

Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal) Sentencia num. 537/2002 de 5 abril

[RJ2002\4267](#)

H C ★★★★★

FALSEDADES: Falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación: faltar a la verdad en la narración de los hechos: inexistencia: cartas a auditores que certifican la existencia de una deuda: al término «certificar» empleado no debe dársele un sentido distinto al de «manifestar» o «hacer constar»: deuda que tiene origen en un contrato: resulta irrelevante que el contrato no estuviera registrado.**RECURSO DE CASACION:** Error de hecho en la apreciación de las pruebas: no puede utilizarse esta vía para hacer una subjetiva valoración del conjunto de la prueba; inexistencia: certificados que no acreditan el delito propugnado; documento que no acredita el delito propugnado; Por quebrantamiento de forma: falta de claridad en hechos probados: contenido; inexistencia: perfecta concreción de los hechos; contradicciones en hechos probados: inexistencia; predeterminación del fallo en hechos probados: requisitos; inexistencia: «órganos municipales competentes» y «requisitos ineludibles»: expresiones que no se recogen en la descripción de los tipos penales.**PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS:** Bien jurídico protegido; Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo: concepto de arbitrariedad; concepto de resolución; existencia: Alcalde que compromete fondos en publicidad en camisetas de jugadores de entidades deportivas: beneficios para el Club que preside: carencia de partidas presupuestarias: trascendencia social: adopción de decisiones sin observar ninguna de las prescripciones legales: no cabe ninguna interpretación razonable conforme a derecho; firma de contratos de patrocinación de club de fútbol evitando todos los controles administrativos y políticos: se aparta de la legalidad de una manera patente, notoria y manifiesta; Gerente de sociedad municipal que desarrolla las decisiones manifiestamente injustas del Alcalde; Dolo: existencia: persistente conducta del acusado que elude sistemáticamente el asesoramiento de los órganos técnicos municipales: ni desconocía ni podía desconocer que actuaba al margen de todo procedimiento legal; Cooperador: inexistencia: aunque es construible la tesis comisiva del particular que induce a un funcionario o que coopera necesariamente con él, para su sanción por prevaricación es preciso que aparezcan unas maniobras de persuasión suficientes; aunque la función del acusado en lo que se refiere al asesoramiento del Ayuntamiento fuera notable, no se ha acreditado ni se puede presumir en su contra su participación en la elaboración de los contratos y de los Decretos.**TRAFICO DE INFLUENCIAS:** Funcionario público o autoridad que influyere en otro prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo para conseguir una resolución que le pueda generar un beneficio económico: «influir» y «prevalerse»: conceptos; requisitos; existencia: Alcalde que influye en Teniente Alcalde para que firme en nombre del Ayuntamiento contratos de patrocinación del equipo de fútbol que preside.**DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL:** Inviolabilidad del domicilio: vulneración: inexistencia: motivación suficiente del Auto habilitante; entrada y registro de Ayuntamiento, sede social de mercantil pública del Ayuntamiento y de sede de club de fútbol: medida proporcionada.**DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL:** Vulneración: inexistencia: infracción de las normas internas de reparto: únicamente tienen relevancia si estamos ante un juez imparcial.**DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS:** Vulneración: inexistencia: apertura de pieza separada: razonable utilización de la facultad concedida en la ley.**DERECHO A UN PROCESO PUBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS:** Vulneración: inexistencia.**DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA:** Vulneración: inexistencia: la documentación siempre ha estado a disposición del perito propuesto por el recurrente, de la misma forma que para otros peritos.**DERECHO DE**

DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO: Vulneración: inexistencia: admisión a trámite de querrela sin dar traslado a los querrelados: existencia de un Auto declarando el secreto de sumario.PRUEBA: Diligencia de entrada y registro: Auto de entrada y registro: puede adoptarse, firmarse y ejecutarse en el mismo día en caso de urgencia.FUNCIONARIO PUBLICO: Concepto a efectos penales: diferencias con el concepto a efectos administrativos; Gerente de sociedad mercantil municipal.MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS: Bien jurídico protegido; modificaciones destacables en el CP/1995; Sustraer o consentir que otro sustraiga: concepto de «sustraer»; inexistencia: contrato de sponsorship entre Marbella y el Club Atlético de Madrid: prestaciones no satisfechas hasta años después: imputación a la partida genérica de otros gastos: cantidades satisfechas al Club con causa en los contratos: no existe prueba de que las cantidades estén fuera del mercado; Concejal que firma un Convenio para la adjudicación de bienes en pago de deuda: contrato condicionado a la aprobación por la Comisión de Gobierno: autorización al Alcalde para la adjudicación de los bienes; la inexistencia de malversación no excluye la posibilidad de exigir responsabilidades ante el Tribunal de Cuentas; Destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo: inexistencia: la publicidad que fomenta el turismo con el consiguiente beneficio para importantes sectores económicos de una ciudad cumple esa condición pública.PRESUNCION DE INOCENCIA: Mínima actividad probatoria: existencia de prueba.RESPONSABILIDAD CIVIL: Restitución: inexistencia: nulidad de contratos de publicidad y de diversos Decretos de Alcaldía: afectan a terceros que no han sido parte en el procedimiento.ACUSACION PARTICULAR: Diferencias con: acusación popular; Legitimación: carecen de ella los ciudadanos en los delitos contra la Administración de Justicia: la acción ejercitada es la acción popular.COSTAS PROCESALES: Acusación popular: excluidas.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 494/2001

Ponente: Excmo Sr. Enrique Abad Fernández

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 10-10-2000 condenó a don Jesús G. G., como autor de: un delito de prevaricación en concurso con un delito de tráfico de influencias, a la pena de tres meses de arresto mayor e inhabilitación especial para el cargo público de alcalde de Ayuntamiento u otro análogo y honores que lleve aparejados por tiempo de siete años y multa de 500.000 pesetas; un delito de prevaricación, a la pena de siete años de inhabilitación especial; un delito de prevaricación, a la pena de siete años de inhabilitación; un delito de prevaricación en concurso con un delito de tráfico de influencias, con el carácter de continuado, a la pena de tres meses de arresto mayor, inhabilitación especial por tiempo de siete años y multa de 500.000 pesetas.

Condenó a don Pedro R. Z., como autor de un delito de prevaricación, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para el cargo público de teniente alcalde el Ayuntamiento u otro análogo y honores que lleve aparejados.

Condenó a don Modesto P. C., como autor de un delito continuado de prevaricación, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para el cargo de gerente de sociedad municipal u otro análogo y honores que lleve aparejados.

Absolvió a don Jesús G. G., don Pedro R. Z, don Modesto P. C. de los delitos de falsedad, malversación de caudales públicos y fraude, de los que vienen siendo acusados.

Absolvió a don José Luis S. S., don Miguel Angel G. M, don Enrique C. T., don Rafael G. C., don Luis C. V., don José M^a D. B., don Julián Felipe M. P. y don José Ramón G. E. de los delitos por los que se les acusa.

Absolvió al «Atlético de Madrid, SAD» y al «Sevilla club de Fútbol, SAD» respecto de la petición de

responsabilidad civil subsidiaria formulada.

Contra la anterior Resolución recurrieron en casación los acusados condenados, el Ministerio Fiscal y la acusación popular.

El TS **declara no haber lugar** a los recursos.

En la Villa de Madrid, a cinco de abril de dos mil dos.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por el Ministerio Fiscal, por las representaciones de los acusados Pedro R. Z., Gregorio Jesús G. y G., Modesto P. C. C. y, por la representación de la Acción popular Isabel María G. M., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, que condenó a los acusados Pedro R. y Modesto P. por delito de prevaricación, y al acusado Gregorio Jesús G. y G. por delito de prevaricación en concurso con un delito de tráfico de influencias, siendo también parte como recurridos José Luis S. S., Miguel Angel G. M., Enrique C. T., Club Atlético de Madrid, SAD y Julián Felipe M. P., los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, estando representado el acusado Pedro R. Z. por el Procurador señor V. G., el acusado Gregorio Jesús G. y G. por la Procuradora señora D. E., el acusado Modesto P. C. C. por el Procurador señor P. R., la acción popular Isabel María G. M. por la Procuradora señora M. A., y los recurridos José Luis S. S. por el Procurador señor M. B., el recurrido Miguel Angel G. M. por el Procurador señor D. E., el recurrido Enrique C. T. por el Procurador señor D. E., el recurrido Club Atlético de Madrid, SAD, por el Procurador señor A. G., y el recurrido Julián Felipe M. P. por el Procurador señor P. R.

ANTECEDENTES

ANTECEDENTES DE HECHO

1

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción número 7 de los de Marbella, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 37/1999, contra los acusados recurrentes y otros y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Segunda) que, con fecha [diez de octubre de dos mil \(ARP 2000. 1938\)](#) , dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«Del conjunto de prueba practicada y obrante en autos, apreciada en conciencia, se establece como probado y así se declara lo siguiente:

I.–El acusado Jesús G. y G., mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo Presidente del Club de Fútbol Atlético de Madrid, que militaba en la Primera División Nacional, decidió concurrir a las elecciones Municipales de la ciudad Marbella, a celebrar en 1991, encabezando las listas del Grupo G. con la aspiración de convertirse en Alcalde de la dicha ciudad, decidiendo con anterioridad al evento electoral, que los jugadores de su Club lucieran en los encuentros deportivos en que participaban, el anagrama “Marbella” en la camiseta deportiva. Así lograba obtener una propaganda electoral de cara a los ciudadanos que iban a ser consultados, mas sin contar con autorización del Ayuntamiento de Marbella, ni consultarlo con sus Organos rectores. En junio de 1991, el acusado fue elegido Alcalde de Marbella.

El acusado Pedro R. Z., mayor de edad y sin antecedentes penales, concurrió a la convocatoria electoral mencionada en las listas del citado grupo y resultó elegido para el cargo de Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella, siendo licenciado en Derecho y Secretario de Ayuntamiento en situación administrativa de excedencia.

Ambos acusados, en su condición descrita de Alcalde y Primer Teniente de Alcalde, acordaron según idea del primero que en la temporada futbolística 1991-1992, lucirían los jugadores del Atlético de Madrid en sus enfrentamientos deportivos, el logotipo “Marbella” visible en sus camisetas,

“sponsorización” esta que sería retribuida con cargo a los fondos municipales y que se cifraba en 225 millones de pesetas. Esta situación de sponsorización se prolongó también a la temporada futbolística 1992-1993 en que los jugadores del Club Atlético de Madrid, que presidía G. y G., siendo titular de la gran mayoría del capital social, lucieron el logotipo “Marbella” de nuevo en sus camisetas deportivas en cuantos eventos de esta índole participaron, operación que igualmente habría de abonarse con cargo a los fondos del Ayuntamiento de Marbella, y por importe de 225 millones de pesetas. La decisión que tomaron los acusados, ideada por G. y G. y que se materializó del modo relatado tras persuadir a R. Z., se hizo sin consulta ni autorización alguna de los Organos Municipales competentes ni intervención del Secretario Municipal y sin cubrirse requisitos ineludibles. No hubo reflejo registral ni control fiscal de dichas operaciones. No se incoó expediente administrativo alguno ni había previa dotación de crédito. No tuvo conocimiento el Pleno Municipal y con fecha 26 de diciembre de 1995 (3-4 años después), el Interventor del Ayuntamiento no conocía que hubiese antecedentes municipales de tales operaciones, es decir contratos y Decretos de autorización del pago, razón por la que no existía dotación presupuestaria para los mismos.

Con fecha 15 de julio del 1993, el acusado Pedro R. Z. firmó un reconocimiento de deuda por las cantidades mencionadas, es decir por 450 millones de pesetas, como consecuencia de lo acordado, reconocimiento que repitió el 22 de agosto de 1994, invocándose la existencia de unos contratos de fechas 14 de julio de 1991 y 24 de julio de 1992 en los que pactaba la “sponsorización” relatada entre el acusado Pedro R. Z. por el Ayuntamiento de Marbella y de otro por el acusado Enrique C. T., mayor de edad y sin antecedentes penales, como vicepresidente del Atlético de Madrid. A dichos contratos se le correspondía con dos decretos de Alcaldía, firmados también por R. Z. como Alcalde en funciones, y que determinaban la obligación del Ayuntamiento de abonar el Servicio contratado y el carácter oneroso y no gratuito del mismo. En la elaboración de los dichos documentos (contratos y decretos) no se ha acreditado si intervino el acusado José Luis S. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, letrado del Atlético de Madrid, y del señor G., así como asesor del Ayuntamiento de Marbella, sin que haya podido determinarse que la fecha en que se confeccionaron y se firmaron, no sea la que figura al pie de los mismos.

Al hacerse con fecha 30 de junio de 1995 la “revisión de los estados financieros” del Club Atlético de Madrid, en el marco de la correspondiente auditoría, el acusado Miguel Angel G. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de Director General del Club citado, dirigió carta al Ayuntamiento de Marbella con fecha 4 de julio de 1995, interesando se reconociese la deuda por importe de 450 millones de pesetas. Con fecha 28 de junio de 1995, Pedro R. Z., siempre en funciones de alcalde, dictó providencia para que la Intervención Municipal informara de los créditos existentes a favor de Atlético de Madrid, SA, dimanantes de los acuerdos antes referidos, la que fue transmitida por el acusado Rafael G. C., mayor de edad y sin antecedentes penales, concejal de Hacienda en ese momento, al señor Interventor, quien con fecha 26 de diciembre de 1995 informó en el sentido de que no existía antecedente alguno en los archivos municipales de los Decretos y Contratos suscritos en 1991 y 1992, por lo que se carecía de dotación presupuestaria para el pago de aquellos importes, necesitándose para ello la modificación de la partida presupuestaria de publicidad del año 1995 y la generación del crédito de 450 millones de pesetas.

El 29 de diciembre de 1995 el acusado Pedro R. Z. firmó dos Decretos autorizando el gasto de 450 millones de pesetas y ordenaba su pago al Atlético de Madrid, ordenando igualmente incrementar la partida de enajenación de solares de propiedad municipal, los que le hizo llegar a G. C. y éste a su vez al Interventor para que pagase, realizándose el pago íntegro a la referida entidad; constan dos informes del acusado José Luis S. S., fechados en 13 de julio de 1991 y 28 de diciembre de 1995 relativos a los contratos y justificando la legalidad de la operación, habida cuenta de que se había subsanado la incompatibilidad del señor G.

II.—El día 30 de junio del 1992, el acusado Jesús G. y G., necesitando obtener la cantidad de 1.300 millones de pesetas, para llevar a cabo una operación de gran importancia para el Club de Fútbol Atlético de Madrid que presidía y del que era titular del 85% del capital Social aproximadamente, recibió dicha cantidad de la entidad mercantil Dorna Promociones del Deporte, SA, cantidad que el acusado reintegró en fechas inmediatas a Dorna, empresa ésta que dedicándose a intermediar y conseguir contratos de patrocinio y sponsorización a equipos deportivos, había asumido con el Club

de baloncesto Juventut de Badalona el compromiso, no cumplido, de encontrarle un Sponsor en la temporada 1992-1993, y por causa de lo cual tendría que satisfacer a este Club la suma de 200 millones de pesetas, cosa que el Juventut recordó a Dorna el día 3 de julio de 1992, si no lograba encontrarlo.

En el mes de diciembre de 1992, el equipo de baloncesto Juventut de Badalona comenzó a exhibir en las camisetas de sus jugadores el logotipo "Marbella", cosa que hizo hasta el fin de la temporada, en junio de 1993, en virtud de las negociaciones que de modo directo y unilateral realizó el acusado Jesús G. y G. con los representantes de Dorna, Promoción del Deporte, SA, en la que concertó la sponsorización dicha por importe de 200 millones de pesetas, que se abonarían con cargo a los fondos del Ayuntamiento de Marbella, que no fue consultado ni prestó autorización para tal acuerdo, careciendo de dotación presupuestaria al efecto.

Jesús G. y G., escribió una carta con fecha 17 de diciembre de 1993 (Folio 13487), con el membrete del Ayuntamiento, por la que aceptó firmando como Alcalde que el Ayuntamiento pagase la deuda de 200 millones de pesetas, pago que no llegó a efectuarse lo que dio lugar a que en el año 1997, Dorna reclamara mediante demanda de conciliación que no fue contestada por el Ayuntamiento, la suma de los 200 millones citada.

El día 30 de diciembre de 1997, el acusado Julián Felipe M. P., mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo Concejel del Ayuntamiento de Marbella, actuando como Alcalde accidental y siguiendo instrucciones de G. y G., suscribió un Convenio de cesión en pago de deudas entre el Ayuntamiento y Dorna en el que se reconocía por la Corporación a favor de Dorna una deuda de 250 millones de pesetas, para lo cual se acordaba que el Ayuntamiento subastaría dos inmuebles de titularidad municipal ubicados en Marbella, cediéndose en pago de la deuda la propiedad de los mismos si la subasta se declarase desierta, si bien, en esta ocasión, se dejaba supeditada la eficacia de dicho Convenio a la aprobación del mismo por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento. Reunida ésta, acordó la necesidad de la subasta y dispuso su celebración en sesión de 27 de marzo de 1998, la que tuvo lugar, declarándose desierto y facultándose en definitiva al Alcalde para la Adjudicación de los inmuebles a Dorna, adjudicación que se demoró al no figurar los inmuebles inscritos a nombre del Ayuntamiento en el Registro de la Propiedad, sin que se haya llegado a realizar ni culminar dicha operación.

No ha quedado acreditado en modo alguno que el acusado José Ramón G. E., actuase en las negociaciones que Dorna mantuvo con G. y G., ni que fuese interlocutor con éste en representación de la Entidad citada.

III.—En el año 1992, el Ayuntamiento de Marbella, había decidido crear con un aporte de capital, íntegramente suscrito por el mismo con fondos públicos, la sociedad mercantil municipal Eventos 2000, SL que quedó inscrita en el Registro Mercantil de Málaga el 25 de marzo de 1992, transfiriéndosele con posterioridad más fondos públicos, y en tal tesitura, actuando como representante de Eventos 2000, SL, a pesar de no tener poderes para ello, el 11 de agosto de 1992, el acusado G. y G., de manera directa y unilateral, sin disponerse en el Ayuntamiento de la dotación presupuestaria correspondiente y con omisión de todos los requisitos legales de ineludible cumplimiento suscribió en papel común, sin sello ni membrete del Ayuntamiento ni de la citada sociedad, un contrato de sponsorización con el Real Club Betis Balompié, SAD en el que esta sociedad deportiva se obligaba a exhibir en las camisetas de sus jugadores en los eventos deportivos en que participase, el logotipo "Marbella", pactándose la cantidad de 40 millones de pesetas, cantidad que fue pagada por la referida sociedad municipal con fondos que le transfirió el Ayuntamiento de Marbella, una vez ratificaron el contrato los representantes de la misma por indicación de Jesús G. y G.

IV.—Durante la temporada deportiva 1993-1994, el logotipo "Marbella" no fue exhibido en publicidad dinámica alguna, si bien el Atlético de Madrid, SAD contrató ese año la misma con "Antena 3", estableciéndose un precio de 170 millones de pesetas.

Persistiendo en el acusado G. y G., la idea de publicitar el logotipo de la ciudad de Marbella, para las temporadas deportivas 1994 y siguientes, dio instrucciones al acusado Modesto P. C. C., a fin de

que como Gerente de la Sociedad Municipal Eventos 2000 concertara con determinadas entidades deportivas la realización de los Sponsor. En tal virtud, el día 22 de julio de 1994 tras haber tenido negociaciones Jesús G. con el acusado Luis C. V., presidente del Sevilla Club de Fútbol, SAD, mayor de edad y sin antecedentes penales, se suscribió un contrato de sponsorización entre P. C. C. y C. V., constándole a Modesto P. que el Ayuntamiento de Marbella, no había sido consultado, por el que el Sevilla Club de Fútbol, SAD se comprometía a exhibir por dos temporadas el logotipo "Marbella" en las camisetas de sus jugadores en los eventos deportivos en que participase, a cambio de 60 millones de pesetas, cada temporada (folio 6047) y con cargo a los fondos de la entidad municipal. El contrato fue redactado por el acusado José María N. B., mayor de edad, sin antecedentes penales, abogado y vicepresidente de este Club Andaluz, y al menos 60 millones correspondientes a la primera temporada fueron pagados. Este acuerdo, se produjo días después de culminarse entre el Sevilla Club de Fútbol, SAD y el Atlético de Madrid SAD, el traspaso a este último del jugador del Sevilla Diego Pablo S., y de los jugadores Pedro G. y M. del Atlético de Madrid que pasaron a depender del Club Sevillano, en cuyas negociaciones intervinieron C. V. y Miguel Angel G. M.

No queda acreditado que el contrato de traspaso dicho, tuviera relación con el de sponsorización, ni que éste condicionara la culminación de aquél, ni se ha acreditado que los acusados C. V. y N. B. conocieran si se habían cubierto o no los requisitos necesarios por parte de Eventos 2000 y si había sido o no consultado el Ayuntamiento de Marbella, para la contratación publicitaria que realizaron.

Días antes de la realización del citado contrato, de sponsorización con el Sevilla Club de Fútbol, y siguiendo instrucciones del acusado G. y G., el acusado Modesto P. C. C. persuadido por aquél, como gerente municipal de la Sociedad Eventos 2000 y por virtud de la dependencia jerárquica que le vinculaba al alcalde, suscribió con el acusado Miguel Angel G. M., éste en representación del Club Atlético de Madrid, SAD, un contrato de fecha 10 de julio de 1994 (folios 7340) por el que se acordaba la sponsorización del logotipo "Marbella" en las camisetas de los jugadores del Club, esta vez por cinco temporadas deportivas y el precio cada una de 150 millones de pesetas, revisable anualmente con arreglo al Índice de Precios al Consumo, conociendo P. C. C. que no había sido consultado el Ayuntamiento de Marbella, y que no había dotación presupuestaria.

El contrato se ejecutó durante la primera temporada y se abonó íntegramente por el acusado Modesto P., mediante la entrega de letras de cambio, siendo percibido el importe por la Sociedad Promociones Futbolísticas, SA, pertenecientes a Jesús G. y G., al parecer filial del Atlético de Madrid, y en diciembre de 1994 Modesto P. aceptó y entregó varias remesas de letras de cambio que suponían un anticipo a la temporada 1995-1996, que al parecer fueron devueltas, tras resolverse entre las partes y dejarse sin efecto las sponsorizaciones pendientes, lo que se produjo el 28 de junio de 1995.

El 29 de junio de 1995, el Atlético de Madrid suscribió un contrato con la Sociedad Española de Fútbol Profesional, SA, entidad perteneciente a la Liga de Fútbol Profesional de la que G. y G. era Vicepresidente, concertando aquélla con el acusado Modesto P. C. C., siguiendo éste instrucciones del mismo y sin que conste que el Ayuntamiento de Marbella, fuera consultado, ni que existiese oportuna dotación presupuestaria, actuando en nombre de Eventos 2000, SL, la celebración de otro contrato de sponsorización del logotipo "Marbella", esta vez por dos temporadas y por importe de 158 millones de pesetas, pagándose esta suma, si bien, en la temporada 1996-1997 decidieron de nuevo dejar sin efecto el contrato ya que, a la vista de los éxitos deportivos obtenidos ese año por el Club Atlético de Madrid, la firma japonesa "Bandai" contrató con éste la misma publicidad que venía acordándose con el Ayuntamiento de Marbella, por la suma de 300 millones de pesetas, que le fueron abonados, si bien fue por una temporada.

En tal virtud, y en la temporada 1997-1998, volvieron a reiniciarse las contrataciones entre la Sociedad Española de Fútbol Profesional, SA con Eventos 2000, SL y el acusado Modesto P. en su representación, fijando por la sponsorización el precio de 300 millones de pesetas, los cuales fueron abonados, situación ésta que se reprodujo en la temporada 1998-1999, en la que se pactó el mismo precio y que se pagó en parte, al ser intervenido el pago del resto (al parecer 75 millones de pesetas), por el Juzgado que inició las presentes diligencias».

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«**Fallamos:** Que debemos condenar y condenamos al acusado Jesús G. y G., como autor criminalmente responsable de:

1.–Un delito de prevaricación en concurso con un delito de tráfico de influencias, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de tres meses de arresto mayor e inhabilitación especial para el cargo público de Alcalde de Ayuntamiento u otro análogo y honores que lleve aparejados por tiempo de siete años y multa de 500.000 pesetas con el apremio de un mes de arresto sustitutorio si no hiciere efectiva dicha multa en el término de cinco audiencias;

2.–Un delito de prevaricación, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de siete años de inhabilitación especial para el cargo público de Alcalde de Ayuntamiento u otro análogo y honores que lleve aparejados;

3.–Un delito de prevaricación, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el cargo público de Alcalde de Ayuntamiento u otro análogo y honores que lleve aparejados; y

4.–Un delito de prevaricación en concurso con un delito de tráfico de influencias, con el carácter de continuado, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres meses de arresto mayor, inhabilitación especial para el cargo público de Alcalde de Ayuntamiento u otro análogo y honores que lleve aparejados por tiempo de siete años y multa de 500.000 pesetas, con el apremio de un mes de arresto sustitutorio si no abonara dicha multa en el término de cinco audiencias. Asimismo debemos condenar y condenamos al acusado Pedro R. Z. como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para el cargo público de Teniente Alcalde de Ayuntamiento u otro análogo y honores que lleve aparejados. Asimismo, debemos condenar y condenamos al acusado Modesto P. C. C. como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación con el carácter de continuado, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de nueve años de inhabilitación especial para el cargo de Gerente de sociedad municipal u otro análogo y honores que lleve aparejados. Estos acusados abonarán las tres doceavas partes de las costas procesales causadas de modo proporcional, declarándose de oficio las nueve doceavas restantes sirviéndoles de abono el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

Se dan por reproducidos los Autos de Solvencia dictados por el Juez de Instrucción y que obran en la pieza correspondiente, reclamándose los mismos del instructor, en el caso de que no consten en esta causa.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados Jesús G. y G., Pedro R. Z. y Modesto P. C. C. de los delitos de falsedad, malversación de caudales públicos y fraude, de los que vienen siendo acusados, como asimismo debemos absolver y absolvemos a los acusados José Luis S. S., Miguel Angel G. M., Enrique C. T., Rafael G. C., Luis C. V., José M^a N. B., Julián Felipe M. P. y José Ramón G. E., de los delitos por los que se les acusa, al no haber quedado en uno y otro caso probados con el rigor procesal exigible los hechos de los que respectivamente vienen siendo acusados, como debemos absolver y absolvemos libremente a Pablo C. L. al haberse retirado la acusación que frente a él se sostenía. Del mismo modo debemos absolver y absolvemos al Atlético de Madrid, SAD y al Sevilla club de Fútbol, SAD respecto de la petición de responsabilidad civil subsidiaria formulada contra dichas entidades.

La Sala no hace pronunciamientos sobre las responsabilidades civiles ni sobre las nulidades contractuales solicitadas, reservándose ello en su caso a la Vía Jurisdiccional correspondiente.

Llévese nota de esta condena al Registro General de Penados y Rebeldes.

Contra esta resolución puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia.

Y así por nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos».

Contra la mencionada sentencia se dictó Voto Particular por el Ilmo. Sr. José María M. Caparrós.

3

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal, por las representaciones de los acusados Pedro R. Z., Gregorio Jesús G. y G., Modesto P. C. C. y, por la representación de la Acción popular Isabel María G. M., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4

CUARTO

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

I.–Por infracción de Ley, al amparo del número 2º del artículo 849 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

II.–Por infracción de Ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 390.1.4º, en relación con el artículo 74.1º, ambos del vigente [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#), por resultar éste más favorable que el artículo 302.4º del [Texto Refundido de 1973 \(RCL 1973, 2255 y NDL 5670 \)](#), vigente al tiempo de comisión del hecho punible.

III.–Por infracción de Ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 432.1 del vigente Código Penal, estimado más favorable que el artículo 394.4º del Código Penal de 1973 vigente al tiempo de comisión por parte de los hechos.

IV.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 109 y siguientes del vigente Código Penal en relación con los artículos 3, 7 y 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 10 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375 \)](#).

La representación del acusado Pedro R. Z., formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

I.–Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por consignarse en los hechos probados de la sentencia conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

II.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incorrecta inaplicación del artículo 404 del Código Penal de 1995.

La representación del acusado Gregorio Jesús G. y G., formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

I.–Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la falta de claridad en que incurre el Tribunal “a quo” al no consignar con la suficiente claridad qué acto considera como resolución administrativa. De la relación de actuaciones y actos que se establece en el relato fáctico, algunos administrativos y otros no, no se infiere con la claridad necesaria los que la Sala de instancia conceptúa como resoluciones típicas.

II.–Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la contradicción en que incurre el

Tribunal “a quo” al consignar de manera contradictoria que los señores G. y G. y R. Z. “acordaron” desarrollar una determinada actuación y, al mismo tiempo, que el señor G. y G. “persuadió” al anterior para idéntico objetivo.

Igualmente se advierte contradicción en relación a los hechos que imputa al señor P. y al señor G.

III.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal vigente. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la imposibilidad de subsumir la conducta descrita en su ordinal 1º en la norma sustantiva indebidamente aplicada al no resultar acreditada la existencia de resoluciones administrativas dictadas por el recurrente y que fueren injustas y arbitrarias.

IV.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal vigente. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la imposibilidad de subsumir la conducta descrita en su ordinal 2º en la norma sustantiva indebidamente aplicada al no resultar acreditada la existencia de resoluciones administrativas dictadas por el recurrente que fueren injustas y arbitrarias.

V.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal vigente. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la imposibilidad de subsumir la conducta contenida en su ordinal 3º en la norma sustantiva indebidamente aplicada al no resultar acreditada la existencia de resoluciones administrativas dictadas por el recurrente que fueren injustas y arbitrarias.

VI.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal vigente. El presente motivo se formaliza para el supuesto de haber sido desestimados los anteriores. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la imposibilidad de subsumir la conducta comprendida en su ordinal cuarto en la norma sustantiva indebidamente aplicada al no resultar acreditada la existencia de resoluciones administrativas dictadas por el recurrente que fueren injustas y arbitrarias.

VII.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal vigente. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la imposibilidad de subsumir las distintas conductas enjuiciadas en la norma sustantiva indebidamente aplicada al no resultar acreditado la concurrencia en las mismas de un mínimo contenido de antijuridicidad material.

VIII.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal vigente. El presente motivo se formaliza para el supuesto de haber sido desestimados los anteriores. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la imposibilidad de subsumir las conductas enjuiciadas en la norma sustantiva indebidamente aplicada al no resultar acreditada la concurrencia del elemento subjetivo que el tipo de lo injusto requiere: el dolo o conciencia de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones. Es decir, el recurrente no actuó a sabiendas de la injusticia de las mismas.

IX.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 bis a) del Código Penal, Texto Refundido de 1973. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la imposibilidad de subsumir la conducta enjuiciada en la norma sustantiva indebidamente aplicada al no resultar acreditada la existencia de influencia ni beneficio económico típicos.

X.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 bis a) del Código Penal, Texto Refundido de 1973. De acuerdo con el relato de hechos probados se acredita la imposibilidad de subsumir la conducta descrita en su ordinal 4º en la norma sustantiva indebidamente aplicada al no resultar acreditada la existencia de influencia ni beneficio económico típicos.

XI.–Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se denuncia la infracción del derecho fundamental de mi representado contenido en

el artículo 24.2 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875\)](#) y consistente en la obtención de tutela judicial efectiva. El análisis de algunos particulares de las actuaciones de instrucción, faculta al recurrente para aducir el quebranto de tal derecho fundamental al acreditarse la irracionalidad de la sentencia recurrida, es decir, en cuanto se aparta de los criterios de la razón, de la lógica y de la experiencia.

La representación del acusado Modesto P. C. C., formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

I.–Apartado Primero.–Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 14, 18 y 24 de la Constitución Española. Apartado Segundo.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal.

II.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, tal y como se desprende de determinados documentos obrantes en la causa, produciéndose vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española.

III.–Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debido a que en la Sentencia no se expresan claramente los hechos que se consideran probados.

Y, la representación de la Acción popular Isabel María G. M., formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

I.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber cometido la sentencia recurrida infracción de precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal. Se infringe en la sentencia que se recurre el artículo 123 del Código Penal, los artículos 110, 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con lo previsto en la [Ley Reguladora de Haciendas Locales \(RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851\)](#), preceptos todos ellos que han sido infringidos por aplicación y/o inaplicación incorrecta por la Sala.

II.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que la sentencia recurrida incurre en error en la apreciación de la prueba que consta en autos.

III.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 432.1º del Código Penal.

IV.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que la sentencia recurrida incurre en error en la apreciación de la prueba, que se desprende de documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del Juzgado sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios.

V.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que la sentencia recurrida incurre en error en la apreciación de la prueba, que se desprende de documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgado sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios.

VI.–Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los artículos 109 y siguientes del Código Penal en relación con los artículos 3, 7 y 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5

QUINTO

La representación del recurrido José Luis S. S. se instruyó de los recursos interpuestos, oponiéndose a la admisión de todos los motivos del recurso del Ministerio Fiscal y de los motivos

segundo y quinto del recurso de la Acción popular Isabel María G. M.

La representación del recurrido Miguel Angel G. M., se instruyó de los recursos, impugnando la admisión de los motivos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la Acción popular Isabel María G. M.

La representación del recurrido Enrique C. T., se instruyó de los recursos interpuestos, solicitando la inadmisión de todos los motivos del recurso del Ministerio Fiscal y del motivo quinto del recurso de la Acción popular Isabel María G. M.

La representación del recurrido Club Atlético de Madrid, SAD, se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos los motivos de todos los recursos.

Y, la representación del recurrido Julián Felipe M. P., se instruyó de los recursos interpuestos, oponiéndose a la admisión de los motivos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación de la Acción popular Isabel María G. M.

6

SEXTO

Por otra parte, la representación del recurrente Pedro R. Z. se instruyó de los recursos interpuestos por las demás partes e impugnó los motivos de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación de la Acción popular Isabel María G. M.

La representación del recurrente Gregorio Jesús G. y G. , se instruyó de los recursos, impugnando los motivos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación de la Acción popular Isabel María G. M.

La representación del recurrente Modesto P. C. C., se instruyó de los recursos, impugnando todos los motivos interpuestos.

La representación del recurrente Acción popular Isabel María G. M., se instruyó de los recursos y solicitó la admisión de los recursos presentados.

7

SEPTIMO

El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos por los acusados y por la Acción popular, solicitando la estimación parcial del recurso de la Acción popular y la impugnación de todos los motivos interpuestos en los demás recursos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

8

OCTAVO

Hecho el señalamiento para la Vista, se celebró la misma el día 13 de marzo de 2002, en sesiones de mañana y tarde.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación de su recurso, impugnando los recursos de las partes acusadas, solicitando su desestimación.

El Letrado recurrente don José A. E. en representación de la acción popular Isabel María G. M., solicitó la estimación de su recurso, remitiéndose en cuanto al motivo sexto al correlativo del Ministerio Fiscal e impugnó los recursos de los demás recurrentes, solicitando su desestimación.

El Letrado recurrente don Gonzalo R. M. en representación del acusado Pedro R. Z., solicitó la estimación de su recurso e impugnó los recursos del Ministerio Fiscal y de la Acción popular Isabel María G. M., solicitando su desestimación.

El Letrado recurrente don Horacio O. G. en representación del acusado Gregorio Jesús G. y G., solicitó la estimación de su recurso y se opuso a los recursos del Ministerio Fiscal y de la

representación de la acción popular Isabel María G. M., solicitando su desestimación.

El Letrado recurrido don José María N. B. en representación del recurrido Julián Felipe M. P., se opuso a los recursos del Ministerio Fiscal y de la representación de la acción popular.

El Letrado recurrente don Antonio José M. O. en representación del acusado Modesto P. C. C., solicitó la estimación de su recurso y se opuso asimismo a los recursos del Ministerio Fiscal y de la acción popular Isabel María G. M.

El Letrado recurrido don Pablo J. P. en representación de Miguel Angel G. M., se opuso al recurso de la acción popular.

El Letrado recurrido José Luis S. S. en su propia representación, se opuso al recurso de la acción popular.

El Letrado recurrido don Rafael M. M. en representación de Enrique C. T., se opuso al recurso de la acción popular.

Y, el Letrado recurrido don Pablo J. P. en representación del Club Atlético de Madrid, SAD, se opuso a los recursos del Ministerio Fiscal y de la representación de la acción popular.

9

NOVENO

Con fecha 15 de marzo de 2002, esta Sala ha dictado Auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**La Sala acuerda:** Se prorroga el término de **diez días** para dictar sentencia en el presente recurso por el **detreinta días más**, lo que se comunicará a las partes a los efectos procedentes».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Ministerio Fiscal.

PRIMERO

El Motivo Primero de este recurso se formula por infracción de Ley al amparo del número 2 el artículo 849 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), por error en la apreciación de la prueba.

Con base en las cartas escritas en papel con membrete oficial del Ayuntamiento de Marbella de fechas 15 de julio de 1993 y 2 de agosto de 1994, firmadas por el acusado Pedro R. Z., se pretende que la narración fáctica de la sentencia de instancia sea completada con los siguientes datos a consignar en el párrafo cuarto del Hecho 1º:

«R. firmó el reconocimiento de 1993 afirmando, a sabiendas de no ser cierto, que lo hacía después de consultados los antecedentes obrantes en la Alcaldía, antecedentes inexistentes en esa fecha, y el de 1994 afirmando que certificaba la existencia de la deuda, lo que sabía que no era posible, ya que en el Ayuntamiento no hubo constancia alguna de aquella deuda hasta que se ordenó contabilizarla en diciembre de 1995».

En el Motivo Segundo, por la vía del número 1 del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, se denuncia la indebida inaplicación del artículo 390.1.4º, en relación al 74.1º, ambos del [Código Penal de 1995 \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#), por resultar más favorable que el artículo 302.4º del [Código de 1973 \(RCL 1973, 2255 y NDL 5670 \)](#) vigente al tiempo de comisión de los hechos.

Estos dos Motivos se refieren al acusado Pedro R. Z. como autor material de las falsedades, y al acusado Jesús G. y G. como inductor de las mismas.

Alega el Fiscal que el Tribunal de instancia ha evaluado conjuntamente las distintas conductas falsarias objeto de acusación.

En relación a cuatro de ellas, referidas a los contratos celebrados los días 14 de julio de 1991 y 24

de julio de 1992 entre don Pedro Manuel R. Z. actuando en nombre del Ayuntamiento de Marbella y don Enrique C. T. en representación del Club Atlético de Madrid, y a los Decretos del Alcalde en funciones del citado Ayuntamiento de las mismas fechas, la falsedad que se imputaba era la antedatación de las fechas en los respectivos documentos, lo que ha sido rechazado por el Tribunal «a quo». Pero que ello no le exonera de evaluar las denunciadas falsedades ideológicas que han sido objeto de acusación individualizada, y que se contienen en las cartas de 15 de julio de 1993 y de 2 de agosto de 1994, antes indicadas.

Entiende el Ministerio Fiscal que estas últimas falsedades resultan acreditadas por el Decreto de 29 de diciembre de 1995 (folio 2217) en el que se ordena contabilizar en el presupuesto de gastos vigente en ese ejercicio un crédito de cuatrocientos cincuenta millones de pesetas a favor de la entidad deportiva Atlético de Madrid, ya que si lo estaba anteriormente no era preciso hacerlo de nuevo.

Añade el Fiscal que, por tanto, la deuda no estaba contabilizada y R. Z. lo sabía; que entre las funciones del Alcalde no está la de certificar la existencia y realidad de una deuda, lo que compete al Interventor y/o al Secretario; y que las afirmaciones falsarias imputadas no son formularias y sí trascendentes en cuanto permitieron al Atlético de Madrid equilibrar su balance y soslayar una situación financiera que le abocaba a la quiebra.

En base a todo ello interesa la modificación fáctica de la sentencia en el sentido señalado y la aplicación de los preceptos sustantivos penales enumerados a los acusados Pedro R. y Jesús G.

En las cartas de 15 de julio de 1993 y 22 de agosto de 1994 (folios 11885 y 11887) a las que se refieren los dos Motivos que ahora se examinan se dice:

«Visto lo solicitado por la Entidad Club Atlético de Madrid, SAD, en relación a la auditoría de sus cuentas anuales a 30 de junio de 1993, consultados los antecedentes obrantes en esta Alcaldía de mi Presidencia, participo a ustedes que, con causa en el contrato de patrocinio suscrito entre el Ayuntamiento de Marbella y el Club Atlético de Madrid, SAD, para promoción del nombre e intereses de esta Ciudad, por el que Club de Fútbol ostenta en las camisolas de los jugadores de su primer equipo profesional la palabra "Marbella", en virtud de cuyo contrato la Corporación ha de satisfacer la cantidad de 450.000.000 de ptas. por dos temporadas, le significo que por no haber pagado esta Corporación cantidad alguna, la cifra adeudada a favor del Club Atlético de Madrid a la fecha de hoy es de 450.000.000 de ptas».

«Les comunicamos que nuestro saldo a favor del Club Atlético de Madrid, SAD, al 30 de junio de 1994, asciende a 450.000.000 de ptas., este saldo está motivado por los contratos de publicidad de las temporadas 1991/1992 y 1992/1993. A efectos de confirmación, a petición de la firma auditora de su Club, certificamos la realidad de estos importes a la fecha antes citada».

Respecto a ello se puede afirmar, como hace el Abogado de don Pedro R. Z. en su escrito de impugnación del recurso del Ministerio Fiscal, que sí existían antecedentes en el Ayuntamiento de Marbella, lo que se reconoce en el párrafo cuarto del Hecho Primero de la sentencia de instancia cuando se afirma que «a dichos contratos (de 15-7-1993 y 22-8-1994) se le correspondía con dos decretos de Alcaldía, firmados también por R. Z. como Alcalde en funciones, y que determinaban la obligación del Ayuntamiento de abonar el Servicio contratado y el carácter oneroso y no gratuito del mismo».

Por tanto los documentos cuestionados aparecen confirmados por los citados contratos (folios 40 a 43, 45 a 48, 2206 a 2209 y 2211 a 2214), por los referidos Decretos a ellos relativos (folios 39, 44, 2205 y 2210), e incluso por un Dictamen del Abogado don José Luis S. de 13 de julio de 1991 sobre la incompatibilidad que para realizar estos contratos pudiera tener don Jesús G. y G. dada su doble condición de Alcalde de Marbella y Presidente del Atlético de Madrid (folios 35 a 38).

Sin que al término «certificar» empleado en el segundo de los citados documentos deba dársele un sentido distinto al de «manifestar» o «hacer constar».

Y sin que el hecho de que los contratos y los Decretos no estuviesen registrados suponga una

situación excepcional relevante, tal como se dice en el párrafo tercero del Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia de instancia.

En consecuencia, no pudiéndose declarar que en las cartas obrantes a los folios 11885 y 11887 se falta a la verdad en la narración de los hechos, los Motivos Primero y Segundo del recurso del Ministerio Fiscal, en cuanto postulan una modificación fáctica de la sentencia de instancia que permite apreciar en los acusados Pedro R. y Jesús G. la comisión de un delito de falsedad en documento oficial, deben ser desestimados.

SEGUNDO

1.–En el Motivo Tercero, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega indebida inaplicación del artículo 432.1 del vigente Código Penal, más favorable para los acusados que el artículo 394.4º del Código de 1973, vigente al tiempo de comisión de una parte de los hechos.

El Motivo se divide en cinco apartados diferentes:

1º.–Pago de 450 millones de pesetas al Atlético de Madrid. Se refiere a los acusados Jesús G. y Pedro R. Z.

2º.–Intento de pago de 250 millones de pesetas a Dorna Promociones del Deporte, SA. Afecta a los acusados Jesús G. y Julián Felipe M. P.

3º.–Pago de 40 millones de pesetas al Betis Balompié. Se dirige exclusivamente contra el acusado Jesús G.

4º.–Pago de 60 millones de pesetas al Sevilla Club de Fútbol. Se refiere a los acusados Jesús G. y Modesto P. C. C.

5º.–Pago de diversas cantidades al Atlético de Madrid por las temporadas 1994-1995, 1995-1996, 1997-1998 y 1998-1999. Se dirige contra los mismos acusados que el anterior, Jesús G. y Modesto P.

Denuncia el Ministerio Fiscal que «la Audiencia, a pesar de dejar establecido en el “factum” que los acusados dispusieron de fondos públicos sin dotación presupuestaria, mediante una decisión adoptada por órgano manifiestamente incompetente, sin la preceptiva tramitación administrativa, sin realizar ninguna valoración objetiva del precio de la contraprestación y con intención de beneficiarse económicamente», les absuelve del delito de malversación en base a unos argumentos que considera inconsistentes.

Entiende el Fiscal que según los Hechos declarados probados, concurren en las conductas de los acusados los requisitos exigidos en el artículo 432.1 del Código Penal, ya que:

–Los acusados tenían la condición de autoridad o funcionario público, ya que eran Alcalde, o Concejales del Ayuntamiento de Marbella, o Gerente de una Sociedad municipal de capital totalmente público.

–Sustrajeron fondos públicos, en el sentido de apartarlos de su destino, desviándolos de las necesidades del servicio para hacerlos propios ([sentencia de 14 de mayo de 1999 \[RJ 1999. 2710 \]](#)).

–Tenían ánimo de lucro, entendiéndose por tal cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que recibe el autor del delito o un tercero ([sentencia de 11 de octubre de 1999 \[RJ 1999. 7027 \]](#)).

Añadiendo:

–Que la existencia de una contraprestación no impide que nazca el delito cuando, como ocurre en estos casos, se infringen los principios de legalidad presupuestaria (artículo 154.5 de la [Ley de Haciendas Locales de 18 de diciembre de 1988 \[RCL 1988. 2607 y RCL 1989. 1851 \]](#)), y de competencia (artículo 21.1.1 de la [Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 \[RCL 1985.](#)

[799, 1372 y ApNDL 205](#)).

Concluyendo que si se entendiera que no ha habido sustracción de fondos públicos, resultaría aplicable el artículo 433 en el que se sanciona a «la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones ...; si el culpable no reintegra el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso».

2.–La sentencia impugnada afirma en el Fundamento de Derecho Cuarto dedicado a analizar el delito de malversación, que las cantidades transferidas «que se dicen supuestamente sustraídas o apropiadas no son otra cosa, a falta de mejor prueba, que el pago en compensación causal de una prestación recibida. Y lo decimos así porque siendo el delito de Malversación de Caudales Públicos una proyección jurídica en el Orden de lo Público de lo que la apropiación indebida lo es en el orden privado, es preciso acreditar con absoluta nitidez que ha habido apropiación y establecerse con la misma precisión el “quantum”. La prestación en este caso ha sido el desarrollo de un Servicio Comercial Publicitario que tiene, no podemos ignorarlo, un importante valor económico y de promoción en el mercado actual».

Se insiste en la sentencia en la dificultad de declarar excesivas las cantidades abonadas en las ocasiones de autos, citando las siguientes declaraciones testificales:

–Señor S. V., administrador único que fue de la Sociedad Española de Fútbol Profesional (Folio 2666 vto. del Rollo de la Sala. Tomo VII): «En fútbol no hay una regla general escrita», «Puede ser lógico que el Atlético de Madrid cobre 250 millones por temporada, pues al Real Madrid le fueron abonados por la firma Teka 300 millones de pesetas por publicitarse».

–Señor L. G. (Folio 2687 Rollo de Sala. Tomo VII): «El Betis exhibió el logotipo “Pepsi” por el precio de 30 millones de pesetas, similar al que se le pidió al Ayuntamiento de Marbella».

–G. E. (Folio 2529, Rollo de Sala, Tomo VII): «El Estudiantes de Baloncesto, menos importante que el Juventut, percibió por publicitar a Argentaria la suma de 350 millones de pesetas».

Y se concluye diciendo que estas imprecisiones «conducen al prudente dictado de una sentencia absolutoria respecto de las acusaciones que por Malversación de Caudales Públicos se dirigen contra aquellos de los acusados a quienes afecte, al estimarse de aplicación el principio «in dubio pro reo».

Posición menos radical que la mantenida por el Presidente de la Sala de instancia que en el Fundamento Jurídico Tercero de su voto particular niega el ánimo de lucro y también la sustracción de caudales públicos, elementos esenciales del delito por el que se acusa, entendiendo que estamos ante un «simple empleo razonable de los mismos con el fin de obtener un resultado justo y beneficioso para la población».

3.–El Capítulo VII del Título XIX del actual Código Penal ha introducido importantes reformas en la regulación de este delito, como es la misma rúbrica «Malversación», en la que se suprime la tradicional referencia a los caudales públicos; la desaparición en el delito base del sistema de cuantías para la determinación de la pena; y la notable reducción de la pena máxima a imponer.

Pero tres modificaciones merecen ser destacadas: 1ª. Desaparición del delito en el que se sancionaba al funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere lugar a una sustracción de caudales públicos. 2ª. Exigencia expresa del ánimo de lucro en los artículos 432 y 434. 3ª. Supresión del delito consistente en dar a los caudales o efectos una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieran destinados.

Ello ha permitido a la doctrina percibir una mayor proyección en estos tipos delictivos del principio de subsidiariedad materializado en la desviación al Derecho Administrativo de las conductas antes penadas en los artículos 397 y 398 del Código de 1973.

El bien jurídico protegido lo constituye la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos (ver [sentencia 1486/1998, de 26 de noviembre \[RJ 1998, 9200 \]](#)). Refiriéndose la

doctrina moderna a la pluriforme protección por estos delitos contra la Administración pública de un mismo bien jurídico, concretado en el caso de la malversación en el patrimonio público, en cuanto está destinado a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el artículo 103.1 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875 \)](#) .

De los elementos que integran el delito descrito y penado en el artículo 432.1 cuya aplicación se pretende, fijaremos nuestra atención en uno de ellos básico y esencial, el relativo a la sustracción de caudales o efectos públicos.

Ciertamente el término «sustraer» se ha entendido en el sentido amplio de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos del servicio, para hacerlos propios (sentencia 1486/1998).

Más también es cierto que la doctrina ha subrayado que el sinónimo jurídico gramatical más adecuado para «sustraer» puede ser el de «apropiarse», ya que la conducta penada en el delito de malversación tiene un claro correlativo en la del delito de apropiación indebida.

Habiéndose también afirmado que el delito de malversación de caudales públicos se perfecciona en el momento que los fondos son apartados del destino público.

En esta situación, aun reconociendo que, como afirma el Fiscal, el uso de fondos públicos sin cumplir esenciales requisitos legales puede constituir el delito de malversación, no se puede olvidar que el núcleo esencial de este delito lo constituye la lesión patrimonial a un Ente Público.

Se ha de rechazar en primer lugar la aplicación del artículo 433 del actual Código Penal, destino de los caudales a usos ajenos a la función pública, en cuanto que la publicidad que fomenta el turismo con el consiguiente beneficio para importantes sectores económicos de la Ciudad, cumple esa condición pública; y también la aplicación del anterior artículo 397 del Código de 1973, dar a los caudales una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieran destinados, en cuanto que esta conducta no ha sido incluida en el Código vigente.

Ciñéndonos pues a los artículos 432 y 394 de los Códigos Penales de 1995 y 1973, que son aquellos cuya inaplicación se denuncia, sustracción de caudales, hemos de poner de relieve determinadas peculiaridades de los hechos que ahora se analizan.

En primer lugar que no se aprecia en el principal acusado Jesús G. y G. un propósito de obtener un inmediato beneficio económico, como lo demuestra que inicialmente los jugadores del Atlético de Madrid lucieran en sus camisetas el anagrama «Marbella» sin compensación económica alguna; que la retribución pactada por lucirla en las temporadas 1991-1992 y 1992-1993 no se hiciera efectiva hasta varios años después; y que la derivada de la exhibición del nombre «Marbella» por el Club de baloncesto Juventut de Badalona en la temporada 1992-1993, aún no haya sido satisfecho.

También es importante resaltar que en el párrafo tercero del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de instancia se considera no acreditado que los traspasos de los jugadores Diego Pablo S., Pedro G. y M. entre el Sevilla y el Atlético de Madrid guarde relación alguna con los contratos de patrocinación celebrados por estos Clubes con el Ayuntamiento de Marbella.

Y final y especialmente que en el párrafo primero del citado Fundamento Jurídico Cuarto se dice que nos encontramos con que las cantidades transferidas al Club, «no son otra cosa, a falta de mejor prueba, que el pago en compensación causal de una prestación recibida». Prestación que en este caso «ha sido el desarrollo de un Servicio Comercial Publicitario que tiene, no podemos ignorarlo, un importante valor económico y de promoción en el mercado actual».

No se deben considerar inadecuados aquellos fines que son admitidos generalmente, como ocurre con la publicidad, que a lo largo del año presupuestario se concretan en gastos determinados. En la genérica partida de gastos diversos no se excluyen los de publicidad, partida a la que se alude expresamente en el párrafo 5 del Hecho Probado 1º.

Por esta razón, dado que el gasto realizado forma parte de los destinados a la normal actividad de promoción de la Ciudad, la conducta del acusado no resulta constituir una sustracción en el sentido

del artículo 432 del Código Penal, sin que ello signifique que la misma no pueda incardinarse en otros preceptos legales incluidos en el mismo Título, como son los relativos a los delitos de prevaricación y tráfico de influencias.

4.–La sentencia absolutoria por el delito de malversación no implica que la actividad desarrollada por los acusados no sea analizada en un orden distinto al penal.

Efectivamente, el artículo 38.1 de la [Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo \(RCL 1982. 1256 y ApNDL 13584 \)](#), del Tribunal de Cuentas, establece que el que por acción u omisión origine menoscabo de los caudales o efectos públicos, quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Añadiendo el artículo 49.1 de la [Ley 7/1988, de 5 de abril \(RCL 1988. 731 \)](#), de Funcionamiento del Tribunal, que «la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deban rendir cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando con dolo, culpa o negligencia grave, originen menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector».

Se trata de la responsabilidad contable, distinta de la penal y también de la civil, cuyo enjuiciamiento es misión propia del Tribunal de Cuentas, si bien hay que reconocer la prevalencia del orden penal en la fijación de los hechos y la autoría de los mismos.

Por todo lo expuesto, el Motivo Tercero del recurso del Ministerio Fiscal también debe ser desestimado.

TERCERO

En el Motivo Cuarto, por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega indebida aplicación de los artículos 109 y siguientes del vigente Código Penal, en relación con los artículos 3, 7 y 9 de la indicada Ley Procesal y del artículo 10 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985. 1578, 2635 y ApNDL 8375 \)](#), relativos a las cuestiones prejudiciales.

El Ministerio Fiscal entiende procede se declare la nulidad de pleno derecho no sólo de todos los contratos que aparecen recogidos en los Hechos Probados de la sentencia de instancia y de los Reconocimientos de deuda de fechas 15 de julio y 17 de diciembre de 1993 y 22 de agosto de 1994, sino también de los Decretos de los Alcaldes accidentales del Ayuntamiento de Marbella de 14 de julio de 1991, 24 de julio de 1992 y 29 de diciembre de 1995, e, incluso, de la Providencia del 28 de junio de 1995.

En el acto de la vista el representante del Ministerio Fiscal concretó su denuncia en la infracción del artículo 111 del Código Penal, a la que opuso el Letrado del Atlético de Madrid que este precepto se refiere a la restitución, lo que no era posible en este caso desde el punto conceptual ya que el dinero es bien fungible que permite la reparación pero no la restitución.

La anulación de un negocio jurídico en vía penal exige que los terceros a los que afecta hayan sido parte en el procedimiento, para la adecuada defensa de sus derechos.

Y en este caso ni Dorna Promoción del Deporte, SA, ni el Betis Balompié, ni el Sevilla Club de Fútbol ni, especialmente, el Ayuntamiento de Marbella, cuyo Pleno ratificó el 24 de mayo de 1999 las gestiones hechas por Alcalde y Concejales (inciso final del Fundamento de Derecho Tercero), han sido oídos en esta causa.

Por ello resulta correcta y debe ser mantenida en esta vía de la casación la decisión del Tribunal de instancia, que tras reservar a la vía administrativa u otra que proceda la posibilidad de pronunciarse sobre la validez o nulidad de las contrataciones efectuadas, acuerda no hacer pronunciamiento alguno sobre las responsabilidades civiles y sobre las nulidades contractuales solicitadas, reservando ello en su caso a la vía jurisdiccional competente.

Lo que supone que el Motivo Cuarto de este recurso sea igualmente desestimado.

Recurso de Isabel María G. M.

CUARTO

En el Motivo Primero, con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega infracción del artículo 123 del Código Penal y de los artículos 110, 239 y 240 de la citada Ley Procesal, en relación con lo previsto en la [Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local \(RCL 1985, 799, 1372 y ApNDL 205 \)](#); infracción producida al alterar la Sala de instancia la condición de acusación particular que se había atribuido a la señora G. M., concejala y portavoz del Grupo Municipal Socialista (PSOE) del MI. Ayuntamiento de Marbella, con la consecuencia de no contener la sentencia pronunciamiento alguno respecto al pago de las costas a ella relativas.

Dos son pues las cuestiones que se plantean: A.–Consideración procesal de la recurrente, acusación particular o acusación popular. B.–Repercusión que ello supone en cuanto al pago de las costas.

Respecto al primero de los temas, en el Auto de esta Sala de 2 de noviembre de 2001, citando el de 19 de abril de 1999, se dice:

–De todo delito público nace una acción particular que corresponde a los perjudicados directamente por el hecho punible (artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y una acción pública que corresponde a todos los ciudadanos españoles (artículo 101) que se encuentra refrendada en el artículo 125 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875 \)](#) bajo el tradicional nombre de acción popular.

–Los Concejales de un Municipio, cualquiera que sea el partido político al que pertenezcan, no pueden considerarse directamente ofendidos o perjudicados por los delitos que se hayan podido cometer por otros integrantes de la Corporación Pública en el ejercicio de sus funciones.

–El bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación, cohecho y usurpación de funciones o cualquier otro relacionado con el ejercicio de la función pública, es el recto y normal funcionamiento de las Administraciones Públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática. Existe un incuestionable interés general de todos los ciudadanos en que los órganos de la Administración del Estado en general y de las demás Administraciones Públicas en particular, respondan a criterios de legalidad y efectividad con lo que se refuerza el estado de derecho y la confianza de los ciudadanos en las personas que por representación o por cualquier otra causa ejerciten funciones de relevancia e interés general. Se trata de un interés difuso, que no puede ser encarnado por ninguna persona en particular ni siquiera por aquellas que están integradas también en el organismo o corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter de delictivos. Pertenece a la comunidad en general y por ello la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular.

Ello supone que como se dice tanto en la [sentencia de instancia \(ARP 2000, 1938 \)](#) como en el Auto de aclaración de la misma de 24 de octubre de 2000, estamos ante un caso de ejercicio de la acción popular.

En orden a la segunda de las cuestiones la [sentencia de 2 de febrero de 1996 \(RJ 1996, 788 \)](#), con cita de la [224/1995, de 21 de febrero \(RJ 1995, 1417 \)](#), dice que el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la imposición de costas al querellante particular o actor civil, no pudiendo deducirse de ello que la acción popular influya en los gastos del proceso a pagar por la parte acusada, pues «el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando exista una acusación pública oficial ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento y repercutirla aditivamente sobre el acusado condenado».

Por ello este Primer Motivo, en cuanto pretende que en la condena en costas a los acusados se incluyan «las de esta parte por la actividad desplegada en la tramitación de los autos», debe ser

desestimado.

QUINTO

El Motivo Segundo se basa en el número 2 del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, y en él se interesa que como consecuencia de las argumentaciones que se hacen, se modifique la relación de hechos probados de la sentencia impugnada en el sentido de adicionar que Pedro R. Z. firmó los documentos fechados el 15 de julio de 1993 y el 22 de agosto de 1994 a sabiendas de la falsedad de las afirmaciones que contenían, por lo que los hechos deben incardinarse en el artículo 390.1.4º del vigente Código Penal, debiendo ser condenado como autor de un delito de falsedad en documento oficial cometido por Autoridad.

Siendo el contenido de este Motivo similar y más concreto al de los Motivos Primero y Segundo del recurso del Ministerio Fiscal, a lo ya argumentado para desestimarlos nos remitimos para desestimar igualmente el que ahora se examina.

SEXTO

En el Motivo Tercero, por la vía del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega indebida inaplicación del artículo 432.1º del Código Penal.

Aduce el recurrente que en todos los supuestos de pago por cuenta del Ayuntamiento de Marbella, las cantidades a satisfacer eran dudosas, por lo que no se debieron pagar nunca; concluyendo que los hechos son efectivamente constitutivos de un delito de malversación, del que son responsables los señores G. y G., R. Z. y P. C. C.

También ahora los argumentos en los que se apoya su tesis son análogos a los desarrollados por el Ministerio Fiscal en el Motivo Tercero de su recurso, por lo que no remitimos a lo ya razonado respecto a la no existencia del delito de malversación de caudales públicos, con la consiguiente desestimación del Motivo Tercero del recurso de la acusación popular.

SEPTIMO

El Motivo Cuarto se formula en base al artículo 849.2 de la Ley Procesal, en él se citan los folios 13495 a 13507 y 13363 de las actuaciones, y se refiere concretamente al Convenio de cesión en pago de deudas suscrito por el Concejal del Ayuntamiento de Marbella, actuando como Alcalde accidental, Julián Felipe M. P. y Dorna Promoción del Deporte, SA, en el que se reconocía por la Corporación a favor de Dorna una deuda de 250 millones de pesetas; lo que está recogido en el Hecho Probado 2º de la sentencia de instancia.

Entiende el recurrente que el señor M. P. participó de manera personal y determinante en los indicados hechos, por lo que debe ser condenado como autor de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal en grado de tentativa, y de un delito de prevaricación del artículo 404 del citado Código.

Al acusado Julián Felipe M. P., al que el Tribunal de instancia absuelve de los delitos que se le imputaban, se refiere el párrafo tercero del Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia impugnada, subrayando la Sala que la eficacia del referido Convenio se subordinó a su aprobación por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, y que en última instancia se facultaba al Alcalde para la adjudicación de los bienes inmuebles a Dorna; lo que explica, junto con lo anteriormente argumentado, la tesis absolutoria de la Audiencia, que debe ser mantenida en casación.

Por lo que se refiere al señor G. y G. al que se alude en este Motivo, nos remitimos respecto a la no comisión del delito de malversación de caudales públicos, a lo ya expuesto al analizar el recurso del Ministerio Fiscal. Y en cuanto al delito de prevaricación se debe recordar que ha sido condenado el señor G. por el Tribunal de instancia en razón a los hechos recogidos en el apartado segundo de la narración fáctica, a los que se refiere este Motivo.

En base a ello el Motivo Cuarto de este recurso debe ser desestimado.

OCTAVO

El Motivo Quinto se formula al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

Alega el recurrente que los hechos que se declaran probados, complementados con los que se desprenden de los documentos que se designan, muestran que han sido indebidamente absueltos de los delitos de prevaricación que se les imputaba los acusados Enrique C. T., José Luis S. S. y Miguel Angel G. M., a los que se alude en distintos y sucesivos apartados.

Respecto al primero de ellos se señala que parece hasta cierto punto incoherente que no obstante admitirse que el «extraneus» puede ser responsable bajo el mismo título de imputación que el funcionario, se absuelva a Enrique C. T. quién firmo los mismos contratos que el condenado Pedro R. Z., en nombre del Atlético de Madrid. Se añade que el mencionado señor C. no es un mero representante de una entidad firmante de un contrato, sino un socio de la máxima confianza de Jesús G., Vicepresidente y segundo accionista del Club que se lucra con los contratos de publicidad. Concluyéndose que los acusados relacionados con el Ayuntamiento de Marbella tuvieron que contar con terceras personas que propiciaran la celebración de los negocios jurídicos a los que se refieren las presentes actuaciones.

En cuanto a don José Luis S. S. se aduce que, entre otros datos, de la cinta de vídeo reseñada como pieza de convicción 24/1999 y de las manifestaciones del Secretario Municipal del Ayuntamiento de Marbella, resulta el importante papel que desempeñaba en la indicada entidad, obrando en las actuaciones dos dictámenes suyos (folios 35 a 38 y 53 a 57) sobre estos contratos, en los que no se advierte de la manifiesta ilegalidad de la operación.

Se afirma en relación a Miguel Angel G. M., Director General del Atlético de Madrid y responsable de su contabilidad, encargado por ello de la elaboración de las cuentas anuales, que ha tenido una participación cualificada en una serie de acciones y omisiones que se declaran probadas, y que no han sido valoradas suficientemente por el Tribunal. Se alega que el citado acusado ha sido, cuando menos, partícipe en el mantenimiento de la situación de clandestinidad a efectos municipales y tributarios en que han estado los contratos cuestionados. Y con cita de los folios 78 a 87, 89 y 90, 9616 a 9628 y 12100 a 12104 de las actuaciones, se concluye que G. M. «fue partícipe y protagonista directo de las idas y venidas de los contratos con Modesto P. C. C. desde julio de 1994 en adelante, contratos que se hacían y deshacían a conveniencia del Alcalde y a iniciativa directa y personal de este acusado, hijo del anterior y Director General de la empresa favorecida. Debió ser condenado, pues, Miguel Angel G. M., según queda expuesto, como autor de delito de prevaricación».

Es doctrina de la Sala que el cauce casacional abierto por el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal está restringido a los casos de directa oposición o contradicción entre una afirmación fáctica de la sentencia y lo que un documento con valor casacional acredite por su propia literosuficiencia y autónoma capacidad demostrativa, sin que haya otras pruebas contradictorias. No pudiéndose utilizar este motivo para hacer una subjetiva valoración del conjunto de la prueba.

En este caso, con infracción del artículo 855.2 de la Ley Procesal Penal, no se designa particular concreto alguno de los documentos en el que esté acreditado un dato supuestamente contradictorio con el hecho probado, ni se precisa ningún pasaje o información de éste que deba ser rectificado o adicionado. Lo que se pretende es hacer una nueva valoración de la prueba que sustituya la realizada por el Tribunal de instancia en uso de las facultades que le confiere el artículo 741 de la Ley Procesal lo que, como se ha indicado, es ajeno al ámbito del precepto en que se sustente este Motivo.

En los Hechos Probados de la sentencia de instancia se hacen muy escasas referencias a la conducta de los señores C. T., S. S. y G. M.

Pero respecto a ellos se razona en el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia de instancia la tesis absolutoria con argumentos en los que podemos destacar:

–Si bien es perfectamente construible la tesis comisiva del «extraneus» o particular que induce a

un funcionario o que coopera necesariamente con él, para su sanción por prevaricación es preciso que aparezcan unas maniobras de persuasión suficientes. Y en el presente caso los señores C. y G. M. se desenvuelven exclusivamente en el círculo del Club Atlético de Madrid, «teniendo sus intervenciones la naturaleza de actos de empresa, en defensa de los intereses de la misma, completamente ajenos y al margen de la esfera municipal del Ayuntamiento de Marbella».

–Aunque la función de don José Luis S. en lo que se refiere al asesoramiento del Ayuntamiento de Marbella fuera notable, no se ha acreditado ni se puede presumir en su contra su participación en la elaboración de los contratos y de los Decretos.

Se trata de una razonable valoración de la prueba que debe ser respetada en casación. Lo que supone la desestimación del Motivo Quinto del recurso.

NOVENO

El Motivo Sexto se formula al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los artículos 109 y siguientes del Código Penal, en relación con los artículos 3, 7 y 9 de la Ley Procesal y del artículo 10 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375\)](#) .

Se trata de un planteamiento idéntico al del Motivo Cuarto del recurso del Fiscal, a cuyas alegaciones se remitió expresamente el Letrado en el acto de la vista.

Por ello para su análisis y consiguiente desestimación debe tomarse en cuenta lo argumentado en el Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia.

Recurso de Jesús G. y G.

DECIMO

El Motivo Primero se formula al amparo del primer inciso del número 1 del artículo 851 de la Ley Procesal Penal, porque en los hechos probados «no se establece con la necesaria y exigible claridad y concisión cuales son las resoluciones administrativas que califica como injustas y arbitrarias haciendo imposible su subsunción en las normas que aplica».

El vicio procesal denunciado se origina cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa e imprecisa, con empleo de expresiones ininteligibles u oscuras que hacen difícil la comprensión del relato, o con omisiones de circunstancias relevantes que impiden conocer la verdadera realidad de lo sucedido. En la sentencia que ahora se analiza se expone en cada uno de los cuatro apartados que integran los hechos que se declaran probados, con claridad e incluso minuciosidad, la génesis y desarrollo de las conductas del acusado don Jesús G. que culminaron con los contratos en virtud de los cuales las entidades deportivas que se mencionan lucieron el anagrama «Marbella» en sus camisetas.

Siendo en los párrafos ocho y nueve del Fundamento de Derecho Primero donde se precisa el concepto de «resolución» y se indican las posibles formas que puede revestir.

En consecuencia, no existiendo la denunciada falta de claridad en la narración fáctica de la sentencia de instancia, el Motivo Primero del recurso debe ser desestimado.

UNDECIMO

En el Motivo Segundo, ahora por el cauce del inciso segundo del artículo 851 de la Ley Procesal, se hace una doble alegación.

Respecto al apartado 1º de los hechos probados se indica que el Tribunal «a quo» incurre en contradicción al consignar que los señores G. y G. y R. Z. «acordaron» desarrollar una determinada actuación, y al mismo tiempo, que el señor G. «persuadió» al anterior para idéntico objeto.

Más en el indicado apartado se afirma que «la decisión que tomaron los acusados, ideada por G. y

G. y que se materializó del modo relatado tras persuadir a R. Z., se hizo sin consulta ni autorización alguna de los Organos Municipales competentes ni intervención del Secretario Municipal»:

Frase de absoluta claridad en la que no se incluyen hechos contradictorios o inconciliables entre sí.

En cuanto a los hechos descritos en el apartado 4º, relativo a contratos firmados por el señor P. C. C. en nombre de Eventos 2000, SL, lo que en realidad se aduce es indebida inclusión de la conducta de Jesús G. en las normas por las que se le sanciona, lo que no constituye un quebrantamiento de forma sino, en su caso, una infracción de Ley a la que se refiere el artículo 849.1. Por ello el Motivo Segundo del recurso también debe ser desestimado.

DUODECIMO

1.–El Motivo Tercero de este recurso se formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal, «al no resultar acreditada la existencia de resoluciones administrativas dictadas por el recurrente que fueran injustas y arbitrarias».

Recoge el recurrente como el Tribunal de instancia afirma en el Fundamento de Derecho Primero de su sentencia que «un contrato administrativo no es una resolución, pero sí la exteriorización de una decisión, y como tal, aunque ésta no conste por ser tácita, coexiste con aquél en perfecta conjunción».

En base a ello subraya que la Sala «a quo» ha definido de forma clara lo que considera «resoluciones», que son las decisiones tomadas por el señor G. de las que traen causa los demás actos que se generan (contratos, pagos, etc.). Extrañándose de que siendo estas resoluciones las que por exigencia del principio de legalidad deban ser «injustas» y «arbitrarias», se haga por los Magistrados un mayor esfuerzo destinado a acreditar que dichas notas negativas existen en acciones y omisiones acaecidas con posterioridad.

Por otro lado señala como en la sentencia se afirma que el señor G. buscaba la consecución de un beneficio económico, que no se califique de ilícito, por lo que se le absuelve del delito de malversación de caudales públicos del que también había sido acusado, por entenderse que la prestación comercial-publicitaria pactada fue real y efectiva, teniendo «un importante valor económico y de promoción en el mercado actual».

De lo que deduce que los pagos efectuados por el Ayuntamiento de Marbella y por «Eventos 2000» fueron legítimos.

Determinado ya lo que se entiende por resolución, pasa el recurrente a analizar el concepto de «arbitrario» y de «injusto» utilizados en el artículo 404 del Código Penal.

Afirma en este aspecto que la jurisprudencia emanada de esta Sala ha perfilado los contornos de ambos términos en el sentido de que suponen una contradicción con el ordenamiento jurídico «patente, grosera, esperpéntica, clamorosa, notoria y manifiesta ([sentencia de 23 de enero \[RJ 1998, 50 \]](#) , [12 \[RJ 1998, 5314 \]](#) y [24 de junio \[RJ 1998, 5694 \]](#) y [29 de octubre de 1998 \[RJ 1998, 8307 \]](#))». Siendo concretamente lo «arbitrario» lo contrario a lo «racional».

Analiza a continuación el recurrente las circunstancias en las que se apoya la sentencia para condenar a Jesús G. y G. como autor de delitos de prevaricación, citando los siguientes:

A.–Ausencia de motivación de las resoluciones. A este respecto afirma que en nuestro ordenamiento jurídico «un acto inmotivado es un acto simplemente anulable y, por tanto, este criterio es absolutamente inapropiado para hacer descansar sobre el mismo nada menos que el peso de las notas de injusticia y arbitrariedad del acto».

B.–Utilización de la contratación directa, con ausencia de un proceso de selección y de información pública. Sobre ello dice el recurrente que el Tribunal no ha sido capaz de definir qué proceso debió seguirse para elegir a los Clubes que exhibirían el logotipo «Marbella», ni de citar una norma o

disposición que obligue en estos supuestos a convocar un concurso público. Añadiendo que el artículo 37.1 de la [Ley de Contratos del Estado \(RCL 1965, 771, 1026 y NDL 7365\)](#) y el artículo 120.1.1º del [Texto Refundido de Régimen Local \(RCL 1985, 799, 1372 y ApNDL 205\)](#) (citado en el voto particular) permiten la contratación directa cuando por causas técnicas o excepcionales no convenga promover la concurrencia de ofertas o licitadores.

C.–Falta de Competencia. Argumenta el recurrente que en la sentencia se habla de falta de competencia en base al informe pericial del señor M. M., Interventor del Estado. Pero que, sin embargo en el marco adecuado en este punto lo constituye la [Ley 34/1988, de 11 de noviembre \(RCL 1984, 2279\)](#), General de Publicidad, lo que supone que estamos ante unos «contratos privados de la Administración». Debiendo también tenerse en cuenta que el [Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril \(RCL 1986, 1238, 2271 y 3551\)](#), concede atribuciones a los Alcaldes para contratar cualquier servicio que no tenga una duración superior a un año ni exija créditos superiores al consignado en el Presupuesto anual. De lo que deriva que no existen unas claras conclusiones referidas a la incompetencia del Alcalde, sino que se trata de una materia sometida a interpretación normativa. A lo que hay que añadir que todas las actuaciones fueron convalidadas por el Pleno del Ayuntamiento por mayoría de dos tercios, en sesión celebrada el 24 de mayo de 1999.

D.–Irregularidades posteriores a las resoluciones dictadas de modo tácito por el señor G. Señala respecto a ellas el recurrente que precisamente por ser posteriores, no pueden formar parte del contenido del injusto de los delitos de prevaricación por los que se le condena. Pero que, además, no puede hablarse de falta total y absoluta de trámites, pues como del propio relato de hechos resulta, existieron dos Decretos de la Alcaldía firmados por el Alcalde en funciones; Providencia dictada para que el Interventor Municipal informará sobre los créditos a favor del Atlético de Madrid; Informe del aludido Interventor; Firma de dos Decretos el 29 de diciembre de 1995 autorizando el gasto y la dotación presupuestaria; diversos Informes emitidos por el Letrado señor S.; cartas dirigidas por el Alcalde a los Clubes contratantes; suscripción por el señor M. P. de un Convenio con Dorna; y aprobación por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de la celebración de una subasta de bienes muebles e inmuebles.

Teniendo en cuenta todo ello se afirma en el recurso:

–Que los contratos otorgados entre el Ayuntamiento y Eventos 2000 y los Clubes son legítimos, mostrando una voluntad y un acuerdo concurrente en las partes, habiendo sido cumplidas las obligaciones contraídas.

–Que la sentencia no distingue entre injusticia y arbitrariedad, mostrando también incapacidad para deslindar el contenido del injusto de los delitos de prevaricación y tráfico de influencias.

Concluyendo con la petición de que la sentencia sea casada «al no constatarse los requisitos del tipo objetivo de lo injusto de los delitos de prevaricación por los que se condena al señor G. y G.».

2.–En el Motivo Séptimo, por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también se denuncia la aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal, ahora por no resultar acreditada la concurrencia en las cuatro conductas enjuiciadas «de un mínimo contenido de antijuridicidad material».

Estudia el recurrente en primer lugar el concepto de interés general, así como el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública.

Para ello, tras indicar que deben quedar excluidas del ámbito típico aquellas conductas que no supongan una lesión o pongan en peligro un bien jurídico, sino que sean meras infracciones formales de los deberes del funcionario sin transcendencia negativa para la sociedad, dice que «con el afianzamiento del modelo constitucional del Estado social y democrático de Derecho, el interés público ha ido trasladando su centro de gravedad del Estado a los ciudadanos para otorgar finalmente a éstos el protagonismo que les había sido históricamente arrebatado».

Por ello lo que se exige jurídica y humanamente al funcionario es «una racionalidad objetiva en la decisión», sin entrar a analizar «el “iter” decisorio subjetivo más propio de un modelo inquisitorial».

En consecuencia «los únicos casos de conflictos de intereses que pueden ser susceptibles de sanción penal son aquellos que se traducen en la infracción de la objetividad en las decisiones».

Aplicando estos conceptos a los hechos de autos argumenta el recurrente que «si la prestación se llevó a cabo, si no consta probado perjuicio material alguno, todo el discurso acusatorio queda reducido a si la decisión fue o no formalmente adecuada a derecho. En este sentido no emerge el daño a la función pública —a los intereses generales— y no se objetiviza la pretendida lesión como expresión de la afección del bien jurídico. No se acredita la concurrencia de un efecto negativo para terceros objetivamente imputable a la decisión adoptada y calificada como prevaricadora. Ningún club o institución deportiva o de otra índole ha concurrido alegando supuesta vulneración de su derecho a concurrir; ningún derecho perteneciente a ciudadanos o entidades —públicas o privadas— se ha visto postergado o puesto en peligro».

De lo que deduce el recurrente que sin contradecir los hechos probados, se puede «afirmar la ausencia de todo contenido de antijuridicidad material en las conductas examinadas», por lo que debe dejarse sin efecto la condena impuesta al señor G. como autor/inductor de cuatro delitos de prevaricación.

3.—En los Motivos Cuarto, Quinto y Sexto se insiste en considerar indebidamente aplicado el artículo 404 del Código Penal, pero ahora con referencia concreta y separada a las conductas descritas en los apartados 2º, 3º y 4º de los Hechos Probados, relativos respectivamente al club de baloncesto Juventut de Badalona, al Real Betis Balompié y a los clubes de fútbol Sevilla y Atlético de Madrid.

En los Motivos Cuarto y Quinto se limita el recurrente a dar por reproducido el contenido íntegro del Tercero para evitar innecesarias repeticiones, dada la identidad fáctica de los supuestos.

En el Motivo Sexto referido a la conducta calificada como constitutiva de un delito «continuado» de prevaricación, alega el recurrente que los contratos suscritos por el señor P. no pueden ser calificados como resoluciones administrativas en cuanto suponen únicamente la exteriorización de una anterior «decisión» de lo que deriva que el considerado autor de la infracción penal no ha dictado resolución alguna de naturaleza administrativa.

4.—El Motivo Octavo se formaliza para el supuesto de que no sean estimados los anteriores, y en él se aduce que el artículo 404 del Código Penal no puede ser aplicado a los hechos de autos «al no resultar acreditada la concurrencia del elemento subjetivo que el tipo de lo injusto requiere: el dolo o conciencia de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones; lo que es aplicable a los cuatro delitos de prevaricación por los que se condena al señor G.

Expone el recurrente que la sentencia no hace referencia alguna a este elemento subjetivo, lo que demuestra que la Sala se ha quedado en la mera contemplación de una irregularidad administrativa, sin diseñar el elemento objetivo del delito, ni establecer el subjetivo, es decir, que las resoluciones se adoptaron con dolo directo, «a sabiendas».

Por ello, tras hacer constar que de acuerdo con los hechos probados todos los pagos fueron fiscalizados por el Interventor municipal, y que los actos de patrocinio o esponsorización fueron públicos y notorios, llega a la conclusión de que «no puede afirmarse la concurrencia de un actuar doloso en el señor G. y G. en ninguno de los supuestos por lo que ha sido condenado».

5.—El cauce elegido para formular estos Motivos, número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obliga a que nos refiramos a los hechos que en la sentencia se declaran probados, que podemos sintetizar del siguiente modo:

Hecho 1º.—Jesús G. y G., Alcalde del Ayuntamiento de Marbella, cabeza de lista del Grupo GIL en la que estaba incluido Pedro R. Z., y este último, ya Primer Teniente Alcalde del citado Ayuntamiento, acordaron, según idea del primero, que en las temporadas 1991-1992 y 1992-1993 los jugadores del Atlético de Madrid, Club del cual Jesús G. era Presidente y titular de la gran mayoría del capital social, lucieran en sus camisetas de forma visible el anagrama «Marbella», lo que sería retribuido con 225 millones de pesetas por cada una de las dos temporadas, cantidades que habrían de

abonarse con cargo a los fondos del Ayuntamiento de Marbella. La decisión se tomó sin consulta ni autorización alguna de los Organos Municipales interesados, sin intervención del Secretario de la Entidad, sin reflejo registral ni control fiscal y sin incoarse expediente administrativo alguno. «No tuvo conocimiento el Pleno Municipal y con fecha 26 de diciembre de 1995 (3-4 años después), el Interventor del Ayuntamiento no conocía que hubiese antecedentes municipales de tales operaciones.»

Hecho 2º.—«En el mes de diciembre de 1992, el equipo de baloncesto Juventut de Badalona comenzó a exhibir en las camisetas de sus jugadores el logotipo “Marbella”, cosa que hizo hasta el fin de la temporada, en junio de 1993, en virtud de las negociaciones que de modo directo y unilateral realizó el acusado Jesús G. y G. con los representantes de Dorna, Promoción del Deporte, SA, en la que concertó la sponsorización dicha por importe de 200 millones de pesetas, que se abonarían con cargo a los fondos del Ayuntamiento de Marbella, que no fue consultado ni prestó autorización para tal acuerdo, careciendo de dotación presupuestaria al efecto».

Hecho 3º.—El 11 de agosto de 1992 Jesús G. y G., actuando como representante de la Sociedad mercantil Eventos 2000, SL, creada por el Ayuntamiento de Marbella con capital íntegramente suscrito por éste con fondos públicos, a pesar de no tener poderes para ello, «sin disponerse en el Ayuntamiento de la dotación presupuestaria correspondiente y con omisión de todos los requisitos legales de ineludible cumplimiento suscribió en papel común, sin sello ni membrete del Ayuntamiento ni de la citada Sociedad, un contrato de sponsorización con el Real Betis Balompié, SAD, en el que esta sociedad deportiva se obligaba a exhibir en las camisetas de sus jugadores en los eventos deportivos en que participase, el logotipo “Marbella”, pactándose la cantidad de 40 millones de pesetas».

Hecho 4º.—Jesús G. y G., persistiendo en la idea de publicitar el logotipo de la ciudad de Marbella, dio instrucciones a Modesto P. C. C., Gerente de la Sociedad Municipal Eventos 2000, para que concertara con determinadas entidades deportivas la realización de los Sponsor. «En tal virtud, el día 22 de julio de 1994, tras haber tenido negociaciones Jesús G. ..., se suscribió un contrato de sponsorización entre P. C. C. y C. V. (Presidente del Sevilla Club de Fútbol), constándole a P. C. C. que el Ayuntamiento de Marbella no había sido consultado» contrato por el que el Sevilla se comprometía a lucir por dos temporadas el logotipo «Marbella a cambio de 60 millones de pesetas por cada temporada “con cargo a los fondos de la entidad municipal”. También se contrató la esponsorización con el Atlético de Madrid de idéntica forma por el precio de 150 millones de pesetas por temporada, “conociendo P. C. C. que no había sido consultado el Ayuntamiento de Marbella y que no había dotación presupuestaria”».

Estos hechos se completan con las siguientes consideraciones incluidas en los Fundamentos de Derecho Primero y Tercero:

—«Un contrato administrativo no es una resolución pero sí la exteriorización de una decisión y como tal, aunque no conste por ser tácita, coexiste con aquél en perfecta conjunción».

Concepto de resolución conforme con el sostenido en repetidas ocasiones por la Sala, como declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecta a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (ver [sentencia de 14 de noviembre de 1995 \[RJ 1995, 8308 \]](#)).

—«En el acusado Jesús G. y G. se daba desde el momento de acceder al cargo de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella, la doble condición de Alcalde de esta ciudad y Presidente del Club Atlético de Madrid, SAD Sociedad de la que era titular aproximadamente del 85% de las participaciones. Esta coincidencia matiza las cosas desde el primer momento, pues la más elemental de las máximas de experiencia y de la lógica, nos indica que fue él, y no otro, el que decidió que fuera el Club Deportivo que presidía el que iba a tomar, más o menos en exclusiva, la publicidad dinámica del logotipo “Marbella” para ser exhibido en cuantos eventos deportivos participase».

—«Jesús G. y G. se concertó directa y unilateralmente con la entidad Dorna Promoción del Deporte a fin de que el Juventut de Badalona ponsorizase el logotipo Marbella en sus camisetas deportivas, publicidad dinámica ésta que irrumpió en diciembre de 1992 sin antecedente municipal alguno. Este

acuerdo, decisión personal de Jesús G., y por el que obligó al Ayuntamiento de Marbella en 200 millones de pesetas, ha de entenderse en el marco de la importante cantidad de dinero (1.300 millones de pesetas) que Dorna en fechas próximas había transferido al señor G. para poder realizar una operación de suma importancia para el Club, y que después éste devolvió a Dorna».

–«De nuevo nos encontramos con una decisión que se exterioriza directamente en un contrato con el Club de Fútbol (Betis), elegido de modo caprichoso, sin que se hayan llegado a conocer las circunstancias que motivaron esta elección, y con la trasgresión manifiesta de la capacidad para obligarse por Eventos 2000 –en última instancia se obligaban las arcas Municipales–, habida cuenta de que hasta el 30 de octubre de 1992 no recibió poderes de la Sociedad Municipal citada. Antes no los tenía, y así lo declaró el propio Jesús G. y G. en el acto del Juicio Oral del día 5 de junio de 2000, donde dijo que el Ayuntamiento y Eventos 2000 eran lo mismo».

–«El acusado G. y G. da instrucciones a Modesto P. C. C. a fin de que desarrolle una decisión tomada por aquél, en uso de la superior posición jerárquica que ocupa, al tratarse de hombre de confianza suyo, que fue designado por el propio Alcalde para dirigir y gestionar la Sociedad Eventos 2000». En esta tesitura, ignorándose de nuevo todos los trámites esenciales del procedimiento, sin dotación presupuestaria al efecto, P. C. C. que por su condición de abogado y funcionario era conocedor de dichas circunstancias, procede a contratar la esponsorización por cinco temporadas con el Atlético de Madrid, y por dos temporadas con el Sevilla, SAD.

6.–En sentencias de esta Sala se insiste en que la arbitrariedad de una resolución administrativa puede producirse por una absoluta falta de competencia de quien la toma; por inobservancia de las más elementales normas del procedimiento; y por el propio contenido sustancial de la resolución.

No se trata de que cumulativamente se produzcan estas tres situaciones, siendo suficiente con la existencia de cualquiera de ellas.

Ya se ha recordado que en el párrafo diez del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de instancia se resume la conducta del acusado Jesús G. diciendo que «en suma, se han infringido las normas que determinan la competencia jurídico-decisoria, se ha infringido el principio de “legalidad presupuestaria” (no se puede contratar sin crédito. Artículo 143 y ss. de la [Ley de Haciendas Locales 39/1988 de 28 de diciembre \[RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851 \]](#)), se ha obviado la actuación legal de órganos como la Intervención Municipal y la Fe Pública, funciones esenciales de las Corporaciones (se invoca a este respecto el artículo 2 del [Real Decreto 1174/1987 de 18 de septiembre \[RCL 1987, 2160 y 2280 \]](#) en materia de Fe Pública y Asesoramiento legal preceptivo). Y en general se prescindió de los trámites administrativos más esenciales».

Efectivamente, sin entrar a discutir todas y cada una de las afirmaciones contenidas en el transcrito párrafo, de los hechos probados resulta que Jesús G. y G., en un corto lapso de tiempo, comprometió fondos del Ayuntamiento de Marbella en el concreto aspecto de la publicidad en camisetas de jugadores de entidades deportivas, por una cifra que ronda los mil millones de pesetas, parte importante de la cual benefició al Club que él preside y en el que tiene la titularidad de gran parte del capital, y a una sociedad a la que quería agradecer un importante favor de contenido económico que le había hecho.

Decisiones adoptadas sin conocimiento del Pleno del Ayuntamiento ni del Interventor, careciendo de dotación presupuestaria específica que amparase los pagos que asumía, y sin previa formación de expediente alguno, ya que las actuaciones que se recogen en la sentencia, como reconoce el recurrente, son posteriores a la adopción de tales decisiones. Es decir, se han adoptado una serie de decisiones en asuntos administrativos sin observar ninguna de las prescripciones legalmente establecidas para ello.

De esta forma se ha burlado el funcionamiento democrático de los Ayuntamientos, en el que resulta esencial la participación de los distintos grupos que lo integran, que ejercen el control político de las decisiones discrecionales que puedan adoptarse. Y también la del Interventor, a quien corresponde el control económico como garantía del ajuste de los gastos al presupuesto previamente aprobado.

Afirma el recurrente que «en los delitos contra la función pública deben valorarse, sobre todo, la trascendencia social de la infracción como uno de los criterios que van a permitir distinguir la infracción administrativa de la penal».

Y trascendencia social indudable tiene el que una persona, aunque ocupe la relevante posición de Alcalde, actúe, contrate y comprometa fondos municipales sin más regla de actuación que su propia voluntad, haciendo superflua la presencia de los demás órganos integrantes del Ayuntamiento, tanto técnicos como políticos.

No se puede afirmar que el resultado obtenido (fin) justifica el egocéntrico procedimiento seguido (medios).

Como se dice en la sentencia 227/1998, de 19 de octubre, «se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular».

Siendo evidente que en este caso ninguna razonable interpretación de las normas jurídicas que debieron ser aplicadas por el Alcalde don Jesús G., amparan su conducta.

7.–Es cierto que junto al elemento objetivo del delito de prevaricación administrativa, dictar una resolución injusta y arbitraria en un asunto de esa naturaleza, se exige para que se produzca la tipicidad de la conducta la concurrencia de un elemento subjetivo, actuar a sabiendas, con conocimiento pleno de la injusticia de la resolución.

Este delito según el nuevo Código Penal únicamente puede ser cometido por dolo directo. Así lo demuestra, además de la indicada expresión «a sabiendas», la supresión del párrafo segundo del anterior artículo 358, en el que se sancionaba al funcionario público que dictara, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo, y la no tipificación específica de la modalidad imprudente dentro del nuevo sistema de «numerus clausus» adoptado.

Por tanto se comete el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico, adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado, y antepone su voluntad a cualquier otra consideración (ver sentencia 1526/1999).

Una vez más hemos de remitirnos en este punto a los hechos probados de la sentencia de instancia, en los que se refleja una persistente conducta del acusado que elude sistemáticamente el asesoramiento de los órganos técnicos municipales, para llegar a la razonable y lógica conclusión de que ni desconocía ni podía desconocer que actuaba al margen de todo procedimiento legal, rigiéndose únicamente por los dictados de su voluntad.

Nos referiremos ahora el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella de 24 de mayo de 1999 en el que por mayoría de 2/3 se ratifican las anteriores gestiones hechas por Alcalde y Concejales, según se recoge en el inciso final del Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia de instancia.

En ciertos casos, cuando un acuerdo de esta naturaleza sigue inmediatamente a la resolución no correcta del Alcalde, se estima en el ámbito de la responsabilidad contable que con él se sanan los defectos formales en que se había incurrido.

Más en este caso el acuerdo se produce en mayo de 1999, cuando ya se había incoado este procedimiento penal, pieza separada de las Diligencias Previa 1321/1998, y años después de haberse realizado las conductas descritas en los apartados 1º, 2º y 3º de los hechos probados cuando, como se indica en la sentencia, la esfera penal había quedado cerrada; por lo que el indicado acuerdo no produce efecto alguno respecto a la tipificación penal de las conductas enjuiciadas.

Resulta procedente señalar por último que en decisión no discutida en casación, en la sentencia se estima que los delitos de prevaricación administrativa y de tráfico de influencias suponen un

concurso de normas (párrafo primero del Fundamento de Derecho Tercero), por lo que respecto a las conductas descritas en los apartados 1ª y 4ª de los hechos probados, que se estiman constitutivas de ambos delitos, se imponen las penas que se consideran más graves, las previstas en el artículo 404 bis a) del Código Penal de 1973, lo que supone que los delitos de prevaricación en tales apartados apreciados, quedan sin sanción individual propia.

En base a lo expuesto hemos de concluir que los Motivos Tercero a Octavo del recurso de don Jesús G. y G., en cuanto denuncian por la vía del artículo 849.1 de la Ley Procesal la indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal de 1973 y su consiguiente condena como autor de cuatro delitos de prevaricación administrativa, uno de ellos continuado, deben ser desestimados.

DECIMOTERCERO

1.–En el Motivo Noveno, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la aplicación indebida del artículo 404 bis a) del Código Penal Texto Refundido de 1973, «al no resultar acreditada la existencia de influencia ni beneficio económico típicos».

Argumenta el recurrente que la conducta descrita en el citado precepto sustantivo penal consiste en que una autoridad o funcionario público «influya» en otra «prevaliéndose» de una situación de superioridad que puede provenir de múltiples causas, lo que para un sector de la doctrina supone una actuación parecida a la constitutiva de amenazas sin llegar al constreñimiento físico o psíquico, teniendo también alguna relación con el llamado estupro de prevalimiento del anterior artículo 434 del Código Penal, como se expuso en los correspondientes debates parlamentarios.

Añade que la consecución de una ventaja o provecho para sí o para un tercero se erige en el presupuesto mínimo de la intervención punitiva, siendo exigible tanto la adopción de una resolución como que ella genere un beneficio económico. Debiendo también existir una relación causal entre la conducta del agente y el indicado resultado.

Precisa el recurrente que para algunos autores lo relevante no es tanto la obtención de un beneficio económico, como que éste se alcance a costa de intereses legítimos preferentes, violando las reglas del juego democrático de la libre competencia.

Requisitos que entiende no concurren en este caso que en el Hecho Probado Primero de la sentencia de instancia se dice que ambos acusados, Jesús G. y G. y Pedro R. Z., «acordaron» según idea del primero que en las temporadas futbolísticas 1991-1992 y 1992-1993 los jugadores del Atlético de Madrid lucieran en sus camisetas el logotipo «Marbella» para una retribución que se cifraba en 225 millones de pesetas por cada una de las dos temporadas. Así como que «la decisión que tomaron los acusados, ideada por G. y G. y que se materializó del modo relatado tras persuadir a R. Z. ...».

Estimando claro que en los términos acordar, persuadir y tomar una decisión común, no suponen influir prevaliéndose.

A lo que se añade la falta del exigible sacrificio de intereses generales, ya que si bien es innegable que el señor G. fue y es Alcalde de Marbella y Presidente del Atlético de Madrid, por lo que en él confluyen intereses particulares y públicos, las decisiones que se adoptaron lo fueron «en el deseo de conseguir beneficios para el Municipio y comarca de Marbella, aunque se favorezca también a los clubes deportivos en justa contraprestación», como se dice en el voto particular formulado por el Presidente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga.

2.–El llamado delito de tráfico de influencias fue introducido en el Código Penal por la [Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo \(RCL 1991, 798 \)](#). En el entonces artículo 404 bis a) aplicado en este caso, de redacción similar aunque no idéntica a la del actual artículo 428, se decía:

«El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para

tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido».

Los elementos que constituyen este delito son pues los siguientes:

1. Que el autor sea autoridad o funcionario público.
2. Que el sujeto actúe con el propósito de conseguir directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.
3. Que para lograrlo influya en otra autoridad o funcionario público prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.

Estas cualidades están definidas en el artículo 24 del Código Penal.

El término «influir» –ejercer predominio o fuerza moral– resulta excesivamente amplio, por lo que se ha completado con el de «prevalerse», en el que el legislador incluye el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas.

Señala la doctrina que si bien en principio parece puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el «prevalimiento» es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas convocatorias.

En definitiva, la resolución debe ser objetivamente imputable a la presión ejercida, en el sentido de que no se hubiera producido sin tal influencia.

Algún sector de la doctrina añade que la decisión que se adopte debe ser injusta, requisito que no aparece recogido en los preceptos penales examinados.

La [sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 \(RJ 1998, 1986\)](#) lo que exige es solamente que la decisión sea parcial o no del todo imparcial; lo que resulta conforme con la postura que estima que si la resolución fuera delictiva o injusta, estaríamos además ante un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho, a sancionar como concurso de delitos en relación de medio a fin (ver [sentencia 1312/1994, de 24 de junio \[RJ 1994, 5031\]](#)).

Lo que claramente exige el Código Penal es que la resolución genere un beneficio económico para el sujeto activo o para un tercero.

Siendo de señalar por último que nos encontramos ante un delito doloso, no solamente porque el legislador no ha tipificado expresamente la conducta culposa, sino porque la misma estructura del delito –influir prevaliéndose– así lo reclama.

3.–En el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia que ahora se impugna, la Sala «a quo» hace las siguientes afirmaciones:

«En el acusado Jesús G. y G., se daba desde el momento de acceder al cargo de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella, la doble condición de Alcalde de esta ciudad y Presidente del Club Atlético de Madrid, SAD, Sociedad de la que era titular aproximadamente del 85% de las participaciones. Esta coincidencia matiza las cosas desde el primer momento, pues la más elemental de las máximas de experiencia y de la lógica, nos indica que fue él, y no otro, el que decidió que fuera el Club Deportivo que presidía el que iba a tomar, más o menos en exclusiva, la publicidad dinámica del logotipo “Marbella” para ser exhibido en cuantos eventos deportivos aquél participase.»

«Estamos ya definiendo, lo que consideramos que fue una “elección interesada”; y decimos esto porque, al margen del Servicio comercial publicitario que se prestó puntualmente, el valor de

mercado que sin duda tal objeto de comercio debe tener y tiene, latía en el fondo el interés por obtener un beneficio económico (no decimos ilícito, sólo económico), que supone sponsorizar un logotipo publicitario a cambio de dinero y que, a su vez, no le fuera rivalizado por un tercero, o incluso obstaculizada la idea, a la vista de la oposición que podría haber expuesto otro u otros grupos políticos municipales y de la información que pudieran dar los medios de comunicación. Todo esto se evitó acudiendo al modo de decisión directa que se produjo.»

«Los contratos citados que suscribe R. Z., así como los Decretos de iguales fechas y los posteriores, son el resultado de la inducción y de la influencia, que, para evitar el escollo de la incompatibilidad, ejerció sobre él el acusado Jesús G., prevaliéndose de su superior jerarquía como Alcalde, obteniendo así el beneficio citado».

De ello y de lo recogido en los Hechos Probados de la sentencia resulta:

–Que en el año 1991 Jesús G. y G. que era Presidente del Club de Fútbol Atlético de Madrid, que militaba en la Primera División, decidió concurrir a las Elecciones Municipales a celebrar en ese año encabezando las listas del Grupo GIL con la aspiración de convertirse en Alcalde de Marbella, cargo para el que fue efectivamente elegido en el mes de junio.

–Que Pedro R. Z., Licenciado en Derecho y Secretario del Ayuntamiento en excedencia, concurrió a la mencionada convocatoria electoral en las listas del indicado Grupo GIL, resultando elegido Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella.

–Que los días 15 de julio de 1993 y 22 de agosto de 1994, invocándose la existencia de unos contratos de fechas 14 de julio de 1991 y 24 de julio de 1992 en los que se pactaba entre Pedro R. Z. por el Ayuntamiento de Marbella y Enrique C. T. como vicepresidente del Atlético de Madrid, que los jugadores de este Club lucirían en sus camisetas el nombre de «Marbella» a cambio del pago de 250 millones de pesetas por cada una de las dos temporadas convenidas, el señor R. Z. reconoció la obligación de la Corporación de satisfacer la cantidad de 450.000.000 de pesetas al Atlético de Madrid, cantidad que fue íntegramente abonada a dicha entidad.

–Que en todo momento Pedro R. Z., que ninguna relación tenía con el Atlético de Madrid, actuó en razón a la inducción que para evitar el escollo de la incompatibilidad ejerció sobre él Jesús G. y G., que era superior jerárquico como Alcalde y cabeza de la lista en la que se había presentado a las elecciones municipales.

–Que en Jesús G. ha existido siempre el propósito y la voluntad de que los reseñados contratos fueran efectivamente realizados, con el consiguiente beneficio económico para el Club que preside.

De lo expuesto resulta que en la conducta del acusado recurrente se dan los requisitos objetivos y subjetivos que configuran el delito descrito en el artículo 404 bis a) del anterior Código Penal tal como se han expuesto en el Fundamento Jurídico anterior, por lo que el Motivo Noveno de este recurso debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO

En el Motivo Décimo, también por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega «imposibilidad de subsumir la conducta descrita en el ordinal 4º en la norma sustantiva indebidamente aplicada –artículo 404 bis a) del Código Penal anterior–, al no resultar acreditada la existencia de influencia ni beneficio económico típicos».

En la sentencia impugnada consta:

–«En el año 1992, el Ayuntamiento de Marbella había decidido crear con un aporte de capital íntegramente suscrito por el mismo con fondos públicos, la sociedad mercantil municipal Eventos 2000, SL, que quedó inscrita en el Registro Mercantil de Málaga el 25 de marzo de 1992, transfiriéndosele con posterioridad más fondos públicos».

–El acusado Modesto P. C. C., Gerente de la Sociedad Municipal Eventos 2000, siguiendo instrucciones recibidas de Jesús G. y G. y persuadido por él «por virtud de la dependencia jerárquica

que le vinculaba al alcalde», suscribió los contratos de sponsorización con los clubes de fútbol Sevilla y Atlético de Madrid que se reseñan.

«El acusado G. y G. da instrucciones a Modesto P. C. C. a fin de que desarrolle la decisión tomada por aquél, en uso de la superior posición jerárquica que ocupa, al tratarse de hombre de confianza suyo, que fue designado por el propio Alcalde para dirigir y gestionar la Sociedad Eventos 2000» (Fundamento de Derecho Tercero).

Sobre esta base, y remitiéndonos a lo razonado en el Fundamento Jurídico anterior, hay que concluir que el acusado Jesús G. y G. sí influyó prevaliéndose de su situación personal y administrativa en el también acusado Modesto P., razón por la que éste tomó las resoluciones plasmadas en los contratos recogidos en el hecho probado cuarto, con el consiguiente beneficio directo para el Atlético de Madrid, club del que el señor G. y G. era Presidente y titular de la mayor parte del capital; por lo que el Motivo Décimo del recurso debe ser igualmente desestimado.

DECIMOQUINTO

El Motivo Undécimo se formula en base al artículo 5.4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375 \)](#), por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.2 de la Constitución.

Denuncia el recurrente «la irracionalidad de la sentencia recurrida en cuanto se aparta de los criterios de la razón, de la lógica y de la experiencia». Afirma que «todo el ejercicio de la acusación ha pivotado, desde su inicio, sobre dos pilares: los contratos y los decretos eran falsos y, por consiguiente, las cantidades pagadas fueron malversadas. Ahora bien, como quiera que el Tribunal “a quo” absuelve de los delitos de falsedad y de malversación de caudales públicos, todo el edificio acusatorio se desmorona». Concluyendo con la estimación de que «la condena impuesta al señor G. como consecuencia de su autoría y/o participación en cuatro delitos de prevaricación y dos de tráfico de influencias, se fundamenta en omisiones, lagunas, imprecisiones y contradicciones en el terreno fáctico así como en una errónea interpretación de las normas penales aplicables».

Precisamente al estudio, examen y análisis de forma específica, de estos delitos se han dedicado los Fundamentos de Derecho Decimosegundo, Decimotercero y Decimocuarto, por lo que a lo en ellos expuesto nos remitimos para desestimar el Motivo Undécimo y último del recurso de don Jesús G. y G.

Recurso de Pedro R. Z.

DECIMOSEXTO

El Motivo Primero se formula al amparo del inciso tercero del número 1 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consignar como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

Alega el recurrente que en el factum de la sentencia se afirma que la decisión administrativa por la que finalmente se condena se tomó sin autorización de los «órganos municipales competentes» y sin que se cumplieran «requisitos ineludibles» de procedimiento. Expresiones jurídicas que figuran indebidamente en los hechos probados como si se tratara de cuestiones fácticas, lo que provoca una situación de manifiesta indefensión, ya que hace imposible su impugnación.

El defecto «in iudicando» denunciado se produce cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre al tipo delictivo aplicado.
2. Que tales expresiones sólo sean asequibles a entendidos en derecho y no propias del lenguaje común.
3. Que tengan relación causal con el fallo.
4. Que suprimidas den lugar a un vacío fáctico que haga incongruente el fallo.

Requisitos que no concurren en este caso ya que las expresiones «órganos municipales competentes» y «requisitos ineludibles» aparecen incluidas en el amplio relato que de los hechos se hace en el apartado primero de la narración fáctica, desarrollado en los razonamientos jurídicos de la

sentencia, especialmente en su Fundamento de Derecho Tercero.

Es de notar que las mismas no están recogidas en los artículos 358 y 404 de los Códigos de 1973 y 1995 definidores del delito de prevaricación administrativa. Y que la apreciación de que su sola concurrencia determina un fallo condenatorio por este delito es cuestión que será analizada en esta sentencia.

También es de notar que su inclusión en los Hechos Probados no produce indefensión alguna, como lo demuestra que en el Motivo Segundo del recurso se pueda discutir si el artículo 404 del Código Penal de 1995 ha sido o no correctamente aplicado.

Por todo ello el Primer Motivo del recurso debe ser desestimado.

DECIMOSEPTIMO

En el Motivo Segundo, por el cauce del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega incorrecta aplicación del artículo 404 del actual Código Penal a Pedro R. Z.

1. Los dos Magistrados que constituyen mayoría en el Tribunal de instancia, tras relatar en el apartado primero de los Hechos Probados la forma en que se convino que el Club de Fútbol Atlético de Madrid luciera en las temporadas 1991-1992 y 1992-1993 en las camisetas de sus jugadores el logotipo «Marbella» a cambio de retribución de 250 millones de pesetas por temporada, explica en el Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia la razón por la que se considera que tales hechos son constitutivos de un delito de prevaricación tipificado en el artículo 404 del Código Penal de 1995.

Citan para ello la opinión del perito señor M. M. (folios 2595 y siguientes del Rollo de Sala) «demostrativa de que la naturaleza de la contratación efectuada es la de un contrato de asistencia y de servicios de publicidad, regulado en el [Decreto 1005/1974, de 4 de abril \(RCL 1974, 847; NDL 7398\)](#), complementado por Orden de 24 de noviembre de 1992 en relación con el [Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero \(RCL 1982, 740 y 951; ApNDL 3042\)](#), modificado por [Real Decreto 52/1991, de 28 de enero \(RCL 1991, 224\)](#) ».

Siguen recogiendo las manifestaciones del citado perito relativas a que «el límite de competencia del Alcalde para contratar directamente era de 10 millones de pesetas según Decreto 1005/1974, elevado a 15 millones de pesetas por Real Decreto 1842/1991, lo que unido a lo dispuesto en el artículo 155 de la [Ley Reguladora de Haciendas Locales \(RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851\)](#) y por tratarse además de una obligación plurianual, determinaban la falta de competencia jurídico-decisoria del Alcalde para otorgarlos, aun cuando, en el peor de los supuestos, situaríamos la cifra de contratación directa en 50 millones de pesetas».

Y añaden que en opinión del perito don Juan Antonio M. que hacen suya:

–El [Real Decreto-ley 781/1986 \(RCL 1986, 1238, 2271 y 3551\)](#) que aprueba el Texto Refundido de Régimen Local, establece en su artículo 23.1º.c) que correspondía al Pleno Municipal la contratación de servicios de duración que excedieran de un año o exigiera créditos superiores a los consignados en el presupuesto anual; lo que ocurría en el presente caso que exigía créditos de más de un presupuesto.

–Los contratos debieron ser firmados por el Secretario Municipal para dar fe de su fecha; debieron igualmente ser contabilizados por el Interventor Municipal; deberían estar inscritos en el Libro de Resoluciones del Alcalde que custodia el Secretario (artículos 200 y 203 del [Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales \[RCL 1986, 3812 y RCL 1987, 76\]](#)); y deberían haberse comunicado al Gobierno Civil y a la Administración Autonómica (artículo 196.3º de este Texto Legal).

En base a lo cual concluyen los Magistrados que representan la posición mayoritaria de la Sala que:

«Nos encontramos ante una actuación municipal ordenando gastos sin la intervención de Organismo competente y con ausencia de inexcusables trámites administrativos, infringiéndose con ello los

procedimientos de Ordenación de gastos (artículo 21.1 f de la Ley 7/1985 de 2 de abril y artículo 24.c del Real Decreto Legislativo 781/1986), licitación pública (artículo 118 del Real Decreto Legislativo 781/1986), capacitación para contratar e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 5.4 del [Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales \[RCL 1953, 1054 y NDL 22515\]](#) , artículo 9.6 del [Decreto 923/1965 \[RCL 1965, 771, 1026 y NDL 7365\]](#) y artículo 12.c de la [Ley 53/1984 \[RCL 1984, 14 y ApNDL 1975-85, 6601\]](#)).»

«En suma, se han infringido las normas que determinan la competencia jurídico-decisoria, se ha infringido el principio de “legalidad presupuestaria” (no se puede contratar sin crédito, artículos 143 y siguientes de la Ley de Haciendas Locales 39/1988 de 28 de diciembre), se ha obviado la actuación legal de órganos como la Intervención Municipal y la Fe Pública, funciones esencialmente de las Corporaciones (se invoca a este respecto el artículo 2 del [Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre \[RCL 1987, 2160 y 2280\]](#) en materia de Fe Pública y Asesoramiento Legal Preceptivo). Y en general se prescindió de los trámites más esenciales».

2.–En el recurso que ahora se estudia se pretende demostrar que las causas de ilegalidad administrativa en que se basa la sentencia no son tales ya que:

1. El órgano municipal competente para llevar a efecto los contratos a que se refiere el hecho de autos era el Alcalde y no el Pleno del Ayuntamiento.
2. El sistema de adjudicación utilizado, contratación directa, fue el correcto.
3. Los contratos tenían naturaleza civil, no administrativa, por lo que podían formalizarse en documento privado.
4. El Interventor fiscalizó la fase fundamental del procedimiento, aquélla en que se acordó y llevó a efecto el pago de las cantidades convenidas.

Así, con base en los artículos 2, 9 y 24 de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 y a los artículos 4.1, 2 y 3 de la Ley de Contratos del Estado vigente en aquellas fechas, Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y con cita de la «teoría de los actos separables», entiende que estamos ante un contrato privado de la Administración, y no de unos contratos administrativos, por lo que no era necesaria la intervención del Secretario del Ayuntamiento ni el otorgamiento de escritura pública, siendo los documentos privados la forma habitual en los contratos deportivos.

También, argumentando con apoyo en los artículos 2.1 de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, y 24 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, dado que lo que exigen estos preceptos para que sea competencia del Pleno es que los contratos «tengan una duración superior a un año», lo que no ocurría en el presente caso, llega a la conclusión de que la competencia era del Alcalde.

Añadiendo que según se razona en la [sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1996 \(RJ 1996, 1275\)](#) , en materia de competencia la nulidad absoluta sólo se produce cuando la misma falta «ratione materiae» o loci, pero no cuando falta la competencia jerárquica, como en el caso de autos, estándose entonces ante una mera anulabilidad susceptible de convalidación, como ocurrió en el presente caso según se recoge en la sentencia de instancia (página 24).

Por último, respecto a la necesidad de acudir al sistema de concurso, se subraya que en la misma sentencia se dice que «no se trataba de hacer un concurso de Clubes», lo que por otra parte hubiera exigido dirigirse a una multitud de entidades deportivas. Y que, en todo caso, estaríamos ante una simple incorrección administrativa.

Por todo ello, se concluye afirmando que «la interpretación más razonable de la normativa administrativa aplicable lleva a la conclusión de que el Alcalde era competente, el sistema de adjudicación utilizado (contratación directa) fue adecuado, los contratos tenían naturaleza civil, no administrativa, pudiendo hacerse en documento privado, y el Interventor fiscalizó la fase fundamental

del procedimiento, aquella en la que se acordó y llevó a efecto el pago de las cantidades correspondientes; por lo que no existe el delito de prevaricación por el que ha sido condenado Pedro R. Z.

3.–El anterior Código Penal incluía dentro de su Título VII –«Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»–, en un mismo Capítulo –«De la prevaricación»–, tanto la proveniente de los jueces como la de los funcionarios públicos. En cambio el actual Código sanciona estas dos conductas de forma separada. Así, mientras que a la prevaricación judicial dedica el Capítulo I del Título XX –«Delitos contra la Administración de Justicia»–, la de los funcionarios públicos se encuentra penada en el Título XIX –«Delitos contra la Administración pública»–, y más concretamente en el artículo 404 en el que se establece 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».

En este ámbito de la función pública el bien jurídicamente protegido lo constituye el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho.

Señala la doctrina que a garantizar dicho principio se dirigen también otras ramas del ordenamiento jurídico, como es el Derecho administrativo a través del sistema de recursos, la jurisdicción contencioso-administrativa e, incluso, el derecho disciplinario.

Esta plural situación exige una adecuada articulación de las distintas formas de tutela, lo que supone limitar la intervención del Derecho Penal a los ataques de una mayor gravedad, con respeto del principio de mínima intervención.

Por ello la injusticia y arbitrariedad de la resolución a la que se refiere el transcrito precepto sustantivo penal puede verse concretada, tal como se hace en el Auto de esta Sala de 20 de diciembre de 2001 con cita de las [sentencias de 20 de abril de 1995 \(RJ 1995, 3898\)](#) y [1 de abril de 1996 \(RJ 1996, 3759\)](#), a los tres siguientes aspectos. 1. Absoluta falta de competencia del acusado. 2. Inobservancia de las más elementales normas del procedimiento. 3. Resolución cuyo fondo implique una contradicción patente y grosera con el Ordenamiento Jurídico, de manera que la misma pueda ser apreciada por cualquiera.

Ya la [sentencia de 14 de noviembre de 1995 \(RJ 1995, 8308\)](#), citando las de [24 de abril de 1988 \(RJ 1988, 2864\)](#), [17 de septiembre de 1990 \(RJ 1990, 7322\)](#), [10 de abril \(RJ 1992, 2954\)](#) y [10 de diciembre de 1992 \(RJ 1992, 10090\)](#) y [21 de febrero de 1994 \(RJ 1994, 1552\)](#), dice que este delito se genera «por omisión de los trámites procedimentales o formales, custodios y salvaguardias de las adecuadas garantías, a cuyo través se ha de plasmar necesariamente la resolución de la Autoridad o del funcionario».

De los Hechos Probados de la sentencia de instancia resulta que el acusado Pedro R. Z., Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella, persuadido por el también acusado Jesús G. y G., Alcalde del citado Ayuntamiento, cabeza de lista del Grupo GIL en el que estuvo incluido el señor R. y Presidente del Atlético de Madrid, decidió firmar los días 14 de julio de 1991 y 24 de julio de 1992 sendos contratos de sponsorización con este Club por un importe total de 450 millones de pesetas, sin que el 26 de diciembre de 1995, 3/4 años después, el Interventor del Ayuntamiento conociera «que hubiera antecedentes municipales de tales operaciones... razón por la que no existía dotación presupuestaria para las mismas». Siendo en fecha muy posterior, mayo de 1999, cuando el Pleno del Ayuntamiento se pronuncia sobre ello.

Esta actuación de don Pedro R. evitó el conocimiento de las operaciones por los grupos que integran el Ayuntamiento, que tienen el control político de unas decisiones discrecionales que afectan a importantes sumas de dinero. Y también el control económico que exige la actuación previa del Interventor. Eliminación de ambos controles que afecta al interés público relativo a la correcta utilización de los fondos municipales.

En definitiva, la indicada resolución del acusado se aparta de la legalidad de una manera patente, notoria y manifiesta, «incidiendo significativamente en los administrados y en la comunidad con

perjuicio potencial o efectivo sobre los intereses del ciudadano o de la causa pública ([sentencia de 5 de noviembre de 1998 \[RJ 1998, 9393 \]](#)); lesionando el bien jurídico protegido e incurriendo en la conducta descrita en el artículo 404 del Código Penal.

Por ello, teniendo en cuenta además lo razonado en el Fundamento de Derecho Duodécimo de esta sentencia, respecto al delito de prevaricación administrativa, el Motivo Segundo del recurso de don Pedro R. debe ser desestimado.

Recurso de Modesto P. C. C.

DECIMOCTAVO

En la difícil estructuración de este recurso entendemos que se formulan los siguientes Motivos:

–Motivo Primero, apartado primero: Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14, 18 y 24 de la Constitución. Consta de seis subapartados.

–Motivo Primero, Apartado Segundo: Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal.

–Motivo Segundo, al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; por error en la apreciación de la prueba y por infracción del principio de presunción de inocencia.

–Motivo Tercero, al amparo del número 1 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no expresarse de forma clara y terminante los hechos que se consideran probados.

En el Apartado Primero del Motivo Primero del recurso, por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se hacen una serie de alegaciones que examinaremos sucesivamente.

Primera. Vulneración de los derechos fundamentales de Defensa e Igualdad contemplados en los artículos 24.2 y 14 de la Constitución.

Se aduce que el mismo día en que se admitió a trámite la querrela presentada por el Ministerio Fiscal –13 de octubre de 1998–, se acordó mediante Auto la entrada y registro en la sede del Ayuntamiento de Marbella, y en los domicilios sociales del Club Atlético de Madrid, SAD y de la mercantil Eventos 2000, SL, diligencias que fueron practicadas inmediatamente y de forma simultánea.

Se añade que puesto que a los imputados no se les había dado traslado de la querrela, se produjo la vulneración del artículo 118.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que implica la violación del derecho fundamental a la defensa, y la consiguiente nulidad de las pruebas así conseguidas, conforme con lo dispuesto en los artículos 11.1 y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Mas es de notar que en el Auto en que se admite la querrela, se acuerda el secreto de las actuaciones para todas las partes, excepto el Ministerio Fiscal, por el tiempo de un mes; que en los razonamientos jurídicos del auto que se concede la autorización se alude al «periculum in mora» en la práctica de esta medida de investigación; que en él se acuerda que previamente a la práctica de la diligencia en la sede del MI Ayuntamiento de Marbella, se curse «atento oficio dirigido al señor Alcalde Presidente de la Corporación Local participándole el acuerdo de la diligencia, con absoluto respeto al secreto sumarial decretado» y que en la parte final del mismo se prevé la asistencia a su práctica de las personas a las que se refiere el artículo 569 de la Ley Procesal Penal, y se ordena su notificación a las personas indicadas en el artículo 566 de la indicada Ley.

Medidas que evitan que el derecho a la defensa sea vulnerado.

Segunda. Vulneración del derecho fundamental a la Intimidación reconocido en el artículo 18.2 y 3 del Texto Fundamental.

Violación que se entiende producida «habida cuenta la desproporción y falta de justificación de la

medida aprobada por medio del referido Auto (de 30 de marzo de 1999), consistente en la investigación indiscriminada de toda la información bancaria obrante en la práctica totalidad de las entidades financieras del país y relativa a todas los imputados». Medida que para afectar a terceras personas que aparecen en la información obtenida, hubiera requerido una especial motivación.

Sin embargo:

–En el Auto de 30 de marzo de 1999 se argumenta que no existe otro medio de averiguar los bienes que pudieran tener los querellados, medida previa para determinar si proceden de los delitos que se les imputan –malversación de caudales públicos, prevaricación, falsedad–.

–Que el oficio hubiera podido dirigirse únicamente a la AEB y a la CECA, como con frecuencia se hace en la práctica judicial.

–Que no se alude a concretas personas que se hayan sentido afectadas por la medida acordada hace ya tres años.

Tercera. Vulneración del derecho al Juez predeterminado por la Ley, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, ya que «se desatendieron las normas de reparto al asumir el Instructor la competencia».

Sin embargo, como se dice en la [sentencia 1313/2000, de 21 de julio \(RJ 2000, 6772\)](#) , las reglas de reparto constituyen disposiciones internas de ordenación del trabajo entre los diversos Jueces predeterminados por la Ley para instruir o enjuiciar una determinada causa criminal. Normas que aunque sean públicas, tienen carácter interno, y una menor jerarquía.

Su infracción sólo podrá tomarse en consideración a efectos de lesión del derecho fundamental invocado, en los casos concretos en que como consecuencia de ella conozca de la causa un Juez no imparcial, lo que no sucede en este caso.

Cuarta. Vulneración por el Auto de entrada y registro de 13 de octubre de 1998, dada su ausencia de motivación en cuanto a su conveniencia, proporcionalidad y urgencia, de los artículos 9.3, 10.1 y 2, 18.3, 24.1 y 2, 55.2 y 96.1 de la Constitución, en relación a los Convenios y Pactos Internacionales que menciona, y al artículo 558 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es de notar ante todo que si bien el artículo 204 de la Ley Procesal establece que los autos se dictarán y firmarán al día siguiente a aquel en que se hubieren entablado las pretensiones que por ellos se haya de resolver, ello no impide que, además de los supuestos previstos en el siguiente artículo 205, por razones de urgencia se dicten en el mismo día, como ocurre en la práctica judicial con determinadas medidas de investigación y averiguación como son las intervenciones telefónicas y los registros domiciliarios, que incluso, conforme al artículo 546, podrá acordarse se realicen por la noche.

En lo demás el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Marbella de 13 de octubre de 1998, presenta una adecuada estructura y contenido.

En el Hecho Primero se resume la querrela presentada en el Juzgado estando en funciones de Guardia, por la Fiscalía Especial Anticorrupción, concretando quiénes son los querellados y cuáles los delitos que se les imputan.

En su Razonamiento Jurídico Primero se expone que la objetivación de las sospechas en que se basa la resolución habilitante «viene dada por el acompañamiento documental en que se sustenta la querrela que ha dado lugar a las presentes diligencias, así como en la narración de los hechos presuntamente delictivos que se imputan a los querellados». Añadiéndose que «integrado “per relationem” el contenido de la querrela, debe señalarse que de lo relatado en la misma se infiere la existencia de una sospecha fundada de la perpetración de una serie de delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación continuada y falsedad documental también continuada, sospecha suficiente para acordar las medidas de entrada y registro solicitadas según lo dispuesto en los artículos 545, 546 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Y en el Razonamiento Jurídico Segundo se afirma que «la concesión de las medidas de entrada y registro solicitadas resulta ser restricción proporcionada de tal inviolabilidad domiciliaria, por cuanto la comprobación y averiguación de los hechos narrados en la querella sólo puede llevarse a efecto mediante el análisis de documentos que deben encontrarse en dichas sedes domiciliarias».

Lo que supone una suficiente motivación sobre la conveniencia y proporcionalidad de lo acordado, remitiéndonos respecto a la urgencia a lo ya argumentado.

Quinta. Vulneración de los derechos de defensa, tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes e igualdad, contemplados en los artículos 24.2 y 14 de la Constitución.

Citando el artículo 792.1 de la Ley Procesal Penal, en el que se establece que los Jueces y Tribunales prevendrán lo necesario para la práctica de la prueba anticipada, y basándose en la Providencia de la Audiencia de 13 de marzo de 2000, en la que se ordena se tenga a disposición de don José D. V. B., si acepta el cargo de perito, «los documentos dubitados e indubitados sobre los que debe recaer la prueba pericial propuesta, y que podrá retirar para la práctica de los análisis científicos que precise realizar», se alega que respecto al perito señor C. B., propuesto por la representación de Modesto P., se debieron acordar idénticas medidas, y que si la prueba no llegara a practicarse antes del juicio oral resultarían infringidos los derechos recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución.

A lo que la Sala «a quo» contestó adecuadamente en Auto resolutorio del recurso de súplica dictado el 29 de marzo de 2000, meses antes de iniciarse el acto de la vista, «que la proposición de la pericial que hizo a favor del perito don José Ramón C. B. fue en su momento admitida por la Sala y a disposición del mismo han estado siempre en la Secretaría los documentos sobre los que ha de emitir su dictamen, e incluso en la providencia recurrida se establece la posibilidad de que se puedan retirar los que son objeto de pericia, lo que como es natural afecta a todas las partes proponentes».

Sexta. Vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, por haberse desglosado piezas separadas con infracción «tanto del derecho al Juez predeterminado por la ley, como el de congruencia de las resoluciones, y posiblemente el “nom bis in idem”».

En el Auto de 19 de mayo de 1999, citado por el recurrente, el Juez Instructor expone que «el nivel actual de la instrucción puede considerarse como bastante completo respecto a determinados extremos, como son los relativos a los contratos de publicidad dinámica y exhibición del logotipo “Marbella”, que resultan de naturaleza claramente documentaria». Por ello acuerda abrir pieza separada «con testimonio de todo lo actuado hasta el presente a fin de conocer separadamente los hechos referidos en el fundamento jurídico 2º de la presente resolución».

Y en el Auto de 3 de marzo de 2000 dispone formar pieza separada «para facilitar, simplificar y activar el procedimiento en lo referente al esclarecimiento de las operaciones de patrocinio de la monta de caballos Aureolo 89 y Excalibur con fondos procedentes del erario municipal de Marbella».

Se trata por tanto de una razonable utilización de la facultad concedida por la regla 7ª del artículo 784 de la Ley Procesal, que como tal no lesiona derecho alguno.

En este apartado, con especial referencia a las Diligencias de Investigación o Informativas del Ministerio Fiscal previas a la incoación del procedimiento, se alega la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

Más es lo cierto que aun incluyendo la indicada fase prejudicial, no existen en el presente caso comprobadas e injustificadas dilaciones que alejen la sentencia de los hechos, de forma notable e inadecuada.

Por todo lo expuesto lo alegado en el apartado primero del Motivo Primero de este recurso, debe ser íntegramente desestimado.

DECIMONOVENO

1.–En el Apartado Segundo del Motivo Primero, por la vía del número 1 del artículo 849 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal, en base a las siguientes argumentaciones.

A.–El delito de prevaricación, como delito especial propio, solamente puede ser cometido por Autoridad o Funcionario público. Descartada la primera posibilidad, debe hacerse lo mismo con la segunda ya que la vinculación del señor P. con el Ayuntamiento de Marbella se produce en razón a un contrato de prestación de servicios, paradigma de la privacidad, y ni tan siquiera con motivo de un contrato laboral. En la enumeración del personal al servicio de las Entidades Locales que desarrolla el Título VII del Texto Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local, el Real Decreto Legislativo 781/1986, la ROFRL y el [Real Decreto 2586/1986 \(RCL 1986. 3812 y RCL 1987. 76 \)](#), no se incluye como personal adscrito o integrante de la Corporación Local el puesto de Gerente de sociedades mercantiles de constitución pública, o las personas contratadas en régimen de arrendamiento de servicios.

B.–Para que Modesto P. pudiera ser condenado por delito de prevaricación administrativa habría de interpretarse en un sentido amplio el término «resolución», de manera que se incluyera en él un contrato de carácter eminentemente privado suscrito entre dos entidades mercantiles, bien sea el Club Atlético de Madrid, SAD, bien el Sevilla CF.

C.–En la sentencia no se especifican las ilegalidades en que pudiera haber incurrido el acusado, que lo único que ha hecho es continuar la línea del anterior Gerente, que suscribió contratos de similares características.

D.–Aun admitiendo que se trate de un acto administrativo nulo, ello no implica una sanción penal, ya que en otro caso se estaría criminalizando una parte importante de la actuación administrativa.

E.–En ningún caso puede aducirse que el acusado obraba «a sabiendas de la injusticia», ya que se trata de contratos con contraprestación y precio ajustado al del mercado.

2.–En el Fundamento de Derecho Decimocuarto, al analizar el recurso de don Jesús G. y G., se han recogido los hechos y circunstancias que sobre los contratos que ahora se examinan constan en la narración fáctica y en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia de instancia, y al mismo nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

Sobre esa base estudiaremos las alegaciones del recurrente.

Dice la [sentencia de 14 de noviembre de 1995 \(RJ 1995. 8308 \)](#) que la Administración tiene una alternativa para su actuación, o la utilización de formas públicas, o acudir a técnicas privadas, pero que tal opción reviste carácter administrativo y público. «Nada significa a este respecto la utilización instrumental de formas y técnicas privadas, pues en el fondo existe un núcleo de carácter público, pues aunque tales sociedades municipales están constituidas y revestidas de formas mercantiles y actúen en el tráfico del Derecho privado, siempre precisan una decisión, un acto de carácter administrativo, al que se llega tras un procedimiento administrativo». Se trata de entes de esta naturaleza integrados en el ámbito municipal, que, aunque calificados de Sociedades Privadas, sujetan su actuación al régimen derivado de las normas administrativas.

Por otra parte la [sentencia 2361/2001, de 4 de diciembre \(RJ 2002. 817 \)](#), dice que «esta Sala ha establecido en torno al concepto penal de funcionario público que se considera como tal a “todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas» (artículo 119 CP y artículo 24.2 del vigente Código Penal). Doctrina y jurisprudencia coinciden en resaltar que los conceptos que se contienen en el artículo 119 del Código Penal son más amplios que los que se utilizan en otras ramas del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ámbito del derecho administrativo.

Mientras que para el Derecho administrativo 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 la mera participación en la función pública. La definición legal de funcionario público recogida en el artículo 119 –artículo 24.2 del vigente Código Penal– se

compone de dos elementos o requisitos ya que no es suficiente con que participe en el ejercicio de funciones públicas sino que se requiere, además, que se haya incorporado a dicho ejercicio por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente ([STS de 10 de octubre de 1997 \[RJ 1997, 7601 \]](#)), precisando que en el ámbito del derecho penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la administración (y su prestigio) y los de los administrados. Y en torno a la función pública y al origen del nombramiento gira la definición penal de funcionario: lo es el que participa del ejercicio de una función pública y por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, de las que nos interesa en este caso el «nombramiento de autoridad competente». 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 (STS de 11 de octubre de 1993 y las que en ella se citan).

En base a todo ello se puede afirmar que don Modesto P. C. C., nombrado Gerente de la sociedad mercantil municipal Eventos 2000, SL por designación directa de un órgano de la misma, que como tal ejerce funciones públicas del Ayuntamiento de Marbella, tiene a efectos penales la condición y calidad de funcionario público.

Consta en el Hecho Probado 4º de la sentencia de instancia que el señor P. C. C., los días 10 y 22 de julio de 1994, suscribió con los clubes Atlético de Madrid y Sevilla sendos contratos de esponsorización, por cinco y dos temporadas respectivamente y un precio de 150 y 60 millones de pesetas por temporada. Contratos que suponían el desarrollo de la decisión tomada en unión del señor G. y G., del que era hombre de confianza, que se convinieron «conociendo el señor P. C. C. que no había sido consultado el Ayuntamiento de Marbella y que no había dotación presupuestaria».

Don Modesto P. «por su condición de abogado y funcionario, era conocedor de dichas circunstancias» (párrafo 16 del Fundamento de Derecho Tercero).

Valorado todo ello, remitiéndonos respecto a lo que debe entenderse por resolución arbitraria en asunto administrativo a lo ya expuesto en esta sentencia, y apreciando que las decisiones de don Modesto P. ahora enjuiciadas no son producto de una adecuada y correcta actuación, sino de la pura y simple voluntad de don Jesús G. que él aceptaba y asumía, decisiones que se plasmaron en contratos que en gran parte favorecían al Club del que el señor G. era Presidente y titular de una parte importante de su capital, hemos de concluir que en su conducta concurren todos los elementos exigidos por los artículos 74 y 404 del Código Penal, por lo que el Motivo Primero, apartado segundo, del recurso debe ser desestimado.

VIGESIMO

El Motivo Segundo se formula al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, y en él se hacen alegaciones que podemos sintetizar de la siguiente forma:

A.–La Audiencia Provincial, para considerar al señor P. C. C. funcionario público, requisito indispensable del delito de prevaricación, ha interpretado incorrectamente el contrato de arrendamiento de servicios que le une con el Ayuntamiento de Marbella –folios 11727 y 11728– como un nombramiento.

B.–De igual forma se ha entendido indebidamente que los contratos suscritos por don Modesto P. en nombre de la sociedad municipal con el Atlético de Madrid y el Sevilla CF constituyen sendas resoluciones administrativas, y no contratos mercantiles suscritos entre empresas.

C.–Respecto a la afirmación relativa a que la mercantil Eventos 2000, SL carecía de dotación presupuestaria para hacer frente a los pagos a los que se comprometía con la firma de los contratos de esponsorización, se señala que a los folios 11762 bis y siguientes consta que en el año 1994 la indicada mercantil tenía asignada la cantidad de 619.200.000 pesetas, suficientes para haber hecho frente por completo a los pagos convenidos; apareciendo en los folios 805 y 2781 el sistema que se seguía en el Ayuntamiento para hacer frente a las obligaciones por tales sociedades asumidas.

D.–Respecto a la injusticia de las resoluciones, afirma el recurrente que los cuestionados contratos han sido «un sistema de promoción adecuado e incluso barato» de la ciudad de Marbella.

E.–En cuanto a las letras de cambio a las que se refiere el párrafo 5 del Hecho Probado 4º, se aduce que la expedición de las mismas no ha constado ni una sola peseta al Ayuntamiento, y que su entrega acredita que Eventos 2000 funcionaba como una Empresa cualquiera, y que los Gerentes «no se sujetaban, ni recibían instrucciones directas del Alcalde o Concejales municipales, dependiendo, si acaso, del señor Interventor».

F.–Que de la certificación del Registro Mercantil de Málaga –obrantes a los folios 5847 y siguientes– resulta que el Gerente sí estaba facultado para suscribir los contratos por los que ha sido condenado.

G.–Que los documentos aportados por el Letrado en el juicio oral muestran el procedimiento por el que Eventos 2000 se nutría de fondos, amparados en el presupuesto anual de la Sociedad.

Alegaciones a las que contestaremos también de forma individual en el siguiente sentido.

A.–Es cierto que a los folios 11727 y 11728 de las actuaciones obra copia de un contrato celebrado entre un Concejales y don Modesto P., arrendando los servicios de éste en su calidad de abogado para representar, dirigir, defender, gestionar y asesorar al Ayuntamiento de Marbella; contrato celebrado el 1 de junio de 1995. Pero lo es también que según consta en el Registro Mercantil de Málaga –folio 141– el 1 de septiembre de 1992 el Consejo de Administración de Eventos 2000, SL, órgano de dirección de la Sociedad, separó al anterior titular del puesto, y nombró nuevo Gerente de la Sociedad a don Modesto P. C. C.

B.–En la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se afirma de manera general que «un contrato administrativo no es una resolución, pero sí la exteriorización de una decisión y como tal, aunque no conste por ser tácita, coexiste con aquél en perfecta conjunción». Y con más concreta referencia a los hechos que ahora se analizan, que «el acusado G. y G. da instrucciones a Modesto P. C. C. a fin de que desarrolle la decisión tomada por aquél, en uso de la superior posición jerárquica que ocupa, al tratarse de hombre de confianza suyo, que fue designado por el propio Alcalde para dirigir y gestionar la Sociedad Eventos 2000». En esta tesitura, ignorándose de nuevo todos los trámites esenciales del procedimiento, sin dotación presupuestaria al efecto, en cuantía que excedía de la competencia jurídico-decisoria del Alcalde y tras recibir las instrucciones del mismo, P. C. C. que por su condición de abogado y funcionario era concededor de dichas circunstancias, procede a contratar la misma sponsorización por cinco temporadas con el Atlético de Madrid, SAD, incluyéndose en unidad de designio con ésta la esponsorización por dos temporadas acordada por P. con C. V. a favor del Club de Fútbol Sevilla, SAD (folio 6047), que tan sólo por la proximidad de fechas con el traspaso del jugador S. del Sevilla al Atlético de Madrid, puede inducir la vehemente sospecha de estar relacionado con el mismo.

C.–Que el artículo 16 de las Bases de Ejecución del Presupuesto de 1994 (folio 11770) dice que la gestión del Presupuesto de Gastos del Ayuntamiento y de sus Organismos Autónomos se realizará en las fases siguientes. a) Autorización del gasto. b) Disposición del gasto. c) Reconocimiento de la obligación. d) Ordenación del Pago. Y en los hechos probados consta que en un solo mes, julio de 1994, Modesto P. comprometió únicamente para que el nombre de Marbella se exhibiera en las camisetas de los jugadores de dos equipos de fútbol, 870 millones de pesetas, sin que aparezca aprobada tan cuantiosa inversión.

D.–Que ya se ha expuesto que el contenido sustancial de una resolución administrativa es solamente una de las circunstancias que pueden determinar la comisión de un delito de prevaricación administrativa.

E.–Que en el artículo 25 de la Escritura de Constitución de Eventos 2000 se señala como una de las funciones del Consejo de Administración, la de perfeccionar contratos de toda naturaleza necesarios para la consecución de los fines sociales (folio 3933). Facultad que el Consejo, en reunión de 2 de septiembre de 1992, delegó en el Consejero Delegado (folio 5851 vto.).

F y G.—Que no se hace referencia no ya al particular de un documento, sino ni siquiera a un documento concreto que evidencie error alguno.

El cauce casacional abierto por el número 2 del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, está restringido a los casos de directa oposición o contradicción entre una afirmación fáctica de la sentencia y lo que un documento casacional propiamente dicho, por su propia literosuficiencia y autónoma capacidad demostrativa acredite, sin que existan otras pruebas contradictorias (ver [sentencia de 16 de abril de 1999 \[RJ 1999, 2782 \]](#)). Circunstancia que como acabamos de analizar, no se da en este caso.

En el mismo Motivo se refiere el recurrente a una carencia absoluta de pruebas de cargo que desvirtúen el principio de presunción de inocencia.

Vacío probatorio que entiende se produce porque «la Sala Juzgadora ha incurrido en error a la hora de apreciar la prueba».

En este caso los hechos objetivos en que se basa la condena, que constituyen el ámbito propio de la presunción de inocencia, están reconocidos o han sido combatidos por la vía del número 2 del artículo 849 de la Ley Procesal. El que de ellos y de los juicios de inferencia correspondientes se derive o no la existencia de un delito de prevaricación administrativa es materia propia del recurso por infracción de ley recogido en el número 1 del citado artículo 849.

Vía efectivamente utilizada por el recurrente en el apartado segundo del Motivo Primero de su recurso, que ha sido analizado en el fundamento de Derecho anterior.

Por todo lo expuesto, no existiendo ningún documento que obligue a modificar la narración fáctica de la sentencia de instancia en puntos con relevancia penal, y no existiendo vacío probatorio en relación a la misma, el Motivo Segundo de este recurso debe ser desestimado.

VIGESIMO PRIMERO

En el Motivo Tercero, con cita del número 1 del artículo 851 de la Ley Procesal Penal, se alega que del relato de Hechos Probados de la sentencia de instancia no se extrae con claridad si se considera a Modesto P. autoridad o funcionario público, si por la simple firma de un contrato se debe o no entender que se ha emitido una resolución administrativa, si quien emite las supuestas resoluciones es la persona que las firma o quien acuerda que se firmen. No haciéndose mención alguna al beneficio obtenido por el Ayuntamiento de Marbella con los contratos.

Por tanto lo que en realidad se hace en este Motivo es resumir las anteriores alegaciones, ya examinadas.

El defecto denunciado no radica en la omisión de extremos o particulares que puedan interesar a las partes en apoyo de las tesis que sustentan, pudiéndose integrar el relato histórico por la vía del artículo 849.2.

Lo que se trata de evitar es que la redacción de los hechos probados aparezca confusa e imprecisa, con empleo de expresiones oscuras o ininteligibles que hagan difícil la comprensión del relato, o con omisión de elementos importantes que impidan conocer la verdadera realidad de lo ocurrido.

Lo que no ocurre en este caso es en el que las cuestiones planteadas por el recurrente ya han sido antes analizadas, por lo que el Motivo Tercero y último del recurso debe ser desestimado.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por el Ministerio Fiscal, por las representaciones de los acusados Pedro R. Z., Gregorio Jesús G. y G., Modesto P. C. C. y, por la representación de la Acción popular Isabel María G. M., contra [sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, con fecha 10 de](#)

[octubre de dos mil \(ARP 2000, 1938\)](#) , en causa seguida a los acusados Pedro R. Z. y Modesto P. C. C. por delito de prevaricación, al acusado Gregorio Jesús G. y G. por delito de prevaricación en concurso con un delito de tráfico de influencias y otros, siendo parte como recurridos José Luis S. S., Miguel Angel G. M., Enrique C. T., Club Atlético de Madrid, SAD y Julián Felipe M. P. Condenamos a dichos recurrentes, excepto al Ministerio Fiscal, al pago de las costas ocasionadas en sus recursos, y a la pérdida del depósito que constituyó en su día la representación de la Acción popular Isabel María G. M., al que se le dará el destino legal oportuno.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fdo.: Enrique Bacigalupo Zapater. Fdo.: Joaquín Giménez García. Fdo.: Juan Saavedra Ruiz. Fdo.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Fdo.: Enrique Abad Fernández.

PUBLICACION. –Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.