación:POm2P0DUbiTNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	5/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es POm2P0DUbiTNAVcRy7oyzw==		

POm2P0DUbiTNAVcRy7oyzw==

Romera. Sin perjuicio de la descripción registral transcrita según reciente medición la finca tiene una superficie real de 26.123 m

Título.- Escritura de compraventa autorizada por el Notario D. Ángel Juárez Juárez el día 28 de abril de 1.988 con el número 553 de los de su protocolo.

Inscripción.- Inscrita a favor de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en el Registro de la Propiedad nº 2, al tomo 1298, folio 124, finca nº 7.611, inscripción 3ª.

La finca descrita se encuentra incluida en el ámbito de gestión urbanística denominado Sector 30 "San José Obrero" del Plan General Municipal de Ordenación de Jerez de la Frontera vigente, aprobado definitivamente mediante Resolución de 22 de marzo de 1.995 del Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, cuyo sistema de actuación es el de compensacion

El Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en sesión celebrada el día 23 de enero de 2003 al punto 10 de su orden del día acordó aprobar con carácter inicial el Proyecto de Estatutos y Bases de Actuación de la Junta de Compensación del Sector 30 "San Jose Obrero

Por su parte la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. es titular del pleno dominio de la siguiente finca:

Descripción.- inscripción 1ª. URBANA.- CINCO.- Parcela letra D sita en esta Ciudad en la Unidad inmobiliaria denominada Palomino y Vergara, con una superficie de novecientos noventa y dos metros y cincuenta y siete decímetros cuadrados, destinada a oficinas. Linda: al Norte y Oeste, con suelo libre público; Este, con parcela letra ce; y al Sur; con calle Colón. Sobre ella están las oficinas que se mencionan en la descripción de la finca matriz. Se forma por segregación de la finca número 24.494, folio 74 vuelto del tomo 1.322, inscripción 4ª. Inscripción 2ª. URBANA.- CINCO.- Parcela descrita en la inscripción 1º, como en el documento presentado en el que se dice según recibo del IBI su emplazamiento es Calle Nuestro Padre Jesús de la Sagrada Flagelación, uno y que sobre dicha parcela está ubicada, en la parte principal del patio central por donde tiene su entrada y en su ángulo por la calle Colón en donde existe otra puerta de acceso, un edificio destinado a oficinas de dos plantas de cemento armado pisos de igual materia y cubierto por terraza en el que se asienta un artístico lucernario que ilumina su patio central, el cual sirve a ambas plantas.- La superficie de cada planta es diferente; siendo la primera de novecientos noventa y dos metros y cincuenta y siete decímetros cuadrados; y la segunda de ochocientos treinta y siete metros cuadrados.- En este Edificio esta instaladas como se ha dicholas oficinas de "Palomino y Vergara, S.L. ", consistentes en despacho, sala de Juntas, Laboratorios, sala de Análisis, Sala de Espera, Etc.....

Título.- Escritura de compraventa de finca autorizada por el Notario D. Félix C: Jos el día 3 de mayo de 1.995, subsanada por otra del mismo Notario el día 26 de ese mismo mes .....

Inscripción.- Inscrita a favor de la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. en el Registro de la Propiedad nº 3 de Jerez de la Frontera al Tomo 1550, Folio 220; Libro 530, Sección 2ª, Finca nº 34.692.

Cargas y arrendamientos.- Libre de ellos.

Referencia Catastral.- 67.361/01-QA5663F-0001 PO.-

.. La finca descrita se encuentra clasificada como suelo urbano no consolidado e incluida en la Unidad de Ejecución 1 .A.24 "Descalzos" ya desarrollada y la edificación / sobre ella construida está calificada como de interés genérico por el Plan General Municipal de Ordenación de Jerez de la Frontera .-

En esta categoría se incluyen edificios y espacios dotados de valores patrimoniales cuya característica principal es ser exponentes de la identidad cultura

De conformidad con el artículo 24 de la Ley 7/1.999, de 29 de Septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, las entidades locales podrán celebrar contratos de permuta de bienes inmuebles patrimoniales previa tramitación de expediente en el que .se acredite su necesidad y siempre

Código Seguro de verificación:POn2POOUbiTNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	6/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es POn2POOUbiTNAVcRy7oyzw==		

POn2POOUbiTNAVcRy7oyzw==

que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al cuarenta por ciento del que lo tenga mayor, observándose en todo caso los requisitos del art. 16 de esta Ley. En tales supuestos, la diferencia de valores deberá ser compensada económicamente.

La Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en ejercicio de las competencias relativas a la gestión urbanística que tiene conferidas estatutariamente y en su condición de Administración urbanística actuante debe dar efectivo cumplimiento a las determinaciones del Plan General Municipal de Ordenación vigente de aquella forma que sin contravenir el ordenamiento jurídico urbanístico vigente resulte más adecuada a los intereses municipales en términos de eficiencia y eficacia.

Dada las características urbanísticas y tipológicas propias de las fincas descritas y atendiendo a su actual clasificación y calificación puesta de manifiesto en el expediente administrativo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 7/1.999, de 29 de Septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. para dar efectivo cumplimiento a sus respectivos intereses han estimado la oportunidad de permutar entre sí los derechos que le corresponden sobre las fincas de su propiedad respectiva anteriormente descritas, de tal suerte que la Gerencia Municipal de Urbanismo transmitirá a la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. una participación Indivisa del 68,04 % en la finca de su propiedad anteriormente descrita y la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. transmitirá a la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera el pleno dominio de la finca anteriormente descrita.

El Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo en virtud de lo dispuesto por el artículo 4.2.8 de sus Estatutos es el órgano que ostenta la competencia realizar la gestión del Patrimonio Municipal del Suelo, a cuyo fin podrá adquirir, poseer, reivindicar, permutar, administrar, gravar, enajenar o hipotecar toda clase de bienes y derechos, así como asumir titularidades fiduciarias de disposición, correspondiendo las dominicales al Municipio

del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, porunánime parecer, acuerdan: *Por ello los Sres. Consejeros*

Único.- Facultar, indistintamente, al Sr. Presidente y al Sr. Vicepresidente del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, con las más amplias facultades, al objeto de suscribir los documentos en los que se formalice la permuta de bienes señalad ae conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 7/1.999, de 29 de Septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

El 20 de mayo de 2003, se rubricó Convenio de Permuta de Bienes entre el acusado Pedro Pacheco Herrera en su calidad de Alcalde y Presidente del Consejo de Gestión de la G.M.U, el Secretario, por delegación Vicente Bitaubé Cortés, y el acusado José Antonio Monreal Domínguez. En ese Convenio, sin que se hubiese verificado tasación alguna de la finca de titularidad municipal por técnico municipal, se adjuntó como valor de la Finca de titularidad Municipal 610,027,28 euros, y como valor del inmueble de Xera Promociones 481,000,81 euros. El Convenio recogió la permuta de ambas Fincas en su integridad, incumpliendo lo establecido en el Acuerdo del Consejo de Gestión de 27 de marzo de 2003, sin el límite del 68,04% referido anteriormente y sin que se fije compensación económica alguna por la diferencia de valor de una y otra finca. Se afirmó que la diferencia de valor ascendía a 129.026,47 euros, y que por ello no se excedía de ese 40% mencionado anteriormente. En dicho convenio no se recogía la necesidad de adquirir el edificio propiedad de Xera por parte del Ayuntamiento, y se hacía constar también que las fincas se trasmitían libres de cargas, servidumbres y gravámenes, haciéndose constar expresamente, que el referido Ayuntamiento se comprometía a la "*cancelación de la cesión en precario que grava la finca registral objeto de permuta, en el plazo de seis meses desde la firma de este documento*".

Código Seguro de verificación:P0n2P0DXb1TNAVcRy7oyZw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	7/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0n2P0DXb1TNAVcRy7oyZw==		

P0n2P0DXb1TNAVcRy7oyZw==

Entre otras cláusulas, en dicho convenio y en el apartado expositivo y con referencia a la finca municipal se recoge "*Cargas y arrendamientos.- Existen en la finca varios huertos que han sido cedidos en precario.*" Y con respecto al edificio propiedad de Xera se recogía que estaba calificada como de interés genérico por el Plan General Municipal de Ordenación de Jerez, por ser exponente de la identidad cultural jerezana.

La estipulación primera establece que: *Primera.- La Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. de forma expresa y por la firma del presente documento permutan entre sí los derechos que le corresponden las fincas de su propiedad respectiva, anteriormente descritas en las estipulaciones I y II, de tal suerte que la Gerencia Municipal de Urbanismo en este acto entrega y transmite a la entidad mercantil Xera Promociones, que acepta y adquiere la finca de su propiedad descrita en el Expositivo I, y la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. en este acto ENTREGA y transmite a la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, que acepta y adquiere el pleno dominio de la finca descrita en el expositivo II anterior.*"

En la estipulación segunda se establece: "*Segunda.- Las fincas descritas en los expositivos I y II objeto de la presente permuta, se transmiten libres de cargas, servidumbres, gravámenes, limitaciones, prohibiciones, gastos o impuestos, por lo que las partes se obligan recíprocamente a cancelar las cargas que en su caso los gravasen; comprometiéndose, en concreto, la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera a la cancelación de la cesión en precario que grava la finca registral, objeto de permuta, en el plazo de seis mese desde la firma del presente documento.*

Como estipulación tercera, en referencia a los valores de las fincas a permutar, se establece: "*El valor de los bienes y derechos objeto de esta permuta, según el informe realizado al efecto por los servicios técnicos de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera asciende a:*

a) *La finca descrita en el expositivo I que la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera entrega a la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. en este acto tiene un valor de SEISCIENTOS DIEZ MIL VEINTISIETE EUROS CON VEINTIOCHO CÉNTIMOS (610.027,28 €).*

b) *La finca descrita en el expositivo II que la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. entrega a la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en este acto tiene un valor de CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (481.000, 81 €).*

c) *En consecuencia, y tras la valoración efectuada, se produce un exceso de adjudicación a favor de la Gerencia Municipal de Urbanismo que asciende a la cantidad de CIENTO VEINTINUEVE MIL VEINTISÉIS EUROS CON CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (129.026,47 €). El referido exceso no supera el límite del 40% establecido por el artículo 24 de la Ley 7/1.999, de 29 de Septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.*

La estipulación Cuarta establece:.- *En los referidos importes no se encuentra incluido la cantidad a que asciende el Impuesto sobre el Valor Añadido que debe repercutirse en la finca descrita en el expositivo I que entrega la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera a la entidad mercantil Xera Promociones, S.A. atendiendo a su condición de terrenos edificables incluidos en un ámbito de gestión urbanística en curso de ejecución, que al tipo actualmente vigente A NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUATRO EUROS CON TREINTA y SEIS CÉNTIMOS (97.604,36 €). La entidad mercantil Xera Promociones, S.A. abona las referidas cantidades en este acto, mediante cheque número ZX-4.466.530-5, expedido por la entidad Banco Bilbao Vizcaya (BBVA), sirviendo el presente documento como la más eficaz carta de pago.*

En la estipulación quinta se dice: "*El otorgamiento de la correspondiente escritura pública por la que se formalice la presente permuta se efectuará en el plazo de tres meses a petición de cualquiera de las partes intervenientes ante el Notario que designe la Gerencia Municipal de*

Código Seguro de verificación: P0n2P0DUbiTNAVcRyTcyZMw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	8/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	P0n2P0DUbiTNAVcRyTcyZMw==	

P0n2P0DUbiTNAVcRyTcyZMw==

Urbanismo viniendo obligado la entidad mercantil Xera Promociones, S A a presentarse y a aportar los documentos necesarios para este fin, en dicha Notaría, en el día y la hora en que se le indique. Los gastos que ocasionare el otorgamiento de la pertinente escritura pública serán abonados por las partes según Ley."

No fue hasta el 7 de julio de 2003 cuando se llevó a cabo valoración de la Finca Municipal por el arquitecto técnico José María Pinero Menacho, fijando como valor de dicha finca la cantidad 610.027,28 euros, Esta tasación, encargada por los acusados Pedro Pacheco Herrera y Luis Cruz Sola, y trasmitida al arquitecto por Alfonso Fernández Ferreira. Se establecía en el informe que "*De acuerdo con el Convenio de Permuta suscrito entre la Gerencia Municipal de Urbanismo y la Entidad Mercantil "Xera Promociones, S.A." en fecha 20 de Mayo de 2.003, el técnico que suscribe informa sobre las circunstancias urbanísticas y valoración de los terrenos propiedad de la Gerencia Municipal de Urbanismo.*" y en el apartado valoración se recogía: "*La presente valoración se justifica determinando el valor unitario del suelo incluido dentro del Sector, en su estado actual. Para ello, se realiza un análisis del sector teniendo en cuenta el uso global previsto, la densidad edificatoria, derechos de los propietarios, así como los gastos derivados del desarrollo urbanístico del Sector y ejecución de las obras de urbanización.*

Una vez analizados los parámetros mencionados, se obtiene un valor unitario del suelo bruto que asciende a la cantidad de 22,95 €/m². De donde se deduce que el total de los terrenos propiedad de la Gerencia Municipal de Urbanismo, asciende a la cantidad de SEISCIENTOS DIEZ MIL VEINTISIETE EUROS CON VEINTIOCHO CÉNTIMOS (610.027,28 €)."

El 21 de julio de 2003 se constituyó un nuevo Consejo de la GMU como consecuencia del cambio de Corporación Local, reservándose no obstante Pedro Pacheco el control de la Delegación de Urbanismo y de la GMU, y se procedió a la ratificación de dicho Convenio de Permuta por parte del Consejo de Gestión, ratificando el mismo y facultando a la Sra. Presidenta y al Sr. Vicepresidente del Consejo para suscribir cuantos documentos públicos y privados sean para ello precisos.

El día 7 de agosto de 2003, a propuesta del Área de Gestión y Patrimonio, del Departamento de Patrimonio, de fecha 4 de Agosto de 2003, el Consejo de Gestión de la G.M.U. al punto 12 del orden del día, de 56 puntos y uno adicional que tenía el orden del día de la sesión, adoptó el acuerdo de requerir a los adjudicatarios de los Huertos de Ocio, para que cesasen en la explotación y procedieran al desalojo, abriéndose un expediente de recuperación en vía administrativa.

En la notificación del referido acuerdo a las personas de los Huertos de Ocio se transcribía un texto que no figura en dicho acuerdo y que decía *"lo que comunico para su conocimiento y efectos oportunos, manifestándole que el desalojo efectivo deberá producirse antes del próximo mes de octubre del año en curso"* Muchos de los propietarios, aparte del recurso que formularon, dirigieron en Octubre de 2003 al Ayuntamiento una carta en la que el texto literalmente decía: "*Que estando próximo el desalojo de los huertos de ocio del sector 30, zona de S. José Obrero, y siendo uno de los arrendatarios de dichos huertos, creo que dicho desalojo se produce en detrimento de los posibles derechos que me puedan corresponder, y en beneficio de una empresa inmobiliaria privada.*

Considerando todos los perjuicios económicos que dicho desalojo me producen, y los derechos adquiridos en 14 años como arrendatario, paso a enumerar y ha valorar todas las pertenencias e inversiones que he hecho en los últimos años en dicho huerto, con el propósito de exigir a la Gerencia Municipal de Urbanismo, compensación económica por dicho desalojo" y terminaba, tras hacer una relación de los daños y perjuicios sufridos: "*Por todo lo anteriormente expuesto, SOLICITO, a esta Gerencia Municipal de Urbanismo*

Código Seguro de verificación:P0m2P0D0bi1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	9/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0m2P0D0bi1TNAVcRy7oyzw==		

P0m2P0D0bi1TNAVcRy7oyzw==

el resarcimiento de todos los perjuicios económicos que me va a causar el desalojo del huerto nº... "

El 20 de octubre de 2003, el acusado Pedro Pacheco Herrera, como Vicepresidente del Consejo de Gestión de la GMU y el acusado José Antonio Monreal Dominguez en representación de Xera Promociones S.A, elevan a escritura pública la permuta de ambos terrenos al 100%. En esa escritura se reflejó que se estaba facultado para este acto por el Acuerdo de 27 de marzo de 2003. Asimismo se recogió que no se superaba la diferencia de valor del 40%, y se recogió el valor de la finca en la que lo había tasado el técnico municipal. Se recogía asimismo que las cantidades en la que se tasaban las fincas, no recogían el Impuesto sobre el valor añadido, que debe repercutirse en la finca que entregada la Gerencia municipal a Xera Promociones, y se decía que esta había abonado la cantidad con anterioridad a este acto, sirviendo el documento como eficaz carta de pago. Se recogía que la Gerencia se comprometía a la cancelación de la cesión en precario que gravaba la finca municipal ante del 20 de Noviembre de dos mil tres. En este momento, los acusados materializaron un perjuicio evidente para las arcas del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, y ello por la permuta de la finca con la pérdida injustificada y carente de cualquier tipo de autorización de un 31,96% de la finca que se incluye en la permuta a cambio del mismo inmueble que se permutaba previamente con la mención del 68,04% de la finca de titularidad municipal.

Ante la reacción de buena parte de los arrendatarios de los Huertos de Ocio frente al acuerdo de 7 de agosto de 2003, el 14 de noviembre de 2003, D. Luís Cruz de Sola, Gerente de la G.M.U., presentó a la Presidenta del Consejo de Gestión, una propuesta de resolución, desestimando las alegaciones y pretensiones de los recurrentes y proponía la aprobación definitiva del expediente administrativo de recuperación de los huertos y que se le requiriese a los ocupantes para el cese de la explotación y el desalojo. El Letrado D. Fernando Núñez Gómez, adscrito al Departamento de Patrimonio de la G.M.U., hizo a su vez un informe jurídico sobre la desestimación de las alegaciones de los arrendatarios de los Huertos de Ocio. El informe es el siguiente:

Departamento de Patrimonio
14 de noviembre de 2.003

INFORME

Se emite informe relativo a la aprobación definitiva del expediente administrativo de recuperación de huertos familiares en el Sector 30 y al escrito de alegaciones contra el acuerdo del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera adoptado en sesión celebrada el día 7 de agosto de 2.003 al punto 12 del Orden del Día relativo a la incoación del expediente para la recuperación de administrativa de los referidos huertos presentado por varios cesionarios con fecha 23 de octubre de 2.003 y número 11.382 de entrada en el registro de esta Gerencia Municipal de Urbanismo.

Analizado pormenorizadamente el texto de las alegaciones sobre la base documentación obrante en el expediente administrativo las mismas merecen las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Código Seguro de verificación: POn2P0DUbiTNAVcRyTcyZW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	10/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es POn2P0DUbiTNAVcRyTcyZW==		

POn2P0DUbiTNAVcRyTcyZW==

Primera.- En relación con la pretendida nulidad de pleno derecho del expediente por inexistencia de expediente administrativo, omisión de tramites esenciales y vulneración de derechos susceptibles de amparo constitucional, en primer lugar no podemos cuando menos reconocer que sin perjuicio de que el citado acuerdo fue notificado individualizadamente a todos y cada uno de los cesionarios de los huertos, su notificación adolecía de un error material al conferirles en lugar del plazo de 15 días legalmente establecido en el articulo 84 de la Ley 30/1.992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según la redacción dada a su articulado por la Ley 4/1.999 como trámite de audiencia, la posibilidad de presentar contra el mismo Recurso de Alzada ante el Excmo. Ayuntamiento-Pleno de Jerez de la Frontera, Recurso Contencioso Administrativo o cualquier otro que estimasen procedentes. De esta incorrección en el pie de recurso de la notificación en modo alguno puede extraerse la consecuencia que de forma sesgada plantean los alegantes, toda vez que la notificación al conferirles la posibilidad de recurrir no provocaba menos cabo alguno en su derecho de defensa y participación en el expediente, de lo que es prueba fehaciente el presente análisis jurídico de las alegaciones contra el acuerdo. El Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que para que la omisión del trámite de audiencia sea causa invalidante del acto que se dicte es preciso que se produzca una indefensión real, no formal y efectiva de los interesados, pretendiendo así evitar lo que pretenden en este caso los alegantes y que no es otra cosa dilatar la resolución de la cuestión de fondo.

Segunda.- En relación con la competencia para acordar la incoación de expediente administrativo de recuperación de los huertos familiares, hemos de señalar que la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera por acuerdo del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo adoptado en sesión celebrada el dia 19 de mayo de 1.988 y al punto 22 de su orden del dia aprobó el pliego de condiciones para la cesión de uso de la Finca San Alvaro para su explotación como huertos familiares de ocio. El pliego de condiciones económicos administrativas por el que se rigió la licitación señalaba literalmente

La Gerencia Municipal de Urbanismo podrá dejar sin efecto la cesión antes del vencimiento, si lo justifican circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante el resarcimiento de los daños que se causen o sin él cuando no procediera.

De conformidad con lo dispuesto por el articulo 34 de la Ley 7/2.002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucia la aprobación de los instrumentos de planeamiento producirá de conformidad con su contenido entre otros los siguientes efectos:

" La obligatoriedad del cumplimiento de sus disposiciones por todos los sujetos, públicos y privados, siendo nulas cualesquiera reservas de dispensación.

No obstante, si no hubiesen de dificultar la ejecución del correspondiente instrumento de planeamiento, podrán autorizarse sobre los terrenos, usos y obras justificados de carácter provisional, que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización. El otorgamiento de la autorización y sus condiciones deberán hacerse constar en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria.

La ejecutividad de sus determinaciones a los efectos de la aplicación por la Administración Pública de cualesquiera medios de ejecución forzosa ".

Así al delimitar el Plan General Municipal de Ordenación de Jerez de la Frontera, aprobado definitivamente por Resolución de 22 de marzo de 1.995 del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucia (BOJA de 18 de abril de 1.995), un ámbito de gestión urbanistica denominado Sector 30 "San José Obrero", señalar para su gestión el sistema de compensación, en el que se encuentra incluida la Finca San Alvaro, y con posterioridad resolver la Sra. Alcaldesa el dia 11 de noviembre de 2.003 la aprobación definitiva de los Estatutos y Bases de Actuación de la Junta de Compensación del Sector 30 "San José Obrero", se inicia en consecuencia el proceso de gestión y ejecución del planeamiento urbanístico, por lo que de forma expresa concurren las circunstancias sobrevenidas de interés público que facultaban a la Gerencia Municipal de Urbanismo para dejar sin efecto antes de su vencimiento la cesión del uso, mediante el resarcimiento de los daños que se causen o sin él cuando no procediera. El pliego de condiciones por el que se

Código Seguro de verificación:FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	11/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==		

FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==

rigió la licitación, y que de forma expresa fue aceptado por los cesionarios, no dejaba lugar a dudas al referirse a los extremos señalados por lo que las alegaciones relativas a la naturaleza jurídica de la relación contractual entre la Gerencia Municipal de Urbanismo y los cesionarios carecen de fundamento alguno.

Por ello, sobre la base de los hechos y consideraciones jurídicas antes expuestas se estima la oportunidad de desestimar las alegaciones contra el acuerdo del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera adoptado en sesión celebrada el día 7 de agosto de 2.003 al punto 12 del Orden del Día relativo a la incoación del expediente para la recuperación de administrativa de los referidos huertos presentado por varios cesionarios con fecha 23 de octubre de 2.003 y número 382 de entrada en el registro de esta Gerencia Municipal de Urbanismo.

El 18 de noviembre de 2003, Consejo de Gestión al punto 22 (de 115 puntos y dos urgentes) del orden del día, dejándose llevar por la referida propuesta de resolución y por el informe del Sr. Núñez, acordó desestimar las alegaciones de los afectados y aprobar definitivamente el cuestionado expediente administrativo de recuperación. Contra dicho acuerdo fue interpuesto recurso de alzada que fue resuelto por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 24 de Abril de 2004, al Punto 4 de su orden del día en base a los informes emitidos por el Letrado, D. Juan Oscar Real Cambas, el primero en fecha 18 de Marzo de 2004, en el que proponía desestimar los recursos de alzada, y el segundo en fecha 15 de Abril de 2004 y que concluye literalmente lo siguiente: " *Por todo lo expuesto en 'los Antecedentes de Hecho y en los Fundamentos de Derecho , el letrado abajo firmante, propone se adopte Acuerdo con el siguiente tenor:*

1o.- El recurso de Alzada interpuesto contra Resolución del Sr. Gerente de 11 de marzo de 2004 , debe ser ***DESESTIMADO*** *, declarándose la misma conforme a Derecho, de plena aplicación y exigencia.*

2o.- ***DENEGAR*** *la solicitud de suspensión del acto impugnado, debiendo procederse al desalojo inmediato de los huertos de ocio del Sector 30 "San José Obrero" utilizando los medios de ejecución forzosa habilitados legalmente incluyendo la compulsión sobre las personas con auxilio de la fuerza pública si fuera necesario.*

Con fecha 26 de marzo de 2004, la Junta de Gobierno Local, al particular 3 del Orden del Día, ha adoptado Acuerdo del siguiente tenor: " *Por unanimidad, acuerdan:*

Primero.- INADMITIR a trámite los recursos de Alzada interpuestos por D. MATÍAS VARGAS ROMERO, D. ANTONIO SANTOS TIRADO, D. MIGUEL MARTÍNEZ SABORIDO, D. JOSÉ MANUEL GUERRERO REYES, D. FERMÍN GARCÍA MILLÁN contra Acuerdo del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 18 de Noviembre de 2003, al Punto 22 del Orden del día, por el que se acordó aprobar con carácter definitivo el expediente administrativo de recuperación de huertos de ocio del Sector 30, San José Obrero, por haber sido interpuestos fuera del plazo legalmente conferido,. no entrando a resolver el fondo del asunto, adquiriendo firmeza el acto administrativo impugnado, procediéndose a su archivo.

Segundo.- DESESTIMAR los recursos de Alzada interpuestos por D. FRANCISCO AGUILAR TÉLLEZ, D. EMILIO O TERRAL ALCONCHEL, D. JOSÉ GÓMEZ HERRERA, D. MANUEL BAREA AMARES, D. ANTONIO MENACHO BAREA, D. ALFONSO CARRASCO VERELA, D. FRANCISCO MARCELO VILLANUEVA Y D. PEDRO TORRES JAÉN , D. MIGUEL SERRANO ROMERO, D. JOSÉ MILÁN ATIENZA, D. CRISTÓBAL DÍAZ MEDINA, D. JUAN LUIS MORENO DÍAZ , D. ENRIQUE RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, D. LUIS CHÁVEZ SÁNCHEZ, D. MANUEL CÓRDOBA ÁLVAREZ, D. FRANCISCO CALVO DELGADO, D. AMBROSIO CASAL RUBIO, D. GUILLERMO ROMERO PÉREZ,

Código Seguro de verificación:FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyZM==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:06:54	PÁGINA	12/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyZM==		

FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyZM==

D. FRANCISCO CALVO DÍAZ, D. VICENTE LEIRA SÁNCHEZ, D. FRANCISCO CONTRERAS APARICIO, D. ANTONIO MORENO DÍAZ, D. JUAN FERNÁNDEZ LEÓN, D. FRANCISCO JAVIER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. FRANCISCO GARCÍA AGUILAR, Y D. RAFAEL JIMÉNEZ REYES, en base a los fundamentos jurídicos del presente escrito, declarándose por ello el Acuerdo adoptado por Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 18 de Noviembre de 2003, al Punto 22 del Orden del día, conforme a Derecho, de plena aplicación y exigencia."

El anterior procedimiento benefició a la entidad Xera Promociones S.A con perjuicio dé la Administración Municipal, en la suma de 129.026,47 euros, habiéndose Pedro Pacheco Herrera, aprovechado de su condición de presidente y vicepresidente de la GMU, y Luis Cruz de Sola aprovechándose de su condición de Gerente de la GMU omitió sus funciones de ejecución y control que van aparejadas a la ostentación de su cargo. El procedimiento de Permuta se ideó por los acusados con la clara intención de evitar una venta pública a la que pudiese comparecer cualquier posible comprador. Y para lograr el éxito de toda esta operativa, los acusados incurrieron de forma consciente en defectos y omisiones groseras en la tramitación del procedimiento, incumpliendo las garantías que a modo de requisitos prevé la legislación aplicable, en concreto la Ley 7/1997 de 29 de septiembre de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía en su redacción vigente basta el 1 de enero de 2004 y el Reglamento de Bienes de Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio. A lo largo del procedimiento no se incluyó el Convenio que recogiese la declaración y justificación de la necesidad de la permuta que es requisito legal de la misma. Los acusados, con la intención de beneficiar a Xera, eran conscientes de que dicha necesidad no existía, en lo relativo a la adquisición del bien inmueble sito en Calle Nuestro Padre Jesús de la Sagrada Flagelación. El inmueble que *se* adquirió a cambio del terreno, desde el momento en que fue adquirido no ha recibido ningún tipo de uso o de destino. Sí bien en un principio se previo la instalación de la empresa Bouncopy en el inmueble, y se le cedió el mismo temporalmente por Acuerdo 5 de abril de 2005. la entidad no llegó nunca a instalarse, debido al estado de deterioro en que se encontraba el inmueble *y* a que los costes de acondicionamiento del mismo al ejercicio de cualquier tipo de actividad eran inasumibles. La entidad Local, acordó recuperar la posesión del inmueble por Resolución de .9 de mayo de 2008, Desde entonces no ha tenido uso alguno y el estado actual del inmueble es de semirruina con riesgo de derribo.

En el procedimiento tramitado no se recibió autorización de la Consejería de Gobernación *y* Justicia de la Junta de Andalucía, ni tampoco se le remitió la información del procedimiento ron posterioridad a los efectos de control de legalidad.

Los acusados permutaron ambos bienes inmuebles en su totalidad, y por lo tanto sin sujetarse de modo consciente a las Facultades que *se* habían concedido, ocasionando con ello, el perjuicio al que ha hecho referencia con anterioridad. En el momento de llevar a cabo el convenio y de elevar la escritura, el acusado Pedro Pacheco Herrera no disponía de facultades para la transmisión de la totalidad de la finca, y a pesar de ello lo llevó a cabo., sin que el acusado Luis Cruz de Sola comprobase la forma de ejecución del acuerdo del Consejo.

En el momento de elevar a pública la escritura de permuta, los acusados Sres. Pacheco y Cruz sustituyeron de forma consciente el 68,04% por la trasmisión de la plena titularidad de la finca.

Por estos hechos se incoaron las Diligencias Previas 3122/2005 por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Jerez, mediante Auto de fecha 23 de Enero de 2006. Inicialmente se

Código Seguro de verificación:P0n2P0DUbi1TNAVcRy7oyZw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	13/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0n2P0DUbi1TNAVcRy7oyZw==		

P0n2P0DUbi1TNAVcRy7oyZw==

solicita el expediente administrativo, que no llega al Juzgado hasta el 19 de Febrero de 2007, produciéndose un rosario de declaraciones de imputados, de solicitud de documentos, llegando a estar las actuaciones paralizadas por intervención del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con respecto a la entonces imputada Dª. María José García Pelayo, donde fueron sobreseídas, llegando de nuevo al juzgado instructor en fecha de noviembre de 2009. El 3 de Mayo de 2010 se dicta Auto de sobreseimiento, que es revocado por la Audiencia el 22 de Noviembre de 2001. El 17 de Diciembre de 2013 se dicta Auto de transformación en Procedimiento Abreviado, que es recurrido, tanto por acusados como por acusación particular, siendo resueltos los recurso el 27 de Marzo y 27 de Abril de 2015. Se complementa el Auto de transformación el 29 de Julio de 2015. La acusación particular presenta escrito de acusación el 28 de Octubre de 2010 y el Fiscal el 31 de Marzo de 2016. El Auto de apertura de juicio oral es de fecha 21 de Junio de 2016, siendo presentados los escritos de defensa en Octubre y Noviembre de ese año, llegando las actuaciones a esta Sala en Marzo de 2017 y celebrándose juicio en Junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Se ejerce acusación tanto por el Ministerio Fiscal, que delimita su acusación solo con respecto al expediente de permuta, como por la acusación particular, que acusa por dicho expediente y por el expediente de recuperación en via administrativa de la posesión de Huertos de ocio, extremo este sobre le que no acusa el Ministerio fiscal y que analizaremos en primer lugar.

Rige en este proceso penal el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la Constitución. Conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Supremo la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia se fundamenta en las siguientes exigencias:

a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,

c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y

d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

La doctrina del Tribunal Supremo, STS de fecha 8 de febrero de 2016, establece que el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia exige ponderar los distintos elementos probatorios, tanto de cargo como de descargo, aunque no impone que esa ponderación se realice necesariamente de un modo pormenorizado, abordando todas las alegaciones de descargo expuestas por la defensa, incluso las más inverosímiles, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo el control casacional verificar que se ha sometido a valoración la prueba de descargo practicada a

Código Seguro de verificación: POn2P0DUbiTNAVcRyToyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	14/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es POn2P0DUbiTNAVcRyToyzw==		

POn2P0DUbiTNAVcRyToyzw==

instancia de la defensa y que se aprecie una explicación razonable para el rechazo de su resultado, en contraste con las pruebas de cargo (SSTC 242/2005, de 10 de octubre ; 187/2006, de 19 de junio ; 148/2009, de 15 de junio ; y 172/2011, de 19 de julio , STS 25 de septiembre de 2013, núm. 1527/2013 , de 9 de julio de 2012, núm. 1372/2012 y 30 de noviembre de 2015, núm. 757/2015).

Desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que incluye la motivación racional de las sentencias, ha establecido la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 665/2015, de 29 de octubre y 10/2015, de 29 de enero , entre otras) que la sentencia debe contener una suficiente y razonable motivación no solo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a los puntos jurídicos del debate que sean relevantes para el fallo. Y también se ha recordado que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada.

Y sobre este prisma analizaremos la acusación realizada, comenzando en el expediente de recuperación. Y sobre esta acusación la sala no puede sino decir que las alegaciones de la acusación particular en su informe final, mas bien parecía una exposición propia de la jurisdicción contencioso administrativa que sobre la jurisdicción penal. Parece que la acusación reside el ilícito penal en que no había propiamente expediente y que cuando se decide la incoación del expediente administrativo la finca ya había sido transmitida al Sr. Monreal. Entiende la acusación que hay, y ademas como autores los cuatro acusados, delitos de fraude a las administraciones, de prevaricación y de falsedad documental. Y con independencia de que analicemos tales tipos delictivos con respecto a la acusación mas fundada, que es la del expediente de permuta, hay que decir que ninguna falsedad ni resolución injusta apreciamos en el expediente de recuperación. Resulta revelador que el testigo concejal Sr. Valle, única abstención en el acuerdo del Consejo, manifestara que la recuperación por parte del Ayuntamiento de unos terrenos que eran de su propiedad y que tenian una perspectiva urbanística y un valor evidente, era lógico y además necesario. Se pudo hacer mejor o peor el expediente, tendrán los parcelistas derecho o no a una indemnización, pero lo que no ve la Sala es indicio alguno de ilícito penal en la recuperación de los terrenos. Cabe recordar que en vía administrativa se anuló el tema del desalojo por entender la Sala que no era ya el Ayuntamiento propietario de los terrenos. Interpretación con la que esta Sala no está en modo alguno de acuerdo.

En nuestro derecho civil rige la teoría del título y el modo y, en su aplicación al contrato de compraventa, la adquisición de la propiedad requiere la concurrencia de título (que puede ser público o privado e incluso otorgarse por acuerdo verbal) y el modo o " traditio " consistente en la entrega o puesta a disposición del comprador del objeto vendido. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1989 , " si bien es cierto que, de acuerdo con la llamada " teoría del título y el modo", imperante en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1.095 del Código Civil), para la adquisición dominical por contrato (permuta, en el caso concreto que nos ocupa) no basta la mera existencia o perfección del negocio jurídico contractual (título), que sólo genera obligaciones para los contratantes, sino que el mismo ha de ser inexcusablemente acompañado o seguido de la tradición o entrega de la cosa (modo), no lo es menos que este segundo requisito, constitutivo o consumador de la transmisión dominical, se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega física o material de la cosa (tradición real), sino también, a virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, cuando medien cualesquiera

Código Seguro de verificación:POn2P0DUb1TNAVcRy7oyzW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	15/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es POn2P0DUb1TNAVcRy7oyzW==		

POn2P0DUb1TNAVcRy7oyzW==

otros actos jurídicos que de manera patente entrañen la misma significación de entrega, cuyos actos, integradores de la llamada traditio ficta, no son sólo los que aparecen relacionados en los arts. 1.462.2 a 1.464 del Código Civil, al no estar esas formas espiritualizadas de tradición o entrega regidas por el principio del numerus clausus, sino todos aquellos, de variada índole o naturaleza, que de manera contundente e inequívoca revelen que el tradens (vendedor, en este caso concreto) ha puesto real y actualmente la cosa a la plena, absoluta y única disposición del accipiens (comprador, en este caso), con evidente intención por ambas partes de hacerlo así (animus transfendi et accipiendi dominio) ...".

En este sentido, es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1990 , y 14 de febrero de 2002, y 1441/2002), que el Código Civil, en cuanto a la adquisición del dominio, se basa, en los artículos 609 y 1095, en la teoría del título y el modo, por lo que la propiedad se transmite por la perfección del contrato y por la tradición, sin que sean precisas otras formalidades, ni la inscripción en el Registro de la Propiedad, estando previsto en cuanto a la entrega de la cosa vendida en el artículo 1462, párrafo segundo, del Código Civil, que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. Y este es el punto en el que esta Sala entiende que de la redacción de la escritura se deduce claramente que no pudo haber traditio pues estaba condicionada esta a que el Ayuntamiento desalojara la finca de los titulares de los huertos que la venían ocupando.

La alegación de la acusación parte de una incorrecta comprensión del funcionamiento del sistema de transmisión de la propiedad, por partir erróneamente de la idea de que el otorgamiento de la escritura pública lleva consigo necesariamente la entrega de la posesión y la transmisión de la propiedad, lo que no siempre es así. La escritura no es otra cosa en el presente caso que la formalización del acuerdo (en el caso, un acuerdo de permuta) y la tradición puede ser simultánea (lo será si el acuerdo se formaliza en escritura), pero puede otorgarse escritura y aplazarse la entrega, por condicionarla a un desalojo, y también puede haber existido tradición con anterioridad al otorgamiento de la escritura, de forma que se habrá producido la tradición y la transmisión de la propiedad aunque no se haya otorgado escritura.

Nuestro sistema se basa en la separación entre el título de efectos obligacionales y la tradición, pero no requiere que esta última tenga lugar mediante la entrega material ni tampoco mediante un acto formal. En este caso, la tradición deriva, no del acuerdo de cesión, sino de los actos posteriores realizados en cumplimiento de tal acuerdo, en concreto el desalojo de los titulares de los huertos.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal con respecto al expediente de permuta, ha dirigido acusación contra los acusados Sres. Pacheco y Cruz, atribuyéndoles la comisión de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el art. 404 del C. Penal en concurso medial con un delito de estafa de los del artículo 438 del Codigo Penal, en relación con 248, 249 y 250.1.6º, y de un delito fraude a las Administraciones Públicas previsto y penado en el art. 436 del C. Penal y en concurso medial con un delito de estafa. La acusación particular considera además que existe un delito de falsedad documental y con respecto a los cuatro acusados. Consideran probado que en el proceso de permuta se ha prescindido de normas esenciales, dictándose resoluciones arbitrarias e ilegales con la finalidad de defraudar los intereses del Ayuntamiento de Jerez. La acusación amplia la acusación a los letrados acusados, en base evidentemente a los informes que hemos plasmado en el apartado de

Código Seguro de verificación:P0n2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	18/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	15/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0n2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==		

P0n2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==

hechos probados. La acusación particular considera tales hechos como delitos de fraude a la administración, de prevaricación y de falsedad documental del artículo 390.2 y 4.

El artículo 404, establecía que "*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años*". Dicha redacción se modifica por el art. único.206 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con vigencia desde el 1 de Julio de 2015, y pasa a disponer que: "*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*"

El artículo 436 del Código Penal en el momento de los hechos, establecía que " *La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años*". Dicho artículo se modifica por el art. único.131 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y con vigencia desde 23 de diciembre de 2010, y pasa a disponer:

"*La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.*". Se modifica finalmente por el art. único.223 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marz, con vigencia desde 01 de julio de 2015, y pasa a disponer que " *La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.*"

El artículo 438, disponía en el momento de los hechos que, "*La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.*" Se modifica por el art. único.224 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con vigencia desde del 01 de julio de 2015 y pasa a disponer que: " *La autoridad o funcionario público*

Código Seguro de verificación:FOm2P0DCfb1TNAVcRyTOyZW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	17/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOm2P0DCfb1TNAVcRyTOyZW==		

FOm2P0DCfb1TNAVcRyTOyZW==

que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código."

El artículo 248. 1 establece que "*Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.*"

El artículo 249, en el momento de la comisión de los hechos, establecía que "*Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excediere de cincuenta mil pesetas. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.*". Se modifica por el art. único.83 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con vigencia desde el 01 de octubre de 2004, y pasa a establecer que "*Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.*"

En el momento de los hechos el artículo 250.1.6ª, establecía *que "El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 6.ª Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.*". Se modifica por el art. único.62 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con vigencia desde el 23 de diciembre de 2010, y pasa a ser el nº 4, y se dispone que "*El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 4.ª Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia. 5ª. El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas*"

El artículo 390 establece que "*será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 2.ª Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 4.ª Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*"

Por otro lado, *La Ley 7/1999 de 29 de septiembre de Bienes de Entidades Locales de Andalucía*, vigente hasta el 1 de enero de 2004, establece en su exposición de motivos que su regulación se extiende a los entes locales y a sus organismos autónomos y sociedades mercantiles, remitiendo la regulación de la enajenación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El art. 16 de dicha ley establece, en lo que al presente caso atiene, que el procedimiento de permuta de bienes se atendrá a las siguientes reglas: 1. Se valorara el bien por técnico competente; 2. será necesaria autorización previa de la Consejería de Gobernación y -Justicia si el valor del bien excede del 25% de los recursos ordinarios del presupuesto de la entidad así como que cuando su valor sea inferior será necesaria que se envíe información

Código Seguro de verificación: FOm2PODUb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	18/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOm2PODUb1TNAVcRy7oyzw==		

FOm2PODUb1TNAVcRy7oyzw==

suficiente n dicha Consejería a los efectos de control de legalidad. 3. En ningún caso podrá destinarse el importe de la enajenación a financiar gastos corrientes. 4. No podrán enajenarse bienes que se hallen en litigio, salvo que el ndquirente asuma expresamente el riesgo del resultado del mismo.
El art 19 establece que en cuanto a su preparación y adjudicación, se regirá por la normativa reguladora de las Administraciones Públicas.
El art 24 establece en relación a la permuta de bienes: 1. Que previamente a la celebración del contrato de permuta deberá tramitarse un expediente en el que se acredite su necesidad, y siempre que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayar, observándose, en todo caso, los requisitos del. art 16 de esta ley. En tales supuestos la diferencia de valares deberá ser compensada económicamente.
El Reglamento de Bienes de Entidades locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio vigente en el momento de los hechos establece en el Art 109: Los bienes inmuebles patrimoniales no podrá enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma, cuando su valor exceda del 25% de los recurso ordinarios del presupuesto anual de la Corporación, No obstante, se dará cuenta al órgano competente de la Comunidad de toda enajenación de inmuebles que se produzca. Art. 112.1 1. Que la enajenación de bienes patrimoniales se regirán en cuanto- a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales. 2. 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 trata de permutar tío sea superior al 40% del que lo tenga mayor. Art 118 establece como requisito previo- a la venta de bienes patrimoniales la valoración técnica dé los mismos que acredite de modo fehaciente su justiprecio.
El Real Decreto Legislativa 2/2000 de 16 de junio par que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su redacción vigente hasta el 1 de mayo de 2006 y por tanto aplicable al caso en el Art 9: Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas especificas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, Art 11: Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia,. salvo las excepciones establecidas en la presente ley y en todo caso a los de igualdad y no discriminación,Art 67: regula el expediente de contratación: el cual justificará la necesidad de la contratación y el cual incorporará el pliego de clausulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato Art 69: completado el expediente de contratación , se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.

TERCERO.- Vamos a continuación a analizar y valorar los diversos medios de prueba practicados en el acto del juicio oral con objeto de determinar si disponemos de prueba de cargo de entidad suficiente y regularmente obtenida con todas las garantías procesales para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a los acusados en este proceso penal.
Nos centraremos en analizar como se llevó a cabo la permuta. La Gerencia Municipal de Urbanismo venia a ser regida a través del Consejo de Administración, integrado por el

Código Seguro de verificación:F0n2P0DUbiTNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	19/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es F0n2P0DUbiTNAVcRy7oyzw==		

F0n2P0DUbiTNAVcRy7oyzw==

Alcalde y determinados concejales y consejeros técnicos, y el Ayuntamiento la controla mediante los instrumentos que la legislación de régimen y de haciendas locales le atribuye. Entendemos que es un instrumento creado para la realización y desarrollo de los intereses municipales y por tanto, subordinada a ellos y a la Corporación que se los tiene encomendados. Y de la legislación antes expuesta, debemos destacar que para proceder a una permuta de bienes entre el Ayuntamiento y una sociedad mercantil privada se exigen diversos requisitos, ya que como bien dicen las defensa la permuta es un medio legal y permitido, no lo es en cualquier circunstancia y manera. Así, necesita autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma, cuando su valor exceda del 25% de los recurso ordinarios del presupuesto anual de la Corporación, que no parece sea el caso de autos, pero no obstante sí que se exige el dar cuenta al órgano competente de la Comunidad, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto. Se exige además que previamente a la celebración del contrato de permuta se tramite un expediente en el que se acredite su necesidad, extremo que entiende la Sala no se ha cumplido. Hemos dicho que la recuperación de los huertos de ocio estaba justificada por ser un bien municipal y venir exigida su recuperación por la expansión urbanísticas que entonces experimentaba el municipio jerezano; pero la permuta en modo alguno se ha acreditado, ni entonces ni posteriormente, su necesidad. Se ha insistido en la necesidad de adquirir el edifico propiedad de Xera, pero la sala puede afirmar con rotundidad que dicho edificio en modo alguno era necesario, ni siquiera útil para el Ayuntamiento jerezano. Se ha intentado ocultar tal necesidad por el hecho de que sea un edificio propio de la identidad cultural Jerezana, lo cual a fin de cuenta no viene a tener significado alguno, y se ha manifestado que le era conveniente al Ayuntamiento para poder instalar allí la propia Gerencia. Resulta al fin y al cabo que nunca hubo intento serio de instalar allí oficina municipal alguna. Es mas, cuando ya el daño ya estaba hecho y el edificio adquirido, se intentó alquilar a la entidad Bouncopy, cuyo propietario en aquellas fechas, Ezequiel Navio, ha sido rotundo en su declaración. El edifico era obsoleto e inviable en todos los sentidos, la techumbre tenía desprendimientos y meterse allí era un proyecto suicida. Ello sin meternos en el tema de que tuviera o no el mal de la piedra. Pero es que la necesidad y utilidad de las cosas, se aprecian antes de su adquisición con el correspondiente informe, que aquí no existe, y sobre todo se pone en evidencia con el desarrollo posterior de los hechos. El edificio sigue sin tener uso alguno y deteriorándose cada vez mas. En resumen, una adquisición ruinosa y que no tenía justificación alguna para el Ayuntamiento. No hay nada en el expediente que pueda suponer motivo alguno de la adquisición, y aunque el Sr. Pacheco ha insistido en que era un paso para modernizar y revitalizar la zona oeste de Jerez, esto no deja de ser una declaración absolutamente vacía de contenido y a modo de intención abstracta en la que poder meter cualquier proyecto que se le ocurriera a los acusados a través de la Gerencia. Es evidente, o por lo menos lo es para la sala, que la única intención posible era beneficiar a Xera, a quien se le quitaba un "muerto" de encima y además se le daba un terreno con un claro futuro urbanístico. Pero es que ademas el art 16 de la ley antes mencionada, exigía que la diferencia de valores debía ser compensada económicamente. El acusado Sr. Pacheco es revelador en su declaraciones en juicio, cuando manifiesta que seguramente habrá habido un complemento en metálico, que tiene que ser así aunque no lo recuerda. Que quizás o igual se puede completar con el dinero en efectivo. Manifestaciones dubitativas y poco creíbles en alguien que debería saber si hubo compensación y como se cobró en su caso y qué se hizo con

Código Seguro de verificación:FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	20/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==		

FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==

ella. Lo que esconden son la certeza que no se exigió el complemento en metálico, beneficiando a Xera y perjudicando claramente al Ayuntamiento.

Es igual que el tema de la permuta por la finca íntegra del Ayuntamiento, cuando en principio el Consejo de la Gerencia sólo había autorizado el 68,04% de las misma. Nadie nos ha explicado porque se transmutó en una permuta de la totalidad de la finca del Ayuntamiento. Los acusados se escudan en que el Consejo posteriormente dio el visto bueno a tal permuta. Pero es importante analizar como funcionaba el Consejo de la Gerencia, funcionamiento que conocían los dos acusados y que utilizaron para poder sacar adelante la permuta. La declaración de los diversos testigos que han comparecido en juicio ha venido caracterizada por su olvido casi total del tema, pero en algo han coincidido todos, que el Consejo funcionaba como un mero control formal, pero no real y efectivo ni eficiente. El número de acuerdos que se sometían al acuerdo del Consejo era muy numeroso, y si bien los expedientes que se iban a votar estaban en la sede del Consejo dos días antes para quien lo quisiera ver, todos han coincidido que votaban por cuestiones o decisiones políticas, que no se miraban lo expedientes y que en definitiva no sabían lo que votaban. Así Francisco Lebrero manifiesta que no tenía formación sobre urbanismo, que no se leyó el expediente, que el grupo político era quien decidía y que se votaba por disciplina de voto, y que el reparo que podía haber era político y que lo de la permuta no tenía relevancia política. María Antonia Prado declaró que se miraba el expediente por encima, que supone que los expedientes estaban en la Gerencia, que no estaba para controlar la legalidad jurídica y que la votación era rápida. Joaquín del Valle reconoce que su abstención fue por motivos políticos y que no hubo debate sobre el tema de la permuta. María Fernández manifestó que no se estudiaba los expedientes, que no había debate y la decisión la tomaban los partidos políticos. Juan Carlos Camas manifestó que solo se examinaban los expedientes si había algún informe de reparo. María Antonia Asencio afirmó que el partido era el que tomaba posicionamiento sobre cada expediente. En suma, un rosario de declaraciones que evidencian que el Consejo no controlaba técnica y legalmente nada y que solo era un reflejo de la lucha política que pudiera existir, pero nunca como un órgano decisor o que pudiera poner reparos a los temas que se llevaban a él, que se aprobaba sin debate y sin saber muchas veces lo que se votaba. Esto lo conocía el Sr. Pacheco, con larga trayectoria en la Gerencia y que en esos momentos sabía que políticamente tenía al Consejo controlado, y el Sr. Cruz, como Gerente de la Gerencia, y se aprovechó por ambos para sacar adelante un expediente carente de requisitos legales y que además beneficiaba descaradamente a una entidad privada como Xera en detrimento de las arcas del Ayuntamiento.

Por otro lado, del expediente de permuta se desprende que no se establece un procedimiento, ni unos criterios objetivos que garanticen la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la actividad contractual. Para dar cumplimiento a tales principios, era necesario el establecimiento de una causa que justificara la necesidad de la permuta y la necesidad de que se hiciera a través de dicho cauce y no de otro más libre y público. El principio de concurrencia, entendido como libertad de concurrencia, tiene como finalidad preservar los intereses económicos de la Administración, pues fomenta la máxima participación y competencia con efectos favorables en la formación del precio del contrato, evitando distorsiones y garantizando el libre acceso de todo empresario o profesional a la contratación en igualdad de condiciones y en competencia con los demás, evitando así situaciones de discriminación prohibidas en el art. 14 de la Constitución Española. Su

Código Seguro de verificación:P0m2P0DUb1TNAVcRyTcyXw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	21/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0m2P0DUb1TNAVcRyTcyXw==		

P0m2P0DUb1TNAVcRyTcyXw==

fundamento, además de en los preceptos anteriormente citados, se encuentra en el art. 103.1 de la Constitución que sanciona los principios de objetividad y eficacia en el quehacer administrativo. Añadir también que la libre concurrencia está estrechamente vinculada con el principio de publicidad, ya que ésta es un instrumento formal que garantiza la existencia de concurrencia: sin difusión pública será muy difícil o casi imposible que los empresarios interesados en una determinada contratación puedan concurrir a la misma.

En el acto del juicio oral ya hemos dicho que quedó claro que, en principio, la decisión de recuperar los huertos de ocio respondió a una decisión lógica y razonable, dado que había un futuro urbanistico en la zona muy importante y el valor de los terrenos era alto, y además era evidente que esa zona estaba revitalizando fuertemente. Pero el proceso de permuta no tenía justificación alguna y se realizó para poder beneficiar a la entidad Xera, adquiriendo el Ayuntamiento un bien que no le era necesario ni útil. De la valoración de la prueba puede concluirse que los acusados no se movieron sino con la intención de beneficiar a Xera, y causaron un perjuicio al Ayuntamiento, ya que además permutaron la totalidad de la finca de propiedad municipal, cuando solo estaban autorizados a permutar una parte de la misma.

Puede concluirse pues, que en el proceso de enajenación del inmueble no se respetó el principio de publicidad y por tanto, con la permuta no se propició la concurrencia de personas o entidades mercantiles con interés en la adquisición de la finca que pudiere garantizar la venta de la misma al mejor precio y en las mejores condiciones. A juicio del Tribunal, los acusados actuaron de esta forma porque ello les permitía el control y pleno dominio sobre el proceso de permuta, para así poder asegurar que la finca iba para Xera y con beneficio evidente en la permuta, por lo que no se dio satisfacción al interés público, sino al interés económico de la persona jurídica elegida como compradora

En definitiva, puede afirmarse que los acusados Pedro Pacheco y Luis Cruz, en sus respectivas declaraciones, no han aportado una explicación seria y convincente acerca de las razones de la permuta, de que esta se hiciera sin respetar la ley y que en definitiva se beneficiara sin motivo alguno a una entidad privada, perjudicando además al Ayuntamiento.

CUARTO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el art. 404 del C. Penal en concurso medial con un delito fraude a la Administración. La STS de 12-12-2001 señala que el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona, porque la prevaricación consiste en el abuso de la posición que el Derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales .

Con la tipificación de este delito se garantiza, como hemos dicho, el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad pero respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal, lo que implica que sólo habrá de tener entrada frente a ilegalidades severas y dolosas. 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

Código Seguro de verificación:P0m2P0DUbi7NAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	22/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0m2P0DUbi7NAVcRy7oyzw==		

P0m2P0DUbi7NAVcRy7oyzw==

supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria (Sentencia repetida de 5 marzo de 2003).

Los Tribunales han de actuar con la mayor cautela frente a lo que se ha denominado el fenómeno de la judicialización de la vida pública. No en vano, el respeto del principio de legalidad, que debe regir toda la acción administrativa se garantiza principalmente a través de otras ramas del ordenamiento jurídico distintas de la penal, especialmente la administrativa, por cuanto la penal debe reservarse únicamente para los ataques más graves contra la función pública.

Según reiterada jurisprudencia; el delito de prevaricación exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) El «bien jurídico» protegido, recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la constitución, obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho Texto Fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo el mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación y administrativa y de ésta a los fines que la justifican.

Con la tipificación de este delito se garantiza, como hemos dicho, el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad pero respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal, lo que implica que sólo habrá de tener entrada frente a ilegalidades severas, y dolosas. 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 (Sentencia repetida de 5 marzo de 2003).

b) Al tratarse de un delito especial propio, los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de funcionario público ampliada en el supuesto a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular, art. 24 del Código Penal .

c) A dicha cualidad de funcionario público se sobreañade la exigencia de tener el mismo facultades decisorias.

d) La infracción puede cometerse tanto mediante una actuación positiva, como omisiva.

e) En cuanto a la resolución viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general.

f) Respecto a la «injusticia» de la resolución puede entenderse referido dicho requisito a la falta absoluta de competencia jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial, entendiéndose cumplido este supuesto cuando existe una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico o la resolución que se dicte en un procedimiento administrativo lo sea sin cumplir lo que legalmente está preceptuado con carácter esencial, de manera que se objetiva en el Código Penal de 1995 con su arbitrariedad, en correspondencia con la Constitución española que en el art. 9,3 garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos,

g) La resolución ha de dictarse por el funcionario «a sabiendas» de su injusticia, lo que ha de entenderse como conciencia y voluntad del acto, esto es con intención deliberada y plena

Código Seguro de verificación:POm2P0DUbiTNAVcRy7oyZw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	23/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es POm2P0DUbiTNAVcRy7oyZw==		

POm2P0DUbiTNAVcRy7oyZw==

conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS de 16 mayo de 2003).

Entrando a analizar la concurrencia de los requisitos exigidos para apreciar la comisión del delito, primer lugar, en relación al sujeto activo del delito, en el presento proceso aparecen como acusados por el delito de prevaricación, en concepto de autores, Pedro Pacheco Herrera y Luis Cruz; el primero en su condición de Presidente primero y después de Vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo, pero con funciones delegadas casi absolutas, y el segundo en su condición de Gerente de la Gerencia Municipal de Urbanismo

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 11 de marzo de 2015 estableció, en relación al concepto de funcionario o autoridad a efectos penales, la siguiente doctrina: "En la STS 1.590/2003, de 22 de abril de 2004 (caso Intelhorce), dictada con la misma ponencia que la actual, se realiza un análisis de la condición de funcionario público, a efectos penales, enfocado precisamente a los dirigentes de empresas de capital público, que resulta procedente recordar:

"Tal y como ha declarado esta Sala, el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP (con anterioridad art. 119 CP 1973), conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001).

Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto.

Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político- criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo".

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003).

Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de

Código Seguro de verificación: F0n2P0DUb1TNAVcRy7oyZw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	24/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es F0n2P0DUb1TNAVcRy7oyZw==		

F0n2P0DUb1TNAVcRy7oyZw==

octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003).

Aplicando la anterior doctrina al caso enjuiciado, puede afirmarse que concurren los dos elementos necesarios para la aplicación de la condición de funcionario o autoridad a efectos penales: el título y la función. Ambos acusados ostentaban cargos, en los que tanto las funciones desarrolladas como el nombramiento de los mismos, tienen manifiesta naturaleza pública. Puede concluirse que, a efectos penales, los acusados Pedro Pacheco y Luis Cruz tenían la condición de funcionario público.

En segundo lugar, pasando a analizar el requisito de la actividad que consiste en dictar resolución arbitraria en asunto administrativo, la STS de 11 de marzo de 2015 tiene establecido lo siguiente:

"En la doctrina de esta Sala se ha admitido la posibilidad de incurrir en prevaricación en supuestos de contratación de empresas públicas.

Así en la STS 429/12 de 21 de Mayo, se establece que: "1. Como recuerda la STS núm. 627/2006, citando la STS de 22 de septiembre de 1993, "...por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en numerosas resoluciones, entre ellas, STS núm. 460/2002; STS núm.647/2002 y STS núm. 406/2004. La STS núm. 48/2011 cita la núm. 939/2003, en la que se decía: Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es «tomar determinación fija y decisiva». Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutivo es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el«thema decidendi». Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como «actos de trámite», lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Así es, desde luego, la legalidad administrativa vigente en el momento de ocurrir los hechos. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) impone a la Administración la obligación de «dictar resolución expresa en todos los procedimientos» (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que «a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes». Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de «la resolución» como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al «contenido» de las resoluciones administrativas, dice que la resolución «decidirá todas las cuestiones planteadas» y que la decisión «será motivada». A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal «resolución» del art. 404 Código Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de «autoridad[es] o funcionario[s] público [s]», que son las

Código Seguro de verificación:P0m2P0DUbiTNAVcRy7oyzW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 18/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 18/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	25/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0m2P0DUbiTNAVcRy7oyzW==		

P0m2P0DUbiTNAVcRy7oyzW==

categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito - especial propio- de que se trata.

Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de«arbitraria», para que pueda considerarse típica, haya sido dictada «a sabiendas de su injusticia». De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material. Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de obligada referencia, como son las de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995, de las que resulta que a los efectos del actual art. 404 Código Penal «resolución» es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Y también el de la Sentencia núm. 38/1998, de 23 de enero, (...) que reserva ese concepto para el «acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados», considerando al respecto que «lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración»...

"De otro lado, al tratarse de una empresa pública, que se constituye con una finalidad pública, sometidas las retribuciones y percepciones económicas de sus directivos y demás empleados a las normas aprobadas por la autoridad pública, especialmente con las limitaciones contenidas en las leyes de presupuestos que se mencionan en la sentencia, la materia debe ser considerada como un asunto administrativo y no privado, civil o mercantil que pudiera depender solo de los acuerdos de los directivos con quienes regían el funcionamiento de la empresa, que no se aprobaban por la Junta General de accionistas, sino por las autoridades públicas competentes, y que no encontraban limitaciones en las decisiones empresariales sino en las normas administrativas aplicables. Y ello aunque la empresa revistiera una forma societaria e interviniera en el comercio a través de la misma"...

En consecuencia, la razón de su existencia es el cumplimiento de una función pública, mediante la asignación de recursos públicos al cumplimiento de aquella, por lo que la forma en la que tales recursos se administren y gestionen no puede separarse de la misma, la cual no puede ser valorada, en consecuencia, como un asunto meramente privado sujeto solo a los intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa, aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho privado.

El Tribunal Supremo ya contempló en otras ocasiones supuestos similares, señalando en la STS núm. 878/2002, de 17 mayo, que "...en el caso actual la resolución arbitraria adoptada en asunto administrativo no se integra exclusivamente por la firma del contrato laboral sino por el acto complejo de contratar a un trabajador escogido caprichosamente, ya que la firma del contrato no es más que la materialización del Decreto de la Alcaldía por el que previamente se había acordado dicha contratación ".

En definitiva, con carácter previo al contrato existía una verdadera resolución administrativa. Añadiendo poco después que "como se ha señalado, la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en contratar caprichosamente, en la que el Decreto de la Alcaldía constituye el soporte administrativo previo y la firma del contrato es la materialización o ejecución de lo acordado".

En la reciente STS 600/2014 del 3 de septiembre, se califica de prevaricación una contratación irregular realizada por una empresa municipal, cuyo capital estaba íntegramente desembolsado por el Ayuntamiento, razonando que "La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta en el primer caso, con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y con el contrato laboral en el tercero. Hay que recordar que por resolución

Código Seguro de verificación:P0n2P0DUb1TNAVcRyToyZw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	26/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0n2P0DUb1TNAVcRyToyZw==		

P0n2P0DUb1TNAVcRyToyZw==

administrativa debe de entenderse cualquier resolución -escrita o no- que tenga carácter decisorio. En definitiva debe de tratarse de un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general (STS 627/2006). Tal acto administrativo no está sujeto a un rígido esquema formal "....admitiendo la existencia de actos verbales....". (STS de 8 de Junio 2012)" .

Esta sentencia es posterior a la dictada en el caso Bitel (STS166/2014, de 28 de febrero), en la que se produce un quiebro aislado en nuestra jurisprudencia consolidada al excluir la prevaricación en un supuesto de arbitrariedad en la contratación de una empresa pública, pese a reconocer la condición de funcionario, a efectos penales, del acusado y la naturaleza pública de los caudales dispuestos, lo que determina la confirmación de los delitos de cohecho, fraude y malversación de caudales públicos, pero no la del delito de prevaricación."

Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen a estos mismos efectos la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación.

El delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir a resoluciones en el sentido de actos decisorio adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo....

La condición arbitraria de la resolución es un aliud cualitativamente diferente de la mera ilegalidad que puede ser revisada via recurso contencioso administrativo. La contradicción patente y clamorosa con el derecho puede manifestarse según reiterada jurisprudencia, a) bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, b) bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, c) bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente y d) suponga una grave desviación de poder, (STS 727/2000).

En definitiva, se está ante una decisión prevaricadora cuando se está ante un ejercicio arbitrario del poder; arbitrariedad que es la misma negación del derecho y que está expresamente prohibida en el art. 9-3º de la Constitución.

El delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el art. 9-1º de la Constitución Española que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho.

Por ello, como se recuerda en la STS de 5 de Abril de 2000 , "...se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una

Código Seguro de verificación:FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmaw2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	27/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==		

FOm2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==

aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular....".

Como se señala en la STS. 600/2014 del 3 de septiembre, entre otras, ny como antes hemos dicho, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios STS 259/2015, de 30 de abril).

La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre , aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

El elemento subjetivo del tipo, "a sabiendas de la injusticia" no exige que la persona concernida reconozca la ilegalidad, lo que supondría entronizar a la conciencia de la autoridad como conciencia de la Ley, sino que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable en la interpretación de la Ley."

En el presente caso, ha quedado probado que los acusados Pedro Pacheco Herrera y Luis Cruz de Sola en el proceso de permuta de la finca denominada "Huerta San Álvaro" no cumplieron los principios de publicidad y concurrencia, pues como ya hemos razonado no justificaron las razones de un proceso, legal pero que exige unos requisitos, como el de la permuta. En definitiva, no se fijó la necesidad del procedimiento de permuta, se hizo a cambio de un edificio sin interés alguno para el Ayuntamiento, y con ello se evitó dar publicidad por medios adecuados, lo que hubiera asegurado la difusión y el conocimiento a los inversores y empresarios interesados, propiciando la libre concurrencia y asegurando la pluralidad de ofertas para, de entre ellas, escoger la más ventajosa y beneficiosa para el interés público. Ello se evitó claramente con el proceso de permuta, que además se hizo de manera manifiestamente irregular, ya que no se hicieron las valoraciones previas pertinentes, no se justificó tampoco la necesidad del edificio que se permutaba, y al final se permutó lo que los acusados quisieron, saltándose el acuerdo inicial del Consejo, beneficiando claramente a la entidad Xera, con el consiguiente perjuicio para el Ayuntamiento.

Junto a ello, destacar las palmarias irregularidades cometidas en la valoración del bien inmueble. Con independencia de que la valoración realizada en su día no se ha acreditado que fuera palmariamente deficitaria, en base a las dudas que surgen en la sala ante las dos periciales presentadas, nada se les indicó a los técnicos acerca de su destino final y a que iban a ser objeto de permuta, siendo así que ello no fue además óbice para que se permutara un bien por otro sin complemento metálico alguno, cuando dichas valoraciones ya tenían una clara diferencia de valor a favor de la finca municipal. Se puede afirmar que los acusados Pedro Pacheco y Luis Cruz no respetaron los principios de publicidad y concurrencia que

Código Seguro de verificación:FOn2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	28/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOn2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==		

FOn2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==

rigen la contratación pública, crearon ilícitamente un proceso de permuta, sin justificación alguna, y ello propició además que pudieran cambiar una finca por un edificio sin complemento metálico y en perjuicio del Ayuntamiento. Por tanto es claro que la decisión de permutar el inmueble de Xera por la finca municipal, fue una decisión arbitraria, que puede calificarse jurídicamente de prevaricadora.

Estamos ante un delito de prevaricación no ante un delito continuado como ha calificado el Ministerio Fiscal, dado que la arbitrariedad viene dada por el hecho de que la decisión ha sido adoptada con total incumplimiento de las exigencias legales, con inobservancia de los principios de publicidad y concurrencia que rigen en la contratación de sociedad mercantiles de capital público.

Dice la STS de fecha 24 de noviembre de 2015:

"Conviene resaltar, como se ha hecho en otras sentencias de esta Sala, 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 la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. 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 (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la alusión 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 (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras)."

Y en el caso actual es lo que sucedió, pues con el incumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia y con las irregularidades manifiestas cometidas en el proceso de permuta, se ocasionó un resultado materialmente injusto.

En el presente caso, la decisión de permutar la finca municipal con el inmueble de Xera, constituyó una resolución adoptada con el único sustento de la exclusiva voluntad de los acusados, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional. Esta actuación fue llevada a cabo con una clara intención o finalidad, cual fue defraudar a la Administración y favorecer a terceros. Se creó un proceso, el de permuta, que facilitó el designio de los acusados, ya que sabían que sin tener justificación alguna, nadie les iba a poner reparo alguno, y menos el Consejo, siendo consciente ambos de la manera tan particular con la que este funcionaba. Junto a ello, debe añadirse que se presentó ante el Consejo de la GMU una propuesta de permuta en la que se decía que el edifico erá necesario para el Ayuntamiento, sin garantizar que el inmueble fuera a ser destinado a un fin concreto y determinado, y menos a ser utilizado en algún momento.

Código Seguro de verificación:FOn2P0DUb1TNAVcRy7oyZW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

		FECHA	19/07/2018
FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32		
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	29/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOn2P0DUb1TNAVcRy7oyZW==		

FOn2P0DUb1TNAVcRy7oyZW==

La decisión adoptada de permutar con Xera es el vehículo para defraudar al Ayuntamiento. Por ello, el Tribunal considera que los hechos declarados probados también son constitutivos de un delito de fraude a la Administración previsto y penado en el art. 436 del C. Penal., según redacción vigente en la fecha de los hechos.

Aparece como sujeto activo una autoridad o funcionario público. Los dos se refieren a una conducta defraudatoria de carácter patrimonial, si bien el delito se consuma con el mero concierto con la finalidad de defraudar. No es preciso que se consume el fraude. La bilateralidad es condición del art. 436 que exige un funcionario público y un interesado. Solo así se podrá hablar de "concierto" que es vocablo que implica aunar voluntades distintas. Es un delito por definición plurisubjetivo. El art. 436 CP describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios. No necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Basta la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo. La conducta desleal del funcionario se orienta tanto hacia la producción de menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos públicos-infringiendo el deber de funcionamiento conforme al principio de economía y eficiencia en los procesos de gasto público-, como en la causación de un perjuicio patrimonial al ente público, sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de la efectiva lesión o puesta en peligro concreto del patrimonio público. En realidad, el legislador tipifica un acto preparatorio de conspiración cualificado por el propósito de defraudar a un ente público. En cuanto al elemento subjetivo, estamos ante un delito de comisión dolosa, sin que queda la modalidad imprudente, incompatible estructuralmente con un comportamiento defraudador. No se exige el ánimo de lucro propio o ajeno por parte del funcionario público que comete a título de autor este delito.

El bien jurídico protegido lo constituye los deberes de transparencia y objetividad que debe regir la gestión del patrimonio público, el lícito desempeño de la función pública como el propio patrimonio público frente al riesgo que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar para el mismo. Estamos ante una figura especial de conducta defraudadora del patrimonio público configurada como tipo de delito abstracto, porque la actividad y el resultado se producen simultáneamente.

En el presente caso, los acusados Pedro Pacheco y Luis Cruz se concertaron para defraudar a la Administración en beneficio de Xera. La decisión de tramitar el proceso de permuta del bien inmueble sin publicidad ni concurrencia y con evidentes irregularidades y sin justificación alguna, se adoptó con la finalidad de defraudar el interés del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. No obstante, ya hemos dicho que se produjo un perjuicio en contra del Ayuntamiento, por la suma de 126.026,47 euros, que es la diferencia de valor entre ambas fincas y cuyo complemento en metálico no se ha justificado ni se ha dado explicación alguna ni por el Sr. Pacheco ni por el Sr. Cruz. Tiene duda la sala sobre las valoraciones realizadas, y las dudas operan siempre en beneficio del reo. La valoración del técnico municipal, hecha desde luego a destiempo, fue realizada por este teniendo en cuenta las valoraciones que de manera oficiosa constaban en los archivos de su oficina y que tuvieron en cuenta transacciones realizadas en dicha época en la zona. Es cierto que adolece de defectos, pero también adolecen las periciales practicadas, sin que podamos decir que sea mas creible una u otra. A juicio de la sala las periciales tiene el defecto de no conseguir trasplantarse de manera correcta y real al tiempo en que se hizo la puesta en duda, usando argumentos e indices que difícilmente pudo tener en cuenta el técnico municipal. El que la valoración que hace este

Código Seguro de verificación:FOm2PODUbiTNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	30/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FOm2PODUbiTNAVcRy7oyzw==		

FOm2PODUbiTNAVcRy7oyzw==

coincida con la del expediente, cuando tuvo que ser anterior, se explicó por dicho técnico por ser una valoración que ya constaba en los archivos y que él tuvo en cuenta, argumento que no despeja las sospechas, pero sin que estas se conviertan en indicio alguno de criminalidad ante las dudas de esta Sala sobre la corrección o no de la misma. Por ello, entiende la Sala que el delito se convierte en el de estafa, que absorbe ademas al del fraude, por lo que no puede ser condenados por ambos delitos. Por ello, el concurso se prdocue entre el dleito de prevaricación y el delito de estafa.

QUINTO.- De los delitos de prevaricación y estafa son responsables en concepto de autores los acusados Pedro Pacheco Herrera y Luis Cruz de Sola, por su participación directa en los hechos, art. 28.1 del C. Penal.

El Tribunal reputa a ambos acusados autores del delito de prevaricación, aún cuando la decisión prevaricadora se adoptara por acuerdo de los miembros del Consejo de Administración. Ambos participaron en el proceso previo a la presentación del acuerdo ante el Consejo de la GMU. y eran conscientes de las ilegalidades y arbitrariedades cometidas. El acusado Pedro Pacheco controló en todo momento el proceso, como vicepresidente que era pero con pleno dominio, de facto y jurídico al haber existido delegación por parte de la alcaldesa. Los otros miembros del Consejo de Administración no participaron en ese proceso previo, no podían conocer minuciosamente el desarrollo del mismo y simplemente confiaron, engañados por los acusados, en que la propuesta de acuerdo que les fue presentada por vicepresidente y gerente de la Gerencia Municipal de Urbanismo había sido elaborada en el seno de una tramitación regular y que era la más ventajosa desde el punto de vista económico para el interés público. Luis Cruz ha alegado de manera continua que él no tenía nada que ver, pero sus funciones van en contra de sus argumentos, y además si era, como manifestó, quien controlaba la gestión económica de la Gerencia, es evidente que tuvo que saber y controlar la permuta, por lo que tuvo que conocer que era irregular y nada hizo al respecto, incumpliendo sus funciones y permitiendo el daño a la Administración.

Hay diferencia en el bien jurídico detectable en ambos tipos. En la estafa predomina el bien jurídico patrimonio de la administración, se lesionan los intereses económicos de la Administración. En el delito del art. 436 predomina sin embargo como bien jurídico la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos. Por eso no se exige el efectivo perjuicio. Si éste se produce entrará en juego el otro bien jurídico lesionado: el del delito de estafa. El delito de fraude a la Administración no abarca el total del valor de la conducta consistente tanto en el artificio o concierto con terceros (se lesionan los principios de objetividad y transparencia) como en el efectivo perjuicio del patrimonio público, pues no contempla el efectivo perjuicio patrimonial exigido por la estafa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado como elementos constitutivos del delito previsto en el art. 248.1º del Código Penal:

a) un engaño precedente o concurrente y bastante para producir error esencial en el sujeto pasivo.

b) que ese error sea determinante de una transmisión patrimonial por el sujeto pasivo.

c) que esa transmisión genere un daño patrimonial al sujeto pasivo o a un tercero.

d) dolo y ánimo de lucro en el sujeto activo -por todas, con cita de doctrina legal, la STS de 3 de Mayo de 2007.

El delito de estafa exige una acción engañosa precedente o concurrente, que viene a ser su "ratio essendi", realizada por el sujeto activo con el fin de enriquecerse él mismo o un tercero (ánimo de lucro); que la acción sea adecuada, eficaz y suficiente para provocar un

Código Seguro de verificación:FGm2P0DUbiTNAVcRyToyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	31/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es FGm2P0DUbiTNAVcRyToyzw==		

FGm2P0DUbiTNAVcRyToyzw==

error esencial en el sujeto pasivo; que en virtud del error este sujeto pasivo realice un acto de disposición o desplazamiento patrimonial que cause un perjuicio a él mismo o a un tercero; y que por consiguiente exista relación de causalidad entre el engaño de una parte y el acto dispositivo y perjuicio de otra.

La conducta engañosa es, por tanto, el elemento más característico y esencial en la estafa y la jurisprudencia de la Sala 2ª del T.S ha definido sus requisitos :

1º) Un engaño precedente o concurrente.

2º) Dicho engaño ha de ser "bastante", es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad. La jurisprudencia de la Sala 2º del TS afirma que la suficiencia del engaño debe valorarse siempre atendiendo a las condiciones y situación del sujeto pasivo y del tipo de actuación de que se trata. Por ejemplo la STS de 22-5-2.007 afirma que la ley requiere que el engaño sea "bastante" y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que aconteció la conducta objeto de examen y considerando la personalidad del que se dice engañado. Así, pues, se trata de un juicio no de eficacia ex post, que sería empírico o de efectividad, sino - normativo- abstracto y ex ante, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de la reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial, en términos de experiencia corriente, como instrumento defraudatorio frente al afectado.

En el caso enjuiciado, el Tribunal considera probado que los miembros del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo fueron engañados, dado que se les presentó la propuesta de permuta como si en las gestiones previas para llevar a cabo dicha operación se hubiera dado cumplimiento a las exigencias del proceso de permuta y presentando las operación que iba a reportar un beneficio económico, dado que se permutaba por un edificio con respecto al cual se hacía ver que el Municipio tenía mucho interés al propiciar un desarrollo de la zona oeste y poder establecer en él oficinas municipales. Al mismo tiempo se establecía que la permuta era solo por una parte de la finca municipal, cuando después se hizo por toda ella, sin dar explicación alguna sobre ello. Los miembros del Consejo no conocían los pormenores de dicha operación, ni la forma y medios utilizados para dar cumplimiento a los principios que debían regir la operación, confiaron en la bondad de la propuesta que les fue presentada, siendo inducidos a error en el sentido de autorizar el acto de disposición patrimonial en favor de Xera

A juicio del Tribunal, el problema se plantea en relación al último requisito relativo a la causación de un perjuicio patrimonial al Ayuntamiento de Jerez. El Ministerio Fiscal ha presentado como prueba de cargo en orden a probar dicho perjuicio un informe pericial. A juicio del Tribunal dicho informe adolece de rigor técnico, y no porque utilice el método residual estático, ya que en la fecha con respecto a la cual se debia hace el informe el método residual dinámico no estaba aún en vigor, sino pro el hecho de que tiene en cuenta circunstancias que en aquella época no podía tener en cuenta como fue el desarrollo urbanistico posterior. Por otro lado, entiende que no debe estar al valor de transacciones ya realizadas en dicha zona, por que dice que no se fiaba de las escrituras publicas al considerar que estas no suelen reflejar el auténtico valor de mercado, apreciación subjetiva esta que no puede ser aplicada como máxima de rigor cientifico y que hace que su valoración no sea técnicamente perfecta. Por otro lado, reconociendo que unidades de aprovechamiento no equivale a metros cuadrados, a pesar de lo cual lo iguala en su informe, sin saber decir que artículo de la ley le permite hacer tal cosa. Y no es que dicho informe no haya sido realizado con la profesionalidad y los medios que el perito tenía, perito que a juicio de la Sala ha

Código Seguro de verificación: POm2P0DUbiTNAVcRyTcyZMw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:06:54	PÁGINA	32/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es POm2P0DUbiTNAVcRyTcyZMw==		

POm2P0DUbiTNAVcRyTcyZMw==

hecho una labor honrada y objetiva, lo cual no quita que adolezca de defectos, al igual que lo tiene el informe pericial aportado por la defensa del Sr. Cruz, que crea dudas en esta Sala acerca de la real valoración de la finca de los huertos de ocio, o al menos dudas que no fuera la que se recoge en el expediente de permuta. A la luz de los informes periciales practicados no puede considerarse acreditada la causación de un perjuicio patrimonial al Ayuntamiento en cuanto a la distinta valoración de la finca municipal.. Correspondía a la acusación acreditar este extremo, como requisito imprescindible para subsumir los hechos en el delito de estafa, considerando el Tribunal que las pruebas de cargo practicadas no han servido para formar en el mismo la convicción necesaria sobre la causación del daño patrimonial en cuanto a la valoracion que tiene en cuenta la acusación. Como ya hemos dicho, sí que ha existido perjuicio en cuanto a que no se ha acreditado que la diferencia de valor entre ambas fincas haya sido compensada en modo alguno por la entidad Xera.

En tiende la acusación que concurre la estafa agravada de que revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

Esta circunstancia estaba contemplada en el CP vigente a la fecha de los hechos anterior a la reforma del CP por L.O. 5/2010, de 22 de junio en el nº 6º para describir que el delito de estafa venía agravada la pena cuando el delito revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia

En la actualidad, la agravación de que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas, no estaba contemplada al momento de los hechos, por lo que la que se refería en el nº 6 recogía tanto la gravedad del delito (incluyendo la cuantía defraudada) y la situación provocada por la estafa. El acuerdo no jurisdiccional de la sala 2ª del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 1.991, consideraba agravante especifica simple la estafa a partir de dos millones de las antiguas pesetas y la muy cualificada a partir de seis millones de pesetas, esto es 36.060,73 euros. La sentencia 188/2002, de 8 de febrero fijó el límite cuantitativo para calificar el delito de especial gravedad en seis millones de las antiguas pesetas, lo que se sigue en las sentencias 356/2005, de 21 de marzo; 1155/2004, de13 de octubre, 1085/2004, de 4 de octubre, entre otras muchas. Mantiene su aplicación al caso la STS 2ª - 14/07/2011 - 2725/2010 - 787/2011, al seguir superándose tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio , la cifra de la especial gravedad fijada como criterio cuantitativo por la jurisprudencia, que el Legislador ha concretado en 50.000 euros en el artículo 250.1.5º CP., elevándolo respecto del «quantum» señalado hasta el momento por vía jurisprudencial.

Por consiguiente, resultando las cantidades detraídas con ánimo de lucro por el demandado en su administración desleal notablemente superiores a los cincuenta mil euros, pues incluso rebasa la cifra de cien mil euros, es plenamente aplicable el tipo agravado estudiado.

De quienes no se ha demostrado culpa alguna en los hechos, es en los acusados solo por la acusación particular, Fernando Jesús Nuñez y Juan Oscar Real, autores de informes jurídicos que se han expuesto en el apartado de hechos probados, que ningún reproche criminal pueden tener, sin que se haya acreditado que estuvieran comprados, influidos o concertados con los otros dos acusados. No hay indicio alguno de su participación mas que la existencia de los mencionados informes, que ninguna relevancia penal tienen.

Código Seguro de verificación:P0m2P0DUbi1TNAVcRyToyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	33/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0m2P0DUbi1TNAVcRyToyzw==		

P0m2P0DUbi1TNAVcRyToyzw==

SEXTO.- La acusación particular en su escrito de acusación, ha acusado a todos los acusados de la comisión de un delito de falsedad continuada en documento oficial cometido por particular previsto en los arts. 392 en relación con el 390.1.2º y 4º del C. Penal.
Con carácter general, STS núm. 309/2012, de 12 de abril y 331/2013, de 25 de abril, entre otras) el delito de falsedad documental consiste en la plasmación gráfica de una mutación de la realidad que se apoya en una alteración objetiva de la verdad, de manera que será falso el documento que exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constatados.
Y también se ha establecido (STS 331/2013, de 25 de abril), contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo , y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24 de septiembre; núm. 845/2007, de 31 de octubre ; y 165/2010, de 18 de febrero, entre otras).
La doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo ha optado en la aplicación del art 390.1.2º CP 95 (simular un documento, en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por una interpretación lata del concepto de autenticidad, conforme con su significado literal, incluyendo en dicha modalidad falsaria, tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva) . Con la falsedad del documento se ataca la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos que obran en una dependencia administrativa en el seno de cualquier expediente o proceso, cuestionando la esencia misma del buen funcionamiento de la Administración, se burla la última garantía de los ciudadanos en el funcionamiento fiable de los servicios públicos. La acusación particular no define cual sea el documento en el que consta la falsedad.
Para el Tribunal, los documentos existentes en los expedientes tanto de recuperación de los huertos de ocio como de permuta, no son documentos falsos, en el sentido de incorporar una relación jurídica ficticia e irreal. De hecho, los documentos son los que han propiciado la condena por los otros delitos, por lo que difícilmente podemos entender que sean falsos. Se puede estar o no de acuerdo con ellos, pero en modo alguno podemos entender que penalmente tengan relevancia para tipficar un dleito de falsedad.
Los razonamientos expuestos llevan al Tribunal a dictar un pronunciamiento absolutorio para los acusados por el delito de falsedad objeto de acusación.

SÉPTIMO.- Concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. La reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, ha introducido como nueva atenuante en el art. 21.6, las dilaciones indebidas en unos términos que, como ha señalado la doctrina, coinciden sustancialmente con las pautas que venia aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas . Dispone el art. 21 6º que constituirá circunstancia atenuante: " *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa* ".

Código Seguro de verificación:POm2P0DUfb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	18/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	34/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es POm2P0DUfb1TNAVcRy7oyzw==		

POm2P0DUfb1TNAVcRy7oyzw==

Su aplicación exige, por tanto, cuatro requisitos : 1) que la dilación sea indebida, es decir injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa, requisito muy vinculado a que sea indebida.

Partiendo de las anteriores consideraciones esa dilación resulta de todo punto desproporcionada y patente. La mera existencia de la dilación y su origen exclusivo en el funcionamiento del sistema judicial, sin interferencia alguna de la actuación procesal del acusado, justifica la apreciación de la atenuante. No habiendo justificación alguna en el retraso que la causa sufrió en el juzgado de lo penal. De otro lado teniendo en cuenta la duración de la dilación y la ausencia de justificación alguna pues la tramitación de la causa aunque compleja, tan solo se ha visto un poco forzada por el hecho de que estuvo conociendo el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía al estar entonces imputada la Sra. García-Pelayo, es obligado tomar en consideración la atenuante de dilaciones indebidas , prevista en el artículo 21.6 CP como muy cualificada con imposición de la pena inferior en un grado, según autoriza el artículo 66.1 2ª del mismo texto legal, al no haber circunstancia tan extraordinarias que justifiquen una rebaja en dos grados, reservada a supuestos excepcionales. La causa fue instruida de manera continua opero con continuos parones de escasa trascendencia, pero que eran insjustificados y al final hacían que el tiempo transcurrido fuera largo. La causa puede ser considerada compleja, sobre todo por la existencia de muchos imputados inicialmente, si bien ello impide que sea considerada ajustada la rebaja en dos grados y solo admisible la rebaja en un grado. Es obvio que la consideración de la atenuación, como simple y cualificada, supone una especial intensidad del perjuicio causado con la dilación. En el caso de la cualificación, sus efectos en uno o dos grados de reducción exige, a su vez, una especial cualificación de la cualificación, para acordar la reducción en dos grados lo que comporta una especial gravedad de la dilación, de su condición de indebida y de los perjuicios causados al acusado. Y de esta manera, reiterada Jurisprudencia afirma la posibilidad de, dentro de la cualificación especial, estimar la rebaja en dos grados, atendiendo a la especial intensidad que la dilación hubiera supuesto, en relación con las concretas circunstancias del supuesto en el que hubiera de ser aplicada, no como un "aliud", sino como un "plus". No consideramos que proceda la rebaja en dos grados porque la posibilidad de rebajar la pena en dos grados debe quedar para los casos verdaderamente desproporcionados de dilación indebida. La compensación punitiva de rebajar en un grado satisface cumplidamente los perjuicios sufridos por tal demora y responde al principio de proporcionalidad entre la dilación y la compensación efectuada.

OCTAVO-. A los acusados, responsables criminalmente en concepto de autores de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de estafa, de conformidad a lo dispuesto en el art. 77 del C. Penal, se le puede imponer la pena en su mitad superior correspondiente a la infracción mas grave, siempre que no exceda de la suma de las penas que correspondan separadamente a cada delito, pues en tal caso, será procedente castigar cada delito por separado.

Consideramos mas beneficioso para los acusados penar por separado cada delito. Corresponde imponer la pena de tres años y seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el delito de prevaricación, al estar al mínimo una ver rebajado un grado. La horquilla de la pena esta entre siete a diez años, rebajando un grado, el mínimo es el de tres años y seis meses. En el delito de estafa, siendo la agravada de 1 a 6 años, debiendo estar a la mitad superior, entre tres años y seis meses y seis años, y rebajando un

Código Seguro de verificación:P0m2P0DUb1TNAVcRy7oyzW==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

		FECHA	19/07/2018
FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32		
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	35/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0m2P0DUb1TNAVcRy7oyzW==		

P0m2P0DUb1TNAVcRy7oyzW==

grado, la pena mínima será de un año y nueve meses. Con la misma operación, la pena será de cinco meses de multa, con cuota diaria de veinticinco euros. Aplicamos una cuota diaria de 25 euros, habida cuenta que los penados tienen capacidad económica suficiente para abonarla, conclusión que extraemos de la dilatada trayectoria en la Administración Pública, uno como Alcalde del Ayuntamiento de la ciudad o bien como teniente de Alcalde de la misma, y otro como alto funcionario de dicho Ayuntamiento. En total la multa supone la suma de 3.750 La pena de multa deberá ser abonada por cada penado en el plazo de un año. Teniendo en cuenta que estamos ante una estafa agravada, la pena seria de uno a seis años; como hay que estar a la mitad superior, al pena estaría entre tres años y seis meses a seis años. Al rebajar un grado por las dilaciones indebidas, la pena a imponer sería de un año y nueve meses de prisión. Y a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por le tiempo de un año.

NOVENO.- Conforme a lo establecido en el artículo 109 del Código Penal, la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios causados. El Código Penal dispone en su artículo 116.1 CP que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños y perjuicios. En el presente caso, los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en la suma de 129.026,47 euros, mas los intereses legales que se devengan a partir d ella fecha de esta resolución.

VIGÉSIMO- De conformidad con lo establecido en los artículos 239 y 240 de la L.E.Cr . en los autos y sentencias que pongan termino a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de costas procesales, y en atención al artículo 123 del Código Penal , las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Por ello, con respecto a los dos acusados absueltos se declaran las costas de oficio, la entender que no ha existido ni temeridad ni mala en fe en la acusación particular. Como quiera que el Ministerio Fiscal acusaba por tres delitos con respecto al expediente de permuta, y solo han sido condenados por dos, y con respecto a dicho expediente la acusación particular acusaba por un delito mas, del que han sido absueltos. Por el expediente de recuperación de los huertos, se les acusaba por tres delitos, de los que han sido absueltos. Por ello, cada uno abonará dos séptimas partes de las costas procesales, incluyendo dos séptimas partes de las costas de la acusación particular.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados **Pedro Pacheco Herrera** y **Luis Cruz de Sola**, como autores criminalmente responsables de los delitos de prevaricación en concurso medial con el delito de estafa, ya definidos, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de atenuante de dilaciones indebidas, a las penas a cada uno de ellos de:

A) TRES AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el delito de prevaricación;

B) UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante un año, y CINCO MESES DE MULTA, con cuota diaria de veinticinco

Código Seguro de verificación:P0ni2P0DUbi1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	36/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es P0ni2P0DUbi1TNAVcRy7oyzw==		

P0ni2P0DUbi1TNAVcRy7oyzw==

euros, lo que hace un total de 3.750 euros, pagaderos en el plazo de un año desde que sean requeridos para ello, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, por el delito de estafa.

Cada condenado abonará dos séptimas partes de las costas procesales, incluyendo dos séptimas partes de las costas de la acusación particular.

Ambos condenados indemnizarán al Ayuntamiento de Jerez, conjunta y solidariamente, en la suma de **ciento veintinueve mil veintiséis euros con cuarenta y siete céntimos (129.026,47 €)**, mas los intereses legales de la misma devengados desde la fecha de esta resolución.

ABSOLVEMOS a los acusados **Pedro Pacheco Herrera** y **Luis Cruz de Sola** del delito de falsedad en documento oficial con respecto al expediente de permuta, y de los delitos de los que le acusaba la acusación particular con respecto al expediente de recuperación de los Huertos de Ocio.

ABSOLVEMOS los acusados **Juan Oscar Real Cambas** y **Fernando Jesús Núñez Gómez** de los delitos de los que venían siendo acusados por la acusación particular, declarando de oficio las costas causadas con respecto a dichos acusados.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, con la advertencia que contra la misma podrá interponerse por las causas legalmente previstas recurso de casación ante el Tribunal Supremo, para cuya preparación las partes tienen el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución. Llévese certificación de la presente a los autos principales y archívese el original.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado/a de la Administración de Justicia certifico.

Código Seguro de verificación: F0n2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	IGNACIO RODRIGUEZ BERMUDEZ DE CASTRO 18/07/2018 13:14:32	FECHA	19/07/2018
	MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CASTRILLON 19/07/2018 11:04:04		
	BLAS RAFAEL LOPE VEGA 19/07/2018 11:10:32		
	MARIA ROSA ALVAREZ GRACIA 19/07/2018 13:05:54	PÁGINA	37/37
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es F0n2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==		

F0n2P0DUb1TNAVcRy7oyzw==