

14/05/13

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ SECCION OCTAVA EN JEREZ

SENTENCIA Nº 155/13

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D^a LOURDES MARIN FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

D. IGNACIO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ DE CASTRO

D. BLAS RAFAEL LOPE VEGA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM. 34/12-A

Origen: P.A. 13/10 ANTES D.P. 3264/08

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 3 DE JEREZ

En la Ciudad de Jerez de la Frontera, a 13 de mayo de 2.013.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia integrada por los Magistrados indicados al margen, el PROCEDIMIENTO ABREVIADO 34/12, dimanante de las Diligencias Previas 3264/08 del Juzgado de Instrucción nº Tres de Jerez de la Frontera, por supuesto delito continuado de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial, contra:

- PEDRO PACHECO HERRERA, nacido en Jerez de la Frontera el 2 de abril de 1.949, hijo de Fernando y Salud, con domicilio en [REDACTED] con Documento Nacional de Identidad núm. [REDACTED], representado por el Procurador D. Rafael Marín Fernández y defendido por el Letrado D. Felipe Meléndez Sánchez.
- JOSE LOPEZ BENITEZ, nacido en Jerez el 30 de agosto de 1.955, hijo de Francisco y Antonia, con domicilio en [REDACTED] la [REDACTED], vivienda 66, y con Documento Nacional de Identidad núm. [REDACTED], representado por el Procurador D. Rafael Marín Benítez y defendido por el Letrado D. Jesús Gómez Grosso.
- MANUEL VALERIANO COBACHO MARQUEZ, nacido en Sevilla, el 23 de enero de 1.969, hijo de Manuel y Magdalena, con domicilio en [REDACTED]

██████████ y con Documento Nacional de Identidad núm. ██████████, representado por el Procurador D. Luis Manuel Osborne García-Raez y defendido por el Letrado D^a. Francisca Reyes Gómez.

Habiendo sido parte como acusación particular la entidad EMPRESA MUNICIPAL DEL SUELO DE JEREZ, S.A. (EMUSUJESA), representada por el Procurador D. Juan Pablo Morales Blázquez y defendida por el letrado D. Juan Pablo Cosano Alarcón, así como el Ministerio Fiscal, representado por la Iltre. Sra. D^a Victoria Alonso.

.-ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO- En fechas 15, 16, 17, 18 y 19 de abril de 2.013, han tenido lugar en esta Sala las vistas de juicio oral y público de la causa antes descrita; al acto de la vista asistieron los acusados, la acusación particular y los testigos propuestos y no renunciados por las partes, habiendo quedado recogidas las declaraciones en soporte audiovisual, y posteriormente en CD, constituyendo a todos los efectos, el Acta de Vista de Juicio Oral, de conformidad con lo previsto en el art. 743.2 de la L.E.Criminal.

SEGUNDO- En trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal interesó la condena de los acusados, como autores y cooperadores necesarios de:

1.- Un delito continuado de Prevaricación Art. 404 y 74; un delito continuado de malversación de caudales públicos Art., 432 y 74; un delito continuado de falsedad en documento mercantil y oficial art. 390-2, y 74. Todos en concurso medial, en aplicación del art. 77, artículos, todos, del Código Penal

2.-Un delito continuado de prevaricación art. 404 y 74; un delito continuado de malversación de caudales públicos Art., 432 y 74; un delito continuado de falsedad en documento oficial art. 392 con relación al 390-2 y 74. Todos en concurso medial, en aplicación del art. 77, artículos, todos, del Código Penal

3.- Un delito de prevaricación art. 404; un delito continuado de malversación de caudales públicos Art., 432 y 74; un delito de falsedad en documento oficial art. 392 con relación al 390. Todos en concurso medial, en aplicación del art. 77, artículos, todos, del Código Penal.

Siendo de aplicación el art. 24 del C.P.

Solicito para Pedro Pacheco Herrera, por los delitos descritos:

- La pena de 6 años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 10 años.

- La pena de cinco años y nueve meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 9 años.

- La pena de cinco años y nueve meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 9 años.

Para José López Benítez, por los delitos descritos:

- La pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial del

derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 8 años

- La pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 7 años.

Para Manuel Cobacho Márquez, por los delitos descritos:

- La pena de 4 años y 3 meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 7 años

Y condena en costas a los tres acusados.

Los acusados Pedro Pacheco y José López, indemnizaran conjunta y solidariamente a Xerez 21 Speed Festival S.A. en 32.407,31 € y a Emusujesa en 74.580,12, incrementadas con el interés legal desde su recepción hasta la ejecución de la responsabilidad civil.

El acusado Pedro Pacheco y el acusado Manuel Cobacho indemnizaran conjunta y solidariamente a Emusujesa en 99.846,23 € incrementada con el interés legal desde la recepción de éstas hasta la ejecución de la responsabilidad civil.

Derivándose la nulidad de los contratos reflejados en la 1ª de esta calificación un delito.

TERCERO.- En igual sentido califica los hechos la acusación particular solicitando la pena para Pedro Pacheco Herrera, por los delitos descritos

- La pena de 6 años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 10 años.

- La pena de cinco años y nueve meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 9 años.

- La pena de cinco años y nueve meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 9 años.

Para José López Benítez, por los delitos descritos:

- La pena de 4 años y 9 meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 8 años

- La pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 7 años.

Para Manuel Cobacho Márquez, por los delitos descritos:

- La pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 7 años.

CUARTO.- Las defensas de los acusados, en igual trámite, solicitaron la libre absolución de los acusados.

QUINTO.- En trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal y la acusación particular modificaron las conclusiones al entender que los hechos son constitutivos de un delito continuado de Prevaricación Art. 404 y 74; un delito continuado de malversación de caudales públicos Art., 432 y 74; un delito continuado de falsedad en documento mercantil y oficial art. 390-2, y 74. Todos en concurso medial, en aplicación del art. 77, solicitando el Ministerio Fiscal la pena de

seis años de prisión e inhabilitación por tiempo de 10 años para Pedro Pacheco Herrera; cuatro años y seis meses para los otros dos acusados prisión e inhabilitación por tiempo de 8 Y 7 años respectivamente. La acusación particular solicitó la pena para Pedro Pacheco Herrera de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y para los otros dos acusados dos años y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta por tiempo de cinco años.

SEXTO.- Las defensas de los acusados, solicitaron la libre absolución.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Presidente Dña. LOURDES MARIN FERNÁNDEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

- HECHOS PROBADOS -

Que siendo Alcaldesa de Jerez de la Frontera Doña Pilar Sánchez se aprueba al comienzo de su mandato, por el Pleno de la Corporación municipal del Ayuntamiento de Jerez, el 18 de enero de 2005, siendo una atribución indelegable, el numero, características y retribuciones del personal eventual de confianza, determinándose dos para el grupo político del P.S.A. En virtud de la designación del referido partido correspondió los nombramientos a Miriam Fernández Sánchez y a Juan Díaz Caballero y así fueron nombrados por resolución de la Alcaldesa el 15-2-2005, constando que el 31-3-2007 cesa la primeramente mencionada y su lugar es ocupado a fin de cumplimentar el numero asignado al grupo político que nos ocupa por Julio Román Gatón, que consta nombrado de la misma manera referida el 1-4-2007. publicándose los referidos nombramientos en el Boletín Oficial de la Provincia.

El acusado PEDRO PACHECO HERRERA mayor de edad y sin antecedentes penales, por ser Teniente de alcalde del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, ocupaba el cargo de Presidente en Marzo de 2005, y hasta el 28 de Abril del mismo año que pasó a ocupar el de Vicepresidente de la Sociedad Instrumental del Ayuntamiento , Xerez 21 Speed Festival S.A, que tiene como objeto social principal la promoción y desarrollo de un parque temático en Jerez, pudiendo asumir las actividades de construcción, gestión y explotación del mismo. Así mismo desarrollar otras relacionadas con los sectores del turismo y el ocio complementarias al parque. Teniendo capital social mayoritario de la Corporación Municipal y 100% municipal desde el 26 de Diciembre de 2007.

Que conociendo ambas partes que el objeto de la contratación eran ser asesor político de Pedro Pacheco, este y el acusado José López Benítez, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo militante del partido PSA, habiendo estado 19 años de Concejal y 9 de Teniente de Alcalde, así como también habiendo ocupado el cargo de vicepresidente de Emusujesa, acordaron aprovechar dicho cargo para poder lucrarse con dinero del erario público, al no haber sido designado

por el grupo político mencionado, P S.A, como asesor político. En fecha 30/03/2005 consta carta remitida por este a Pedro Pacheco, en la que literalmente señala:

"Sr. Presidente: Como resultado de nuestra reunión de Febrero pasado, he comenzado a prestar mis servicios profesionales como asesor de esa empresa en materia de Urbanismo Comercial. Como consecuencia adjunto la minuta correspondiente al mes de Marzo."

En virtud de la citada carta Pedro Pacheco sin cumplimiento de tramite, expediente, o requisito alguno, más que su voluntad, concertada con la del también acusado y beneficiario José López Benítez, dió ordenes de transferencia a la Entidad Caja Sur sita en Avda. Fernández Portillo de Jerez, de la que es titular la referida S.A., a favor de este, según facturas, presentadas por José López, tal como habían acordado, por trabajos de asesoramiento al Parque. Trabajos no efectuados, ni encargados por Jerez 21 Speed Festival S.A., facturas que no reflejaban realidad alguna, y que habían acordado, ambos acusados a fin de aparentar la legalidad de la recepción de dinero, dinero público, por parte de José López, que como estaba dado de alta como autónomo, pues tenia una empresa constructora, cargaba el 16% de IVA en cada una de ellas. Que las ordenes de pago firmadas por el acusado eran de fecha anterior a la presentación de las facturas y si bien en la ordenes de pago de fechas 19/04/2005 y 29/04/2005 Pedro Pacheco firma como presidente, cuando ocupaba ya el cargo de vicepresidente.

Las cantidades respectivas, recibidas son las siguientes:

- 4.647,01 euros
- 4.611,85 euros
- 4629,69 euros

Haciendo un total de 32.407,31€ perteneciente al Erario Público.

El Presidente, de acuerdo con el Estatuto de la Sociedad, tiene poder para disponer de los fondos para el funcionamiento ordinario de la Sociedad, y para firmar contratos aprobados por el Consejo de Administración. Dicho Consejo no tuvo ni conocimiento de la contratación.

Que dado que la Alcaldesa se negó a abonar la factura del mes de octubre al citado acusado, a fin de continuar con el plan preconcebido, los acusados Pedro Pacheco y José López aprovechándose el primero del cargo que ocupaba, en este caso como Vicepresidente de EMUSUJESA, Empresa Municipal del Suelo S.A. del Ayuntamiento de Jerez, con capital 100% público, suscribieron, sin causa ni intención de complimentar, el 10-11-05, contrato que denominaron de consultoría para consulta y asistencia de los Proyectos Urbanísticos y de Promoción Inmobiliaria, para lo que no fue efectuado expediente ni tramite alguno, más que la voluntad de ambos de que López fuese asesor político y para dar apariencia de legalidad a la recepción ilícita por parte de José López de dinero público.

Recibiendo José López en esta ocasión 74.580,12€, no efectuando actividad, prestación o informe alguno por parte del figurante como contratado, que justifique o motive la recepción de cantidad alguna, con el consiguiente perjuicio al Erario Público. Dado que éste acusado seguía de alta como autónomo, adjuntaron, tal y como ambos concertaron, al igual que en el caso anterior, facturas en las que se cargaron el 16% de IVA.

Las facturas referidas se numeraron del 1008 al 1023, confeccionándose de la siguiente manera:

Dos refieren ser correspondientes al mes de Octubre, fechadas el 28-10 y el 30-11; la correspondiente al mes de Diciembre, la fecharon el 29-12-2005; las correspondientes al mes de Enero, Febrero y Marzo las fecharon el 27-1-2006, 27-2-2006 y 27-3-2006; el 28-4-2006 la de Abril; el 29-5-2006 la de Mayo; el 3-7-2006 la de Junio; el 1-8-2006 la de Julio; el 4-9-2006 la de Agosto; y las relativas a los meses de Octubre del 2006 a Enero del 2007 se fecharon cada una de ellas a principios del mes inmediato siguiente. Todas por importe individual idéntico de 4.629,69 euros.

En el contrato referido figura el acusado Pedro Pacheco en nombre y representación de la Empresa Municipal del Suelo y se expone ser precisa la contratación para las actividades propias de su objeto social, y que formalizan ambas partes la adjudicación de la consultoría, estableciendo como cantidad mensual la que se refleja en las facturas reseñadas, no se establece duración si bien si se recoge como inicio el 1-10-2005 aunque se fecha el contrato el 10-11-2005. No se hace referencia en el contrato a factura alguna.

En dicho contrato no se cumplió con lo establecido en los estatutos de Emusujesa, Art. 20, ni con las facultades delegadas al Vicepresidente por parte de la Presidenta fechadas el 9-2-2005

Pedro Pacheco ceso del cargo el 26 de marzo del 2007 por resolución de la Alcaldesa.

Que con el mismo plan preconcebido y referido, esta vez interviniendo los acusados Pedro Pacheco Herrera y Manuel Cobacho Márquez, mayor de edad y sin antecedentes penales, también militante de PSA desde hacia tiempo y habiendo ocupado puestos de personal eventual de confianza en una Consejería de la Junta de Andalucía con anterioridad, sirviéndose ambos del cargo que ocupaba el primero, al igual que anteriormente, como Vicepresidente de EMUSUJESA, suscribieron, sin causa ni intención de complimentar y con la exclusiva finalidad de dar apariencia de legalidad a la salida de dinero de la empresa municipal mencionada a su favor y conseguir así el propósito buscado de lucro ilícito con dinero público, lo que denominaron Contratación Laboral (de obra o servicio determinado) el 23-2-2005 actuando como contratante en representación de EMUSUJESA, el acusado Pedro Pacheco y como contratado el acusado Manuel Cobacho Márquez, recogiendo el contrato hacerlo para ser asesor a la vicepresidencia, con categoría profesional de Jefe de unidad, resultado por ello de alta en la empresa desde el 1-2-2005, y en cuanto a la duración se señalaba hasta fin del servicio. Estableciéndose de salario bruto anual 45.218€, percibiendo las cantidades que se referirán a continuación hasta el 20-4-2007.

Todo ello sin realización de expediente ni trámite alguno previo, y sin cumplimentar requisito alguno. Que Manuel Cobacho Márquez recibió en el año 2005 41.376,46€; en el 2006 47.264,07 € y en el 2007 hasta el 20-4-07, 11.205,70. , por tanto, un total de 99.846,23 €. Dinero público recibido a cambio de no efectuar, tal como habían acordado, ejecución de obra o servicio alguno, con el consiguiente perjuicio al erario publico . Contrato que fue firmado por ambos con el exclusivo fin de dar apariencia de legitimidad al dinero percibido.

De estos dos últimos contratos señalados, en que es parte contratante EMUSUJESA, representada por el acusado, Pedro Pacheco, no tuvo conocimiento el Consejo de Administración, no los ratificó, no consta propuesta ni nombramiento de gerencia, no se acudió a la bolsa de Trabajo.

.-FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.- Que en primer lugar las defensas plantearon como cuestión previa la falta de legitimación para actuar del letrado de la acusación particular Sr. Cosano, pues no había sido nombrado de forma procedente, ya que no corresponde al procurador su designación y no consta el apoderamiento por la persona competente para nombrarlo, que sería el representante de la entidad a la que representa. Tal cuestión fue desestimada por el tribunal sobre la base de que por una parte consta acreditado que en fecha *14/12/10 fue nombrado como letrado de la acusación particular al Sr. Montaña. Las defensas señalan que no ha sido hasta este momento cuando han podido denunciar la infracción, faltando la verdad, pues constan en las actuaciones que se le notifica la personación del citado letrado en fecha 14/12/10 y dicha providencia no fue objeto de recurso alguno, por lo que supone un abuso del derecho que se hayan aquietado a este nombramiento durante todo este tiempo y cuando observan en el acto del juicio que el letrado es el Sr. Cosano, es cuando denuncian la forma de ser nombrado. Así mismo es de destacar que también se basan en el hecho de que en la Escritura de apoderamiento consta el nombre de los letrados y no figura el Sr. Cosano como letrado de la entidad, alegación que tampoco responde a la realidad, pues tales letrados constan para aquellos casos en que no fuera preceptiva la intervención de procuradores, sin perjuicio del derecho que le asiste a los procuradores en nombrar a cualquier otro si deben intervenir fuera del partido judicial, lo que lógicamente no es vinculante en esta causa.

A mayor abundamiento el letrado Sr. Cosano aportó su nombramiento en el segundo día del juicio, lo que era innecesario, pues se había desestimado la cuestión. En suma y lo que es más relevante es que se ha alegado una nulidad, que no se ha planteado mediante los recursos que correspondían y además sobre todo que es requisito para apreciar la nulidad que se cause indefensión y ninguna alegación se ha hecho al respecto, por lo que procede ratificar la desestimación de la cuestión previa.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y la acusación particular consideran que

los hechos declarados probados constituyen un delito continuado de prevaricación del art. 404 en concurso con un delito de falsedad del art. 390.2 y de malversación de caudales públicos del art. 432 del CP. , del que son responsables los acusados como autores y cooperadores necesarios por su intervención en las contrataciones, contraviniendo expresa y conscientemente la normativa vigente de la contratación en el ámbito de las empresas públicas y sin que respondieran las mismas a lo contratado, teniendo como única finalidad crear una apariencia para legitimar la obtención de dinero público, sin contraprestación alguna para las empresas contratantes

Tal y como recogen, entre otras, las SSTS 19/02/2006 y 25/11/2009, son varios los elementos que requiere el artículo 404 CP para la existencia del delito genérico de prevaricación administrativa:

1º. La cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las que de estos conceptos nos ofrece el artículo 24 CP. Se trata de un delito especial que no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida en la norma, lo que no excluye que estas personas puedan ser condenadas en calidad de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), cualidad ampliada en el supuesto a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular, como en este caso. Ninguna duda cabe que el Teniente de Alcalde Pedro Pacheco en esos momentos ostentaba tal cualidad.

Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición "in genere" de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (SSTS 22/12/1992y 7/02/1994), o como dice la STS 23/03/2001, ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto nos ofrece el artículo 119 CP, añadiendo a dicha cualidad de funcionario público, la exigencia de tener el mismo facultades decisorias. Lo que define la condición de funcionario es la participación en funciones públicas como establece la STS 10 julio 2000, por lo que el delito de prevaricación de la autoridad o funcionario público se configura como un delito de infracción de un deber, puesto que los mismos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico del que son garantes y primeros obligados. Su actuación al margen y en contra de la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal.

Como veremos mas adelante concurre este requisito, pues en absoluto se ha actuado conforme al ordenamiento jurídico, sino que se ha prescindido en la actuación de la normativa que le vinculaba.

La Jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que en los delitos denominados de propia mano, o delitos especiales propios como es el de prevaricación en el caso que nos ocupa, el sujeto en que no concurre la calificación necesaria para realizar la acción típica, extraneus, sea inductor o cooperador necesario, supuestos que el artículo 28 CP equipara a la autoría (SSTS 30 de abril

2003, 21 de diciembre 1999, 25 de marzo 1997, 20 de mayo 1996, 18 de enero y 24 de junio 1994. Como señalan, entre otras, las Sentencias de 18 de enero y 24 de junio de 1994, el delito de prevaricación admite la participación en calidad de cooperación necesaria, tanto por parte del "extraneus" no funcionario, como del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una intervención administrativa previa, no decisoria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva (STS 16 mayo 1992). Constituye cooperación necesaria la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo. Que por aplicación de esta doctrina los acusados López y Cobacho pese a no tener la condición de funcionarios intervienen en los hechos, como posteriormente veremos, como cooperadores necesarios.

2º. Que haya una resolución injusta en asunto administrativo, en términos del artículo 404 CP arbitraria, con lo que nos recuerda el inciso final del artículo 9.3 CE que prohíbe "la arbitrariedad de los poderes públicos". La "resolución" viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general. Para un sector doctrinal, el sentido propio del término resolución es el que se manifiesta en el artículo 89 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual es el acto "que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo". Así, la resolución es una especie dentro del concepto más amplio de acto administrativo que, conforme a los artículos 54 y 55 del mismo texto, serán generalmente escritos y motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho cuando limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. En cambio para otro sector, es resolución cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral.

La STS de 5 de marzo 2003, recuerda que no basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así, en efecto, de una contradicción patente y grosera (STS 1 de abril 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS 16 de mayo 1992 y 20 de abril 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera,

clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal (STS 10 de mayo 1993).

En todos estos casos (STS 2 de abril 2003), es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

Otras sentencias, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 CE, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS. 18 mayo 1999y 10 de diciembre 2001), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución, por no tener su autor competencia legal para dictarla, o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS de 23 de octubre 2000).

Puede decirse, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley (STS de 23 septiembre 2002), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS de 17 de mayo 2002) o cuando la resolución adoptada, desde el punto de vista objetivo, no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS de 25 de enero 2002). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

No podemos trasladar al campo del derecho penal toda irregularidad administrativa porque ello nos llevaría a una exacerbación del derecho punitivo proyectándolo indiscriminadamente sobre todas las áreas de la actividad administrativa, invadiendo parcelas primariamente reservadas a su específica normativa que tiene resortes, como ya se ha dicho, para corregir resoluciones o actos no ajustados a la legalidad, reconduciendo el conflicto a la vía judicial del orden contencioso-administrativo. Sólo como última razón debe intervenir el

derecho penal cuando la decisión sea insoportable para la armonía del sistema jurídico y contravenga de manera flagrante, disparatada o absurda la normativa reguladora de la actividad administrativa introduciendo un factor de distorsión tan irregular que merece su corrección por la vía del derecho sancionador penal.

Concluyendo, para que la resolución sea manifiestamente injusta la infracción de la normativa administrativa tiene que ser palmaria y evidente, de tal manera que se convierta en manifiestamente injusta. Tiene que existir una certeza o convencimiento común sobre la ilegalidad cometida. Las personas que se puedan encuadrar como sujetos activos en el área delictual que incrimina el tipo de la prevaricación, tienen o deben tener un conocimiento especial de sus funciones y de las materias sometidas o entregadas a su competencia. Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, se entiende que además de la incidencia sobre el administrado, la resolución ha de tener una especial repercusión o afectación sobre la comunidad atacando en cierto modo a los intereses generales, o lo que en otros tipos se ha dado en llamar la causa pública. No se trata de la aplicación del principio de intervención mínima, sino de la protección de la Administración pública y de sus principios rectores. La clara ausencia de la necesaria motivación es también reveladora de la voluntad de suplantar la ratio de la norma por las propias y personales razones y finalidades, y que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable, reemplazado por la voluntad de los acusados.

Debemos recordar aquí lo que se decía en las SSTs de 4 de diciembre de 2003, y 31 de mayo de 2002, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho. La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, sin que baste la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción Contencioso-Administrativa y sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

Se ha advertido por la misma jurisprudencia (STS. 7 de enero 2003) de la dificultad que comporta la delimitación de la línea fronteriza entre la ilicitud administrativa y la penal, y que con la Jurisdicción penal no se trata de sustituir, desde luego, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor revisora y de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos límite en los que la posición de superioridad que proporcionaba el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública en un injustificado abuso de poder. La infracción puede cometerse tanto mediante una actuación positiva, como omisiva. Igualmente se da este requisito en la presente

causa, pues bien dando la orden verbalmente o mediante la suscripción de contratos se han tomado decisiones arbitrarias por el acusado Pedro Pacheco con acuerdo previo de los otros dos acusados abusando del cargo que ostentaba..

3º. El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los términos "a sabiendas", que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. Dolo es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa, conciencia y voluntad del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado. Véanse entre otras muchas las sentencias de la Sala Primera del TS de 10/05/93, 20/04/95, 2/11/95, 1/04/96, 12/02/2001, 17/05/2002y 5/03/2003. Por tanto, que actúe a sabiendas determina "que no solo elimina la posibilidad de comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual" SSTs 19/10/2000y 22/09/2003.

Los acusados eran plenos conocedores de la flagrante y grave irregularidad cometida, consta acreditado que los tres acusados eran compañeros de partido desde hacia mucho tiempo, que todos se habían dedicado principal y casi exclusivamente a la política ocupando cargos en el partido, así como institucionales, cabe destacar que Pedro Pacheco ha sido uno de los alcaldes que ha estado más tiempo en España desde la transición democrática ocupando la presidencia del Ayuntamiento de Jerez y que después ocupó el cargo de primer Teniente de Alcalde y los acusados López y Cobacho, también han estado con anterioridad ocupando cargos como personal eventual de confianza , por lo que conocían perfectamente la normativa sobre el nombramiento de estos y como ello no era posible en las empresas municipales, así como la normativa en las contrataciones por estas. No obstante, de mutuo acuerdo con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad , llevaron a efectos los contratos como mera apariencia a fin de obtener estos dos acusados con plena aquiescencia del primero , sueldos a cargo del dinero publico, dicho de otro modo quisieron con la forma de actuar conseguir que al no ser nombrados personal eventual de confianza se mantuvieran en tales cargos, eran necesariamente conocedores de la normativa que les vinculaba, sabían lo que hacían y quisieron hacerlo, obrando con plena conciencia de la ilegalidad y lo arbitrario de los distintos actos de contratación en que cada uno de ellos intervino. Pero además, su contenido forma parte de la cultura cívica del ciudadano medio, al ser un tópico que el ingreso en el servicio de las administraciones tiene un trámite reglado, que no es graciable, ni se rige por el capricho de quien se halle investido del correspondiente poder de decisión.

4º. El carácter de la resolución, lo tienen tanto la orden verbal dada para contratar como la suscripción de contratos y las correspondientes ordenes de pago llevadas a cabo por Pedro Pacheco. La STS de 8 de junio de 2006 sobre la base de la previa STS de 22 de septiembre de 1993, describe resolución a estos efectos como "todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de

contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común el definido como acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administrados y aquéllas otras derivadas del mismo.

A los efectos del 404 CP, pueden ser tenidas en cuenta tanto las resoluciones de naturaleza reglada como las de carácter discrecional, al incluir el legislador el calificativo arbitrario en la descripción del tipo, ya que el concepto de resolución arbitraria se utiliza en derecho administrativo con relación a las técnicas de control sobre las decisiones discrecionales. En este sentido la STS de 18 de noviembre de 2.000, establece que las normas de esta naturaleza pueden ser aplicadas de forma que den lugar a una prevaricación, cuando el funcionario exceda el ámbito de su discrecionalidad, exigiéndose entonces un patente y elevado grado de injusticia de la resolución adoptada, como supuso en este caso la contratación falsa de aquellos que eran amigos y compañeros de partido.

5º. Respecto del "bien jurídico " protegido en este delito, es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE, lo que obliga a tener en consideración los artículos 103y 106de dicho Texto Fundamental (STS 16 de mayo 2003), que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican (STS 17/09/90. En este sentido, las SSTS 22 de mayo 2001 y 17 de julio de 2.002 afirman "no se exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle porque como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota".

Estos delitos fueron creados para proteger al Estado a quien le es fundamental el buen funcionamiento de sus órganos o el correcto ejercicio de sus funciones, tal y como recogen las STS 16 de octubre 2009: "Sobre el bien jurídico protegido debe quedar sentado que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que

orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (SSTS 1015/2002, de 31 de mayo; 331/2003, de 5 de marzo y 1658/2003, de 4 de diciembre, entre otras." En el mismo sentido STS 28 junio 2007 "Este delito, con independencia de que puede producir un daño específico a personas o servicios públicos, también produce un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, porque de custodia de la legalidad se convierten en sus primeros infractores con efectos devastadores en la ciudadanía. Nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo a la Ley, y por tanto el apartamiento de esta norma de actuación siempre supone una ruptura de esta confianza que lleva aparejada la más grave de las respuestas previstas en la sociedad democrática, la respuesta penal", la STS 8 de junio 2006 recoge: "La jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 10 de julio de 1995, nos recuerda que el bien jurídico protegido por el legislador es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción a sistema de valores proclamado en la Constitución y en consideración de los arts. 103 y 106 de la Constitución que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa. Por el primero se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Por el segundo se indica el sometimiento al principio de legalidad de la misma actividad administrativa."

No existe Jurisprudencia ni doctrina que con relación al requisito subjetivo del tipo exija como elemento integrante del mismo el ánimo de lucro en la persona del sujeto activo, la consumación del delito de prevaricación puede producirse cuando se dicte una resolución injusta que implique un torcimiento del derecho, aun cuando el sujeto activo no persiga un beneficio propio. En este caso, lo perseguido como se ha dicho es beneficiar al precio que sea a los amigos y compañeros de partido .

TERCERO.- Que a fin de comprender el problema planteado en esta causa, entendemos necesario realizar las siguientes precisiones. La ley contempla la posibilidad de que los grupos políticos nombren a personas para que ejerzan la función de asesores políticos ya sea de los grupos políticos o con representación o de determinadas personas de los citados grupos, se contemplan en el Art. 104 de Ley de Bases de Régimen Local como eventuales en cargos de confianza, la especialidad de estos cargos es que se nombran al principio de cada legislatura por el Pleno del Ayuntamiento que determina el número y retribución económica de los mismos, es al Alcalde a quien le corresponde nombrar en el número fijado a las personas concretas que van a ocupar dichos cargos y se ratifica el nombramiento por el Pleno. Se trata de personal que solo tiene como objeto el asesoramiento político, por ello tiene un estatus especial en cuanto que no se han de someter a ningún tipo de concurso de méritos o pruebas de aptitud pues lo importante es que sean de la confianza del grupo o persona a la que se les asigna, así mismo no se

requiere la realización de ninguna actividad concreta o resultado concreto de su actuación pues se trata de una mera labor de asesoramiento, cesan cuando lo hacen las personas a las que asesoran.

La definición del personal eventual de confianza se establece en el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público, precepto que aunque no estaba en vigor en la fecha de los hechos clarifica y delimita el concepto de tales empleados que viene a mantener una conceptualización análoga a la norma vigente al tiempo de los hechos es decir la Ley 30/84 al señalar:

“Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

Las Leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones públicas que podrán disponer de este tipo de personal. Este número y las condiciones retributivas serán públicas”.

Por su parte, la norma que define la competencia para el nombramiento de este tipo de personal eventual en lo que a la Administración Local se refiere, es la Ley de Bases de Régimen Local, en cuyo artículo 104 podemos leer:

1. El número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación, al comienzo de su mandato. Estas determinaciones sólo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los Presupuestos anuales.

2. El nombramiento y cese de estos funcionarios es libre y corresponde al Alcalde o al Presidente de la entidad local correspondiente. Cesan automáticamente en todo caso cuando se produzca el cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento.

3. Los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el «Boletín Oficial» de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación.

Por tanto, como vemos, la afirmación de que JOSE LOPEZ BENITEZ y MANUEL VALERIANO COBACHO MARQUEZ eran personal eventual es una aseveración insostenible, e incluso temeraria, puesto que ni fueron nombrados al amparo de acuerdo de Pleno, único órgano competente en aquella fecha para posibilitar el nombramiento de personal eventual de confianza o Asesores políticos, ni sus nombramientos fueron publicados en el Boletín Oficial de la Provincia, ni de ninguna otra forma o manera pueden asemejarse a dicho personal eventual de confianza. Los peritos que han depuesto (DON MANUEL SAEZ GUZMAN y DOÑA PILAR CECILIA GARCIA GONZALEZ) han dejado bien claro que una empresa pública no puede nombrar personal eventual de confianza.

Consta acreditado en las actuaciones (folios 841 y siguientes) quiénes fueron los funcionarios eventuales nombrados por el Pleno del Ayuntamiento de Jerez en enero de 2005 al amparo de dicho artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley de Bases de Régimen Local, constando asimismo que el personal eventual nombrado a instancias del partido político en el que entonces se integraban los imputados fueron MIRIAM FERNANDEZ SANCHEZ y JUAN DIAZ CABALLERO, cuyos nombramientos fueron publicados en el Boletín Oficial de la Provincia nº 70 de 29 de marzo de 2005 (folio 844).

Fuera de este personal eventual o asesores políticos de confianza, no hay norma, precepto o disposición legal que permita que un político pueda contratar a un asesor político por mera razón de conveniencia o confianza.

En segundo lugar señalar que la ley también prevé como instrumento al servicio de los Ayuntamientos y como forma de descongestionar y agilizar el tráfico jurídico la creación de empresas que a veces son mixtas es decir solo con parte de capital municipal y otras totalmente publicas , pues solo tienen capital municipal . Son instrumentos o brazos de los entes locales, caracterizándose porque existe una forma fluida de relacionarse con los Ayuntamientos mas flexible, que las que rigen bajo el sometimiento a las leyes administrativas. La Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1993, al enjuiciar la aplicación del tipo de malversación al analizar unos hechos acaecidos en el seno de una sociedad mercantil pública, SEMAGA, S. A. «Servicios de Mejora y Expansión Ganadera, S.A. Provincial», establecía que: «si bien estas sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceros una forma personificada de carácter privado, «ad intra», las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses públicos y colectivos. Lo que representa que, aunque en la gestión utilicen los medios más ágiles del «ius privatum», lo que están ejercitando es una función pública».

Es decir, que en las relaciones de estas entidades con personas que contratan se ha de aplicar los principios de publicidad y concurrencia. Así lo establece la Disposición Adicional Sexta. Principios de contratación en el sector público del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su redacción vigente al tiempo de los hechos (Real Decreto Legislativo número 2/2.000, de 16 de Junio al señalar :

“Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública, o de un Organismo autónomo o Entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma, sea superior al 50 por 100, así como las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de estas entidades, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las mismas, se ajustarán en su actividad contractual, cuando no estén sometidas a las previsiones del art. 2.1, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a

realizar sea incompatible con estos principios.”

Se ha dicho al efecto por los imputados y por sus postulaciones en juicio que las contrataciones que efectúan las empresas públicas no deben ajustarse a las normas de la Ley de Contratos de la Administración Pública ni a los principios de publicidad y concurrencia como requisitos irrenunciables, lo que como vemos es contrario a lo establecido según la legalidad vigente.

A mayor abundamiento el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su redacción vigente al tiempo de los hechos (Real Decreto Legislativo número 2/2.000, de 16 de Junio) establecía lo siguiente:

Artículo Primero.- 1. Los contratos que celebren las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley.

Mas adelante en el punto 3. señala: “Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

Que las citadas empresas se rigen por sus estatutos, siendo en estos donde se establece la forma en que se deberá llevar a cabo las contrataciones, que es el objeto de esta causa, lo que implican que solo los nombramientos se puedan realizar de acuerdo con lo establecido en los mismos.

Así respecto a la empresa Xerez 21 Speed Festival se señala en el art. 19 de sus estatutos que es facultad del presidente del Consejo de Administración en el punto d) “firmar los contratos aprobados por el Consejo”.

Que respecto a Emusujesa en los Estatutos como se señala en el folio 153 se establece: “Acordar la contratación de personal, retribuciones, convenios, ceses y sanciones a propuesta del gerente. Esta facultad se deberá ejecutar conforme a las directrices marcadas por la normativa reguladora de las bolsas de trabajo municipal “ y en el siguiente punto se señala “Autorizar toda clase de contratos, adquisiciones y suministros de cuantía no superior al 10% ni inferior al 2% de los recursos presupuestarios, debiendo ser ratificada por el Consejo de Administración”.

Por ultimo y aunque es una obviedad , se ha de señalar que lo que se enjuicia es si las conductas realizadas por los acusados es o no constitutiva de ilícito

penal ,quedando absolutamente al margen cualquier cuestión política o de otra índole.

Que teniendo en cuenta estas premisas las conductas que se enjuician consisten en la contratación en la empresa Speed Festival y en Emusujesa de los acusados por parte del tercer acusado Pedro Pacheco Herrera. En primer lugar, era el presidente de la empresa Speed Festival que era mixta, si bien el Ayuntamiento tenía 50 % del capital; dicha empresa tenía como objeto, la promoción del parque temático y de ocio en la ciudad. Consta que en fecha 30/03/05 el acusado López, remitió una carta dirigida Pedro Pacheco que consta al folio 17 en la que se señala literalmente: " Sr. Presidente: Como resultado de nuestra reunión de Febrero pasado, he comenzado a prestar mis servicios profesionales como asesor de esa empresa en materia de Urbanismo Comercial. Como consecuencia adjunta la minuta correspondiente al mes de Marzo". Que la contratación debía ser con IVA, consta en folio 19 que en fecha 19/04/2005 se libra orden de pago en la que firma Pacheco por la cantidad 4647,01 a favor de López, lo que también tiene lugar en la orden de pago de fecha de 29/abril del 2005 así como consta al folio 18, que con fecha 30/03/2005 se aportó factura por López y así sucesivamente, dándose la circunstancia de que en fecha 28 de abril de 2005, Pedro Pacheco pasa a ser vicepresidente, siendo presidente la alcaldesa Pilar Sánchez, el contrato se mantiene hasta fecha de septiembre en que al negarse esta última a abonar la factura, es contratado por Pacheco en las mismas condiciones y por el mismo importe en la empresa municipal Emusujesa. Poniendo de manifiesto un desprecio total a las ordenes de la Alcaldesa que era su superior jerárquico, así como un empeño personal y unilateral, por encima de cualquier consideración, de conseguir su propósito y por el mismo importe, si bien en este caso se documenta mediante un contrato.

Que también Pacheco para esta empresa contrata al acusado Cobacho documentándolo mediante contrato, todos los acusados coinciden en que el objeto de los contratos era el nombramiento como asesores políticos, reiteran durante las declaraciones en juicio de forma continuada que son asesores políticos, que solo llevan a cabo esta función y que lo eran de Pedro Pacheco, fundamenta este último el nombramiento en que se llevo a cabo un pacto con el PSOE en virtud del cual se le permitía el nombramiento de asesores políticos, así como en que estaba legitimado en virtud de la delegación realizada por la Alcaldesa.

Que consta acreditado que se celebró un Pleno en el que se nombraban a los asesores políticos concretamente y en lo que se refiere al grupo de los acusados se nombraban a tres asesores políticos que recayeron en los nombrados por la alcaldesa y ratificados en el pleno, consta que PSOE y PSA firmaron un pacto de gobierno, habiéndose aportado una parte del mismo por la acusación particular como cuestión previa al inicio del juicio y habiéndose aportado por la defensa el complemento del citado pacto durante la celebración del juicio, aunque resultaba extemporánea la aportación, dado que la acusación particular no mostró disconformidad, para un mejor conocimiento de los hechos se admitió el citado documento.

Que así mismo y en lo que se refiere a la contratación por las

empresas se ha de concluir por una parte que no era procedente el nombramiento de asesores políticos, pues estos estaban ya nombrados, no se podían nombrar en las empresas publicas y además el nombramiento para desempeñar trabajos en las empresas municipales solo se puede hacer a través del procedimiento fijado en la ley y los estatutos y por otra parte que las contrataciones realizadas por Pedro Pacheco no se ajustaban a la realidad ya que el único objeto de las mismas era el nombramiento de asesores políticos, como forma arbitraria de obtener sueldos o beneficios económicos del erario publico. Así mismo y como se ha dicho, consta que los tres acusados sabían perfectamente la forma en que se deben nombrar a los asesores, pues Pedro Pacheco ha sido alcalde de Jerez durante muchísimos años, Cobacho ha estado de asesor en una Consejería de la Junta de Andalucía y López ha sido 17 años Concejal de los cuales 9 ha sido primer Teniente de Alcalde e incluso vicepresidente de la empresa municipal, por lo que perfectamente eran conocedores de cómo se debían nombrar a los asesores políticos, en que consistía la función y como la forma en que han sido nombrados es contraria a la Ley, que se ha querido burlar, mediante la contratación en empresas publicas, conociendo igualmente los estatutos de las empresas en materia de contratación. Lo que determina que la Sala entienda que han cometido un delito de prevaricación, pues no se trata de la comisión de una mera irregularidad administrativa, sino que a sabiendas de la imposibilidad legal de nombrar asesores políticos, en cuanto que ya estaban nombrados, bajo el artificio de unos contratos que en absoluto correspondían a lo contratado, han obtenido unos sueldos del erario publico, lo que como hemos dicho por la trayectoria que los acusados tenían en materia de tareas de gobierno local, así como de asesoramiento político sabían y conocían, poniéndose de acuerdo para tal fin. En suma el nombramiento a través de los contratos de asesores políticos era la forma ideada para obtener un sueldo a cargo de las empresas municipales y servir de asesores politos a Pacheco en contra de la legalidad.

CUARTO.- Que dado lo señalado el tribunal tras valorar las pruebas practicadas en juicio bajo los principios de inmediación y contradicción llega a la convicción de que ha quedado destruida la presunción de inocencia y que queda probado se ha cometido un delito continuado de prevaricación ya que consta acreditado que se llevaron a cabo las contrataciones a sabiendas de que no estaban permitidas según la legislación vigente.

Que a tales efectos resulta de suma importancia la propia declaración de los acusados que reconocen realizaron las contrataciones y que las mismas eran para asesores políticos de Pacheco no de las empresas y que estaba legitimado Pedro Pacheco por el cargo que ocupaba así como por el pacto.

Concretamente declara Pedro Pacheco en el acto del juicio que si bien inicialmente se determinaron en el pleno de 18/01/2005 el numero de asesores políticos, después se fue modificando por negociaciones entre el Sr. Bermúdez y el Sr. Román, que en la ruptura del pacto tenia nueve asesores políticos y el PSOE dieciséis, que le quedan dudas de que otras empresas contrataren asesores políticos; que no tenia que ir al Pleno porque eran de las empresas del sector

publico y que no le vinculaba los estatutos de las empresas ya que por ser Teniente de alcalde y presidente ejecutivo podía contratar a estos asesores políticos; así mismo señala que se ordena el pago al Sr. López una vez se contabilizaba la factura, que él no entra en que el contrato sea verbal o no. Que destaca que declara que tiene que haber un expediente, pues sino como se contabilizaba las facturas; que en los estatutos no sabe lo que pone porque se modificaron; que a López le abona por factura porque así se le exige López y si no sobrepasa la cuantía no hay problema; preguntado por la acusación sobre la existencia en las empresas de una bolsa de contratación, señala que eso es para eventuales temporales y lo contratados eran asesores políticos igual que los nombrados en el pleno pero en este caso ya no era necesario la ratificación en pleno, bastando la existencia del acuerdo, firmado por la alcaldesa, que en los aprobados en el pleno era necesario la existencia de presupuesto en los de las empresas, él sabía que había presupuesto, se incluía en la partida de personal; preguntado como se explica que teniendo en cuenta el presupuesto del 2004 y del 2005 no se contabiliza el gasto del asesor, señala que puede ser que el gerente lo tramite por otra partida, pero no sabe en cual; así mismo, señala que el personal eventual no tiene que ser publicado en el BOP o al menos nadie se lo dijo, pero cree que los nombrados en el pleno sí; que considera que no existe problema en el hecho de que el Sr. López dedicara un 15 % del tiempo a su empresa, porque el no interviene en la gestión de la empresa, solo le asesoraba, teniendo la misma información del suelo que cualquier persona por Internet. Que así mismo, declara que nunca ha contratado sin contrato y le extraña que el gerente expida nomina sin expediente, que se le notificó al Consejo de administración, le consta que incluso han trabajado juntos, que no hay que notificárselo pero está en la información de las altas y bajas de los contratos realizados, en el acta constará la información, no que expresamente se les notifica; cuando se le pregunta porque se daba la orden de pago antes que la entrega de facturas, señala que él no esta para esas minucias; que el Sr. López no viaja a Madrid, el Sr. Cobacho sí y que se lo pagaba Emusujesa o Urbanismo según cual fuera la actividad; que el Sr. López le asesoraba incluso cuando corrían; que el contrato de Emusujesa lo redactaría el gerente o abogado y no hace falta registrarlo, no le extraña que no conste el sello basta la firma. Señala que el Sr. Cobacho venia tres o cuatro veces a la semana pero no le pagaba la gasolina solo si iba con él, que no sabe porque el Sr. López deja Speed Festival, cree que porque le hacia falta pues vivió el plan de urbanismo de 1995.

Que el acusado José López Benítez declara que fue asesor de la presidencia en fecha 1/07/2003 con efectos del 14/06/2003, fue nombrado para asesorar a Pacheco desconoce si se había aprobado en el pleno que duró hasta que se rompió el pacto a finales del 2004, principios del 2005, que ha sido Consejero de Emusujesa y de otras empresas como concejal hasta mayo del 2003, estuvo de vicepresidente desde 1996 a 2003, que de marzo a septiembre recibe cantidades en Speed Festival, pero no figura contrato, que él pide que el contrato sea mercantil, que el motivo de porqué existen dos facturas distintas fue por un problema con Assisa, que el número de asesores no se determinó en el pleno sino en el pacto, es llamado por Pedro Pacheco para asesorarle en urbanismo y suelo. No recuerda los

estatutos de Speed Festival, que el nombramiento corresponde al presidente del Consejo de Administración, desconoce si el Consejo intervino en su nombramiento, que le llevaba la factura y Speed Festival hacia la transferencia, que no se concreta tiempo de la contratación, entiende que hasta que termine la legislatura.

Que fue contratado por Emusujesa en fecha 10/11/2005, aunque la primera factura es de octubre, que hacia el mismo tipo de asesoramiento la diferencia era quien le pagaba, que no sabe porque en esta empresa existe contrato. Que realizaba otra actividad remunerada al ser administrador de una empresa privada de construcción, pero no había incompatibilidad porque no hacia trabajos para el Ayuntamiento; que fue diecisiete años concejal de Pacheco, de los que siete años fue Teniente de Alcalde, que nunca se plateó si la competencia era del presidente o vicepresidente, no sabe explicar porque hay meses que se le paga antes de presentar la factura, que dedicaba a la actividad privada el 15%, que desconoce si su nombramiento se publico en el BOP. Que una vez a la semana iba a Emusujesa, no es cierto que fuera para quedar con los compañeros para jugar al golf, aunque si había personas allí con las que quedaba, que a Urbanismo iba casi todos los días, que cobraba igual de eventual que de asesor, de eventual 3.200 euros y la diferencia es por el IVA, que se tenia que quedar en 4.600 euros, que cuando fue vicepresidente de Emusujesa no contrató asesores políticos, si lo hizo cuando era Teniente de Alcalde que en la actualidad es concejal y diputado de la diputación.

El acusado MANUEL VALERIANO COBACHO MARQUEZ declara que contrato con Pacheco en fecha 22/02/2005 a 20/04/2007 le dieron de alta en fecha 1/02/2005 que como asesor de la vicepresidencia que se lo ofrece Pacheco, no sabe si es cesado por el pleno, su única función era asesorar en cuanto al suelo, comparencias publicas información de personas, reuniones. Que con anterioridad fue asesor de un consejero de la Junta, que mantenía constante relación telefónica con Pacheco, despachaba regularmente con él dos o tres veces por semana en Urbanismo incluso sábados y domingos; desconoce si el nombramiento de asesor político, ha de ser por pleno, no depara en las formalidades.

Que conoce a Pedro Pacheco desde hace 25 años como miembro de partido y han colaborado juntos en el partido, era secretario de organización, que durante años fue asesor del Consejero Antonio Ortega con categoría 30-A y quería similar categoría, por ello se establecería la categoría de jefe de unidad en el contrato; que la residencia la tenia en Sevilla en Castilleja de la Cuesta. Que respecto a su vida laboral hasta la fecha de los hechos se limita a dos años en Carbonell, el resto ha sido asesor de la Junta y en Jerez.

Que viaja a Madrid, M^a Paz Cañero le daba los billetes de avión y ave, que no sabe si sus operaciones tuvieron buen fin, que ha ido tres o cuatro veces a Emusujesa, pues donde se reunía era en Urbanismo. Que no es necesario ser nombrado por pleno para ser asesor político pues depende donde este adscrito, si es de una empresa publica dependerá de los estatutos, preguntado por lo que ganaba contesta que no recuerda lo que ganaba, que no es cierto que percibiera 3.300 euros, que no tiene que estar en Jerez, estuvo de asesor cuando M^a José García Pelayo fue Alcalde.

CAYETANO GOMEZ VILAGRAN declara que era gerente de Speed festival, que en marzo del 2005 era presidente Pacheco pasando a ser vicepresidente en fecha 28/04/2005, que este le comunica que vamos a contratar a un asesor y le da datos sobre la cantidad, que cree que había un contrato pero no lo recuerda pues debía darle la forma y, lo elaboro él como gerente, que se le exhibe por la acusación el folio 17 consistente en la carta remitida por López a Pacheco y señala que era el soporte documental que López despacha directamente con Pacheco que la competencia para contratar era del presidente, vicepresidente y del consejo de administración según lo contratado dependiendo de las cantidades, el contrato era para asesorar a la presidencia. Que si la empresa tiene un 50% de capital publico se rige por la ley administrativa sino por la mercantil, que no concurre el principio de publicidad y concurrencia, que no funcionan con contabilidad presupuestaria sino con contabilidad genérica que López tenía una iguala, es decir en virtud de sus funciones realizadas. Declara en instrucción al folio 401 que no sabe si Speed es mixta o participada, dice que cuando declaro dijo mixta. Que redactó las ordenes de pago a López, no sabe porque firma Pacheco como presidente, pues a partir del 28/04/2005 era la presidente Pilar Sánchez; que es incorrecta y pone en duda la fecha, no es cierto se modificara intencionadamente y para continuar la firma autorizada de Pacheco; preguntado porque la orden de pago es anterior a la factura según folios 26 y 17, alega que no tiene explicación salvo que solo se preparara la transferencia, que es normal se hagan sin sello. Que no recuerda que notificara al Consejo de Administración la contratación de López, solo se llevaba al Consejo lo que se tenia que informar, que a Pilar Sánchez se le paso a la firma la orden de pago y dijo que de inmediato se rescindiera, que eso es cuando cesa Pacheco, no sabe si entonces es cuando lo contrato en Emusujesa.

Que López iba pocas veces, iba una o dos veces por la Gerencia, coincidía con López nunca con Cobacho, que lo que le consta es que asesoraba a Pacheco, que es a quien le corresponde el control de la legalidad de la contratación, que no vio ilegalidad alguna, no advirtió que tenia que pasar por el Consejo de Administración, que le dijo a Pacheco que no podía ser contratado como personal laboral porque era autónomo y la única formula fue por prestación de servicio, que no recuerda la fecha de la reunión con Pilar Sánchez que es cuando tiene conocimiento del nombramiento de López y dice que se rescinda.

ANTONIO FERNANDEZ VERA fue secretario del Consejo de Administración de Speed festival de marzo a septiembre del 2005, iba cuando había consejo pues es funcionario del Ayuntamiento, tres veces al año, que se puede comprobar en las actas si se informaba de las contrataciones pues era materia de aprobación del Consejo, sabia que López estaba de asesor de Pacheco, cree que Pilar sabia el nombramiento de López por el gerente y los pagos que se hacían en el Ayuntamiento. Que el funcionamiento de la empresa municipal es mercantil, no hay contabilidad presupuestaria, no se sujeta desde su punto de vista a los principios de publicidad y concurrencia, que si no consta el nombramiento de López es porque no lo vería relevante ya que era materia que se aprobara en la Junta. Que los estatutos son vinculantes, se le pregunta por lo establecido en el Art. 19 sobre contratación y declara que no sabe que decir, que lo que se aprobaba eran los contratos para el

objeto de la empresa, después declara que si se debería hacer, se hizo mal. Se le exhibe el folio 247 que es el acta de 28/04/2005 en el que Pilar Sánchez asume la presidencia y no consta la delegación al vicepresidente, señala que debía constar pero que cree que era vicepresidente ejecutivo, que lo que recoge en el acuerdo es que solo la Alcaldesa estaba facultada para hacer pagos, al enseñarle el folio 21 dice que la orden de pago de Pacheco se ara por los administrativos con un error de fecha de un día.

JULIA SIMO MARRA LOPEZ declara que era administrativa de Speed festival y señala que por la operativa no necesariamente tenia que aportar López la factura pues ella preparaba las cartas de pago que tenia que firmar Pacheco, a veces ponía como anexo la factura otras veces no, que las ordenes de pago mostradas a los folios 18, 19, 20 y 21 dice que se enviarían para ir adelantando los pagos, no sabe si Pedro Pacheco pedía la factura que le visaba el gerente y los pagos se los pasaba a Pacheco para que firmara, que cuando firmo la carta de pago la presidente dijo que no se pagara factura. Señala al ser preguntada sobre como accedió a la empresa que fue contratada por selección publica, vio anuncio en el diario. Que a ella López no le dio trabajo iba cada 15 o 45 días, no se entero del cese sino de la devolución de transferencia que tuvo lugar cuando se le entrego por primera vez a Pilar la documentación en septiembre del 2005 que el gerente le dijo que a partir de una fecha se pasaran a la Alcaldesa, que no sabe porque paso los pagos como presidente cuando Pacheco era vicepresidente.

MIGUEL BALLESTEROS MARRA LOPEZ declara que el 2005 era gerente de Emusujesa hasta enero del 2006 que tuvo conocimiento de los contratos porque se le dijo que tenia que contratar que el de Cobacho era un contrato laboral para asesorar y el segundo un contrato mercantil, que se le comento que era por un pacto de gobierno y se preparo el expediente como asesores del vicepresidente. Que no le corresponde analizar la validez de los contratos, que eran dos contratos distintos pero con la misma función, tampoco le corresponde la elaboración de los contratos, el responsable era Pedro Pacheco, que tomo esa decisión de acuerdo con los estatutos que le vinculan, que le consta que López jugaba al golf e iba a recoger a los compañeros, entiende que no había que tener en cuenta las normas de publicidad y Concurrencia, que no existía fecha de finalización de los contratos por lo que no se podía saber la cuantía, que no sabe si los estatutos establecían algún limite en la cuantía de los contratos que se realizaran, que el contrato se le notifica al Consejo de Administración, que no se le instruye nada al efecto, que en dicho periodo cree que no hubo Consejo, tampoco para la aprobación de las cuentas anuales, no sabe si había presupuesto para los contratados, Cobacho se incluye en la partida de personal y López en servicios profesionales independientes, que no prestaban ningún servicio para Emusujesa entendía que Pacheco podía nombrarles, tenia facultades para contratar, que no vio a Cobacho, si acaso una vez o dos.

JOSE ENRIQUE AGUERA GONZALEZ Sustituyo a Ballesteros como gerente en Emusujesa en fecha de mayo del 2006, que vio una factura de López le extraño pero al ver el contrato le dio validez, a López lo veía en Urbanismo y a Cobacho aunque inicialmente dijo que no lo conocía, ahora al verlo, sabe que lo ha

visto alguna vez con López Que no recuerda ninguna contratación igual que si se contrata para obra o servicio se concreta la función, que el contrato de Cobacho al ser de asesoramiento esta fuera de su ámbito, que no le consta que según los estatutos se haya de acudir a una bolsa de trabajo. Que no se reunió por trabajo con ninguno de los dos, no le consta trabajo alguno, que cuando cesa Pacheco se le plantean dudas pues de ser asesores debían cesar que Pacheco, que este ceso en marzo del 2007 que a Cobacho se le paga hasta abril del 2007 por las dudas que tenía, a López le cesa en julio del 2007, al exhibirle el foleo 38 señala que se referirá al numero de protocolo del expediente que hace referencia al contrato, que la factura le llamo la atención porque era persona que no sabía que estaba en la empresa.

JAVIER MARCO SOTILLO Administrativo de Emusujesa declara que el Sr. Ballesteros fue quien le comunica que ha de ser dado de alta un trabajador refiriéndose a Cobacho y respecto a López que hay que hacer un contrato de asesoramiento, que nunca había hecho. Que no hubo mas contrataciones de asesores, se le comunica el sueldo, no ponen en cuestión las decisiones del superior, que el elaboraba los borradores de los presupuestos, que a López lo incluía en gastos imprevistos y a Cobacho no sabe si en personal, que no vio a Cobacho solo a López, al ser preguntado no da explicación de que se pagara algo sin factura cuando se le exhibe la orden de pago que es de fecha anterior a la factura.

PILAR SÁNCHEZ, Alcaldesa en el momento de los hechos declara que no conoce a Cobacho, que no hubo resolución para modificar el numero de asesores, que cuando se le paso la orden de transferencia de López empezó a tirar del hilo y vio que eran pagos sin contraprestación, sin expediente de contratación y que nadie dio respuesta de los trabajos que realizaban ni de que les vieran. Que nunca fue informada del nombramiento de asesores políticos, que aunque firmo la retención de rentas de López firmaba miles de ellas por lo que no se percato Que el personal eventual solo lo puede nombrar el pleno y se ha de publicar en el BOP.

MANUEL GUILERMO DE LA PUENTE LIS que trabaja en Emusujesa declara que Pacheco no tenía plena capacidad para contratar sino conforme a lo señalado en los Estatutos que era hasta un 10 % de lo presupuestado.

M^a PAZ CAÑERO CUADRADO, señala que era jefe del gabinete de delegado de urbanismo que lleva en el ayuntamiento desde 1991 por lo que conoce a López que también ha visto muchas veces a Cobacho, que Pacheco le daba documentación para estos y ellos la devolvían con notas que se ha encargado de viajes a Madrid para Cobacho y uno a Córdoba de López, que asistían a reuniones con empresarios, que asistían con una regularidad de tres o cuatro veces a la semana, que había mucho contacto telefónico con Cobacho, que aunque había un registro de personal entiende que López y Cobacho eran personal del Ayuntamiento. Que no sabe si hablaban de política en las reuniones porque no estaba presente, que había una cuenta en Gerencia para pagar billetes.

M^a TERESA SEGURA GÓMEZ era la secretaria del delegado de Urbanismo veía al Sr. López y a Cobacho dos o tres veces a la semana, le han entregado carpetas para Pacheco, se reunían con Pacheco a veces toda la mañana,

no sabe que trataban porque no estaba presente

FRANCISCO LARA BARBA jefe de ordenanza de la Gerencia de Urbanismo declara en iguales términos.

Por ultimo, tanto INMACULADA CÁLIZ GONZÁLEZ que es licenciada en derecho y ha ejercido labores de contratación en el Ayuntamiento del 2006 al 2011 como MANUEL BÁEZ GUZMÁN que fue secretario del Ayuntamiento del 1968 al 2010 y PILAR CECILIA GARCÍA GONZÁLEZ oficial mayor del Ayuntamiento y secretario del Consejo de Administración de Emusujesa declaran que solo los eventuales de confianza pueden ser contratados por el pleno, que ello tiene lugar solo al principio de la legislatura, que después no es posible nuevas contrataciones de asesores políticos y concretamente el segundo declara que no ha visto nada igual, cuando se le exhibe la carta de López a Pacheco. Todos señalan que en las empresas municipales solo se puede trabajar mediante contrataciones y rigen los principios de concurrencia y publicidad, siendo al Consejo de Administración a quien corresponde el nombramiento en las contrataciones.

Que de las pruebas practicadas tanto del interrogatorio de los acusados como las testificales y documentales a que hemos hecho referencia, la sala llega a la convicción de la comisión de un delito continuado de prevaricación. En primer lugar y respecto al pacto entre PSOE Y PSA que se aportó en juicio, en absoluto el mismo alude al nombramiento en empresas publicas de asesores, pues como es lógico ello no podía ser objeto de pacto ya que contraviene lo establecido en la ley y en todo caso nunca el pacto puede ser contrario a la legalidad vigente; resaltando por tanto en esta causa que son los propios acusados los que reconocen haber cometido la conducta descrita, si bien la justifican en el citado pacto que nada dice sobre el nombramiento de asesores, ni por supuesto como mantienen los acusados alude a ampliación alguna del nombramiento de asesores políticos, solo se refiere a nombramientos de Jefes de Área, que es una función totalmente distinta. Testificando la Alcaldesa que la versión dada por las defensas no responde a la realidad. Ya hemos expuesto la forma en que se deben nombrar a los llamados asesores políticos o personal eventual de confianza como son denominados en la ley, ello solo puede tener lugar a través del procedimiento establecido en el Art. 104 ya transcrito, de forma que es contrario a la ley nombrar de forma distinta a personas para realizar la tarea de asesoramiento político y desde luego resulta contrario a la legalidad vigente que ello tenga lugar como igualmente coinciden los acusados por un pacto con el PSOE, por ello resulta significativo que Pacheco señale que en virtud de este pacto el PSA nombro a nueve asesores y el PSOE a 16, cuando solo podían ser asesores los nombrados en el pleno del Ayuntamiento. Es decir ni siquiera la Alcaldesa estaba legitimada para nombrarlos, cuanto mas el primer Teniente de Alcalde. Consta acreditado que el gerente de Speed festival señala que Pacheco solo le dijo que tenia que contratar a López y que él se limita a dar las instrucciones pero que no le correspondía analizar la citada contratación, señala que se limito a cumplir lo ordenado, cuando como no puede ser de otra manera e incluso lo reconoce en la declaración le correspondía controlar la legalidad de las contrataciones, aunque en este caso sorprendentemente señala no vio

ninguna ilegalidad, solo advirtió que no podía ser personal laboral al ser autónomo y decidió como solución un contrato de servicios. Los testigos que trabajaban en las empresas municipales declaran que no vieron en la empresa Speed festival a López, solo en ocasiones en Urbanismo reunido con Pacheco, otro tanto cabe manifestar respecto a la empresa municipal Emusujesa, destacando que todos los empleados de la misma coinciden en que ni siquiera conocen a Cobacho. La defensa ha hecho mucho hincapié en la ilegalidad de los informes aportados y realizados por empleados de la empresa municipal sobre la incomparecencia en las empresas de los acusados la no realización de trabajo alguno pues han señalado en el acto del juicio que aunque lo que informan es cierto, que si no, no lo hubieran firmado, lo hicieron presionados y no sabían cual era el objeto de tal informe. A los efectos que nos interesa es irrelevante dicha prueba dado que lo que es mas importante es que los propios acusados reconocen que no realizaron ningún informe escrito porque no era su cometido sino solo asesorar y por tanto se limitaban a tener reuniones con Pacheco, asistir a reuniones por encargo de este, estudiar informes y solo en ocasiones le daban notas escritas. Es decir son los propios acusados los que reconocen que los contratos suscritos no eran para lo señalado sino solo para realizar el asesoramiento político. Resulta a tal efecto muy significativo la prueba del testigo perito JOSE LUIS RIVERO ISERN propuesto por la defensa, que como catedrático de derecho administrativo ilustra perfectamente a la sala sobre lo que supone ser asesor político y como para ello no es necesario ningún contrato específico ni tampoco publicidad y concurrencia pues por su propia tarea es incompatibles con estos principios, lo que la sala suscribe, ahora bien el testigo perito se quedo perplejo y no sabia reaccionar cuando se le pregunta si es posible tales contrataciones cuando ya se han nombrado los asesores políticos, contestando que eso él no lo sabia y que si efectivamente han sido ya designados no cabe tales nombramientos, pareció que informo sin tener pleno conocimiento de lo acontecido.

Procede destacar que prueba que lo acusados conocían y sabían que no era legal ser contratados como asesores políticos, es que los contratos en absoluto aluden a esta tarea sino que se trata de contratos para una actividades o asesoramientos en las citadas empresas, por lo que aun entendiendo que han actuado como asesores de Pacheco, su actividad en absoluto ha tenido que ver ni ha respondido a la realidad contratada. Ello queda acreditado por reconocerlo las partes al confirmar que el nombramiento de los acusados tiene lugar a través de empresas municipales aunque igualmente y es lo grave y arbitrario, reconocen que no trabajaron para las citadas empresas sino solo como asesores de Pacheco, lo que los acusados insisten de forma reiterada en el acto del juicio. Así mismo es de destacar como ya se ha señalado que los acusados conocían perfectamente que no era procedente contratarles como asesores políticos, pues ninguna otra explicación tiene que aun suponiendo que hayan ejercido como asesores políticos ningún expediente existiese, pese a que Pacheco señalo que era imposible que no hubiera ningún expediente, señalando el gerente de Speed festival que el único soporte documental es la carta que remite López a Pacheco, cuyo contenido hemos transcrito. Que es evidente que la misma no constituye un contrato laboral, así

mismo en absoluto cabe en el mismo aportar facturas y cobrar el IVA, lo que se señala fue una exigencia de López porque era autónomo ya que a su vez tenía una empresa constructora, lo que además resulta significativo cuando señala que a la misma dedicaba un 15 % y resulta cuanto menos dudosa la ética, sí como se reconoce se dedicaba a asuntos del suelo y urbanismo. Que según el contenido del contrato era para prestación de un servicio, pues declaro el gerente fue la forma en que se podía cobrar el IVA, tales contratos exigen la forma escrita, se definen en el ET, artículo 15, y en el Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre, que lo desarrolla, el Artículo 2 previene:

1. El contrato para obra o servicio determinados es el que se concierta para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta. (...)

2. El contrato para obra o servicio determinados tendrá el siguiente régimen jurídico:

a. El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto.

b. La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio.

Si el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior.

Desde luego que en absoluto ha quedado acreditado que concurren estos requisitos legales, ni siquiera que se realizara servicio alguno para la empresa que lo contrato, en lo que además coinciden todos los empleados de las misma, pero además dicha forma de contratar es contraria a lo establecido en los estatutos, pues pese a que Pacheco declara que no le vinculaban los estatutos, es lo cierto que la contratación se debía llevar a cabo de conformidad con los mismos

En los Estatutos de la repetida Sociedad, que obran al folio 238 y siguientes, consta, en su artículo 19.d), que el Presidente de la Sociedad sólo puede autorizar los contratos previamente aprobados por el Consejo de Administración.

Consta que el Consejo de Administración de la referida sociedad no sólo no aprobó el contrato, sino que ni siquiera lo conoció, pues ninguna prueba se ha llevado a cabo al efecto e incluso se manifiesta por el gerente que solo se llevaba al Consejo lo que resultaba relevante, por lo que a sensu contrario se ha de concluir que no se considero relevante la contratación del acusado López, lo que evidencia como en los demás casos que se prefería tener ocultas y silenciosas las contrataciones.

De las Actas de dicho Consejo de Administración de JEREZ XXI SPEED FESTIVAL, S.A., que obran a los folios 244 y siguientes, consta que el 28 de abril de 2005 el imputado PEDRO PACHECO HERRERA cesó como Presidente de dicha Sociedad, pasando a ocupar el puesto de Vice- Presidente.

Resulta igualmente de dichas Actas (folio 247) que la única delegación de facultades por parte del Consejo de Administración de dicha Sociedad se produjo a favor de la Presidenta DOÑA PILAR SANCHEZ MUÑOZ, careciendo a partir del 28 de abril de 2005 el Vice-Presidente PEDRO PACHECO HERRERA de facultades no sólo para contratar sino ni siquiera para disponer de los fondos de la Sociedad.

Pese a ello, ordenó los pagos al imputado José López Benítez, incluso de forma previa a la presentación por éste de la correspondiente factura. Lo que nadie ha podido explicar así como tampoco que pese a que Pacheco no era ya presidente pues cesa en marzo, consta que da la orden de pago como presidente en fechas de 19/04/2005 y 29/04/2005.

Por parte de José López Benítez queda acreditado que no se efectuó ningún tipo de informe o asesoramiento en contraprestación a los pagos recibidos. Tampoco existe prueba alguna del contenido de las reuniones en Urbanismo con Pacheco pues ningún testigo ha estado presente, por lo que cabe que incluso en ocasiones solo se trataran temas políticos del partido, dados los cargos representativos que ocupaban los acusados, lo que desde luego no puede acarrear percibir un sueldo del dinero publico.

Que respecto a los contratos con Emusujesa, a diferencia del anterior, consta contrato escrito de fecha 10/11/05 con efectos desde octubre entre Pacheco y José López Benítez, este se obligaba a prestar "la consultoría y asistencia de los proyectos urbanísticos y de promoción que dicha entidad mercantil municipal llevara a cabo. Como ocurrió en el caso anterior, no se efectuó ningún tipo de informe o asesoramiento por parte de José López Benítez dando cumplimiento al mencionado contrato, ni se realizó actuación alguna por el contratista a favor de Emusujesa, por lo que no se justifica o motiva la recepción de cantidad alguna, causándose así un evidente perjuicio al erario público.

Destacando en este supuesto que Pacheco era conocedor de que la Alcaldesa no estaba conforme con la contratación de López en Speed festival y cuando tuvo conocimiento, según declaran los testigos, rescinde el contrato negándose a pagar la factura, de lo que sin genero de dudas tiene pleno conocimiento Pacheco, consiguiendo su propósito de que López reciba un sueldo de una empresa municipal con plena conciencia y voluntad pues seguidamente, concretamente al siguiente mes sin efecto interruptivo le contrata en Emusujesa, lo que acredita sin genero de dudas la arbitrariedad en las contrataciones a fin de conseguir su propósito en connivencia con el otro acusado.

Finalmente el día 23 de febrero de 2005 se concierta un contrato laboral (de Obra o Servicio Determinado) en virtud del cual la referida empresa municipal contrataba al acusado MANUEL COBACHO MÁRQUEZ para prestar sus servicios a tiempo completo como asesor a la vicepresidencia, con categoría profesional de Jefe de Unidad, percibiendo una retribución total de 45.218,00 € brutos anuales. El acusado MANUEL COBACHO MÁRQUEZ fue dado de alta en la empresa el día 1 de febrero de 2005 y permaneció hasta el 20 de Abril de 2007, fecha de extinción del contrato; sin embargo, para dicha contratación no se tramitó expediente previo alguno, resulta acreditado como hemos dicho que este vivía en Sevilla, que apenas era conocido por ninguno de los empleados de la empresa municipal, solo consta

acreditado que se reunía con Pacheco en la gerencia, desconociéndose el contenido de estas reuniones, pero en todo caso y es lo importante ningún trabajo lleva a cabo para la empresa por la que fue contratado y a cargo de la cual recibía el sueldo. Así mismo y dadas las circunstancias existentes carecía no solo de despacho o lugar de trabajo sino de horario ni obligación de realizar actividad laboral concreta, requisitos típicos de una relación laboral que según el art. 1 del ET que regula la relación laboral de carácter libre, retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización del empresario. Tampoco consta que el Consejo de Administración aprobara ni siquiera conociera la contratación y en todos los casos no se realizó actuación alguna relativa a publicidad o concurrencia, lo que es exigible en la contratación con una empresa pública, sin que se pueda compartir como señaló el testigo perito propuesto por las defensas JOSE LUIS RIVERO ISERN que en este caso era de aplicación lo establecido en el último párrafo de la disposición adicional 16 que señala el sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia "salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios", pues como ya se ha reiterado dicha salvedad no se refiere a los eventuales de confianza o asesores políticos que tienen su propia regulación sino a otros tipos de servicios como pueden ser de seguridad, que lógicamente no quedan sometidos a tales principios. La legislación de contratos cita como supuestos incompatibles con la publicidad, en la Ley del 2000, artículos 141 y 181:

"Los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. En este último supuesto, en la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada."

Tampoco se siguió en las contrataciones con Emusujesa la normativa reguladora de la Bolsa de Trabajo Municipal, como se establecía en los estatutos, ni el límite cuantitativo fijado en los mismos; puesto que en el contrato celebrado no se pactaba duración determinada, es imposible saber su cuantía por lo que el acusado PEDRO PACHECO HERRERA también por este motivo carecía de competencia. Si se cuantificaran los contratos en su cuantía anual resultaría que éstas son inferiores al 2% de los recursos presupuestarios de EMUSUJESA (Folio 188 y siguientes), por lo que también dicho imputado carecería de competencia para contratar. Además es importante destacar que de acuerdo con las normas laborales un contrato sin fecha de finalización incluso se puede convertir en indefinido, lo que supondría un mayor perjuicio para el erario público. No resulta óbice como ha mantenido la defensa respecto a la falta de competencia de Pacheco para contratar, que después se modificara la delegación de competencias, estableciéndose expresamente que no se delegaba la materia de personal, pues como venimos manteniendo las contrataciones constituyen delito no solo por la forma en que se han llevado a cabo sino principalmente por el objeto de la

contratación en si misma, que no responden a la realidad sino que era un mero artificio para aparentar una legalidad inexistente en el ejercicio ilegítimo de la arbitrariedad.

Por ultimo destacar que el gerente de la empresa Emusujesa Sr. Aguera ha declarado que cuando vio la factura de López le extrañó, aunque sorprendentemente parece que se quedo tranquilo al ver la validez del contrato. Tampoco el anterior gerente Sr. Ballesteros observo irregularidad alguna, pese a los cargos que ostentaban y sus especificas funciones; así mismo resulta significativo que el Sr. Aguera señale que tenia dudas sobre cuando cesaban los contratos, de hecho el de Cobacho cesa al mes siguiente al cese de Pacheco y López estuvo cuatro meses mas, como se puede observar pese a que según los acusados el contrato era de asesoramiento y debian cesar cuando lo hiciera Pacheco, en la realidad ni siquiera actuaron según el criterio que mantienen en el acto del juicio, sino que por el contrario siguieron percibiendo sus sueldos hasta que finalmente el gerente los cesa; sin que quede claro tampoco porque actúa de forma distinta en cuanto a la fecha del cese de cada acusado, que parece ha sido aleatorio. Concluyendo debieron dejar de percibir cantidad alguna, según la versión que defienden los acusados, en marzo del 2007 y si los contratos eran validos, como mantienen los gerentes, no existe justificación para resolverlos porque cese Pacheco o al menos ninguna otra explicación se ha dado al efecto, lo que abunda en el hecho probado de que se trataba de contratos fuera de la ley, falsos y realizados de forma arbitraria solo por la personal y exclusiva voluntad de Pacheco puesto de acuerdo con los otros dos acusados.

En el delito de prevaricación el dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la arbitrariedad debe predicarse de dicho contenido, la valoración de ésta se resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la trascendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad. En consecuencia el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe.

En consecuencia la sala llega a la convicción de la comisión de un delito continuado de prevaricación consistente en el acuerdo previo de los acusados en virtud del cual Pedro Pacheco a sabiendas de su falta de competencia y faltando a la legalidad, de forma arbitraria e injusta, contrata a los acusados a sabiendas de que las contrataciones realizadas como presidente primero y vicepresidente después de las empresas municipales son ficticias, pues ninguna actividad ni trabajo van a realizar para las empresas contratantes que sin contraprestación alguna han abonado unas cantidades a los acusados que sobrepasan mensualmente las nominas de un funcionario publico de alto nivel y con máxima responsabilidad, con la única finalidad de conseguir que sus compañeros de partido, que no se han dedicado prácticamente a otra cosa que a ejercer la política ya en cargos

institucionales o como meros asesores, obtengan un beneficio económico, constituyendo su modo de vida la no realización de actividad alguna para las empresas a cargo del caudal público de las mismas, justificándolo a través de que ejercen funciones de asesoramiento a Pacheco, cuando todos por su trayectoria política saben y conocen perfectamente el modo legítimo y legal de ser nombrados asesores, que por supuesto no es como han procedido en esta causa.

QUINTO.- Es precisamente esta última conducta de obtener ilícitamente sueldos del caudal público, lo que determina que las acusaciones entiendan se ha cometido un delito de malversación de caudales públicos del Art. 432 en relación con el 74 del CP.

Los elementos que configuran el delito imputado:

a) Subjetivamente, el autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del C. Penal, concepto que ha sido fijado jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas: el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que "... por disposición inmediata de la ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas..." -art. 24.2º- y el factor que colorea la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas. De ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario público es el titular, o "de carrera" como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia, esta es la doctrina constante de esta Sala, ad exemplum, SSTS de 11 de febrero de 1974, 8 de octubre de 1990, nº 1292/2000 de 10 de julio, 4 de diciembre de 2002 ó nº 1544/2004 de 23 de diciembre.

Es de aplicación a este delito lo ya señalado en el delito de prevaricación sobre la intervención de terceros que no reúnen la condición de funcionarios públicos.

b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales en todo caso de naturaleza mueble, nunca inmuebles -*SSTS 657/2004 de 19 de mayo, 1984/2000 de 20 de diciembre o la más reciente de 21 de julio de 2005*- han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma.

c) El tercer elemento se refiere a la especial situación que respecto de tales caudales o efectos públicos debe encontrarse el funcionario. Aquellos deben estar "... a su cargo por razón de sus funciones ...", reza el propio tipo penal. En general, la doctrina científica estima que no es suficiente que el funcionario tenga los caudales con ocasión o en consideración a la función que desempeña, siendo preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica derivada del cargo. La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las

disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido -en tal sentido STS 2193/2002 de 26 de diciembre y las en ella citadas, o la STS 875/2002 de 16 de mayo-. Por su parte la STS 1840/2001 de 19 de septiembre se refiere a las funciones efectivamente desempeñadas. En el mismo sentido se ha entendido que "tener a su cargo" no sólo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones -STS 1368/1999 de 5 de octubre-, en definitiva como viene exigiendo la doctrina, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositadas.

d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar que es "sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva -quebrantamiento del deber de impedir- que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tiñe la acción como esencialmente dolosa -elemento subjetivo del tipo-, y una actuación que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito, ánimo de lucro pues se identifica, como en los restantes delitos de apropiación con el animus rem sibi habendi, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como esta Sala viene señalando desde antiguo, que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio (STS 1514/2003, de 17 de noviembre), bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (SS.T.S. 1404/99, de 11 de octubre, 310/2003, de 7 de marzo).

La jurisprudencia tradicionalmente viene admitiendo la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fé pública o la confianza en la correcta actuación administrativa; y de otra parte en su dimensión como delito patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública (S. 687/99, de 10 de mayo).

No constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y los particulares asimilados a ellos, por lo que no es necesario que conste en la lesión patrimonial ni que el ánimo del autor sea precisamente el lucro (S. 318/2000, de 25 de febrero).

Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales (S. 1398/98, de 11 de noviembre).

El autor de la malversación, por un lado, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto de la Administración; por otro

lado la apropiación por la que se consuma el delito de malversación recae sobre bienes públicos a los que el legislador puede dispensar una mayor protección que a los privados.

En la causa que nos ocupa, la condición de funcionario público del primer Teniente de Alcalde no admite réplica. Como tampoco la admite el carácter de caudales públicos del dinero objeto material del delito, pues se trataba del patrimonio de las sociedades municipales de las que el acusado era primero presidente y después vicepresidente, destinado a los fines propios de tales empresas

Tampoco puede cuestionarse la acción típica de "sustraer". En cuanto ha quedado acreditado por el propio reconocimiento de los acusados contratados indebidamente, que han obtenido sueldos mensuales durante el tiempo que ha durado las contrataciones por las cantidades fijadas en los hechos probados, tratándose de cantidades ilegalmente percibidas al no responder a contraprestación alguna de la empresa contratante, lo que reconocen como ya hemos reiterado tanto los propios acusados como los testigos que han depuesto en el juicio, lo que significa que no existía causa alguna para realizar tales pagos a cuenta y en perjuicio del patrimonio de las empresas.

Por lo demás, la mecánica comisiva utilizada se muestra tan simple como tosca y zafia que excluye cualquier posibilidad de considerar una conducta no dolosa, ni permite siquiera sugerir cualquier tipo de error, sea de prohibición, sea de tipo, máxime cuando consta acreditado de la larga trayectoria política de los acusados y por tanto eran perfectamente conocedores de la ilicitud de su comportamiento que, evidenciaba una clara voluntad de aprovecharse indebidamente de los fondos públicos. El tipo penal del artículo 432 del código Penal, no sólo se consuma por la sustracción personal de fondos -que como decimos ellos mismos admiten en cuanto a sus propios cobros-, sino tolerando que el desvío de capitales públicos se haga en favor de otros, que es la conducta cometida por Pedro Pacheco.

SEXTO.- Que las acusaciones también consideran que los hechos descritos son constitutivos de un delito de falsedad en documento publico y mercantil del art. 390-2 del CP, al respecto se ha de destacar la SS.T.S. 10 de marzo del 2010 que analiza la falsedad ideológica y señala "Por todo lo cual, se acaba concluyendo en el referido segundo grupo de resoluciones que sí parece razonable incardinar en el art. 390.1.2º del CP aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente. A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja un acto inexistente, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su autenticidad (en sentido amplio).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de febrero de 1999 se pronunció a favor de esta segunda tesis, es decir, a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar

una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido.

A partir de ese Pleno no jurisdiccional han abundado las sentencias en la línea de que en el art. 390.1.2º se contemplan falsedades ideológicas: SSTS 817/1999, de 14-12; 1282/2000, de 25-9; 1649/2000, de 28-10; 1937/2001, de 26-10; 704/2002, de 22-4; 514/2002, de 29-5; 1302/2002, de 11-7; 1536/2002, de 26-9; 325/2004, de 11-3. "

La sala no obstante lo señalado discrepa del criterio de las acusaciones, pues si bien es cierto que los contratos suscritos no han respondido a la realidad y que cabría penalizar por falsedad ideológica, en cuanto son un artificio, y por ende inexistentes y nulos, dado que ha sido la forma de cometer el delito de prevaricación, que precisamente ha consistido como ya hemos dicho en realizar unas contrataciones sin que las mismas respondan a lo concertado con el fin de obtener una ganancia del erario publico, se considera que no cabe penalizar doblemente los mismos hechos pues iría en contra del principio non bis ídem y por tanto no es procedente la condena por el delito de falsedad.

SÉPTIMO- La compatibilidad entre el delito de malversación y el de prevaricación ha sido afirmada por constante doctrina jurisprudencial en el sentido de que resulta evidente que el injusto que se castiga en el delito de prevaricación es bien diferente en el delito de malversación, y no puede considerarse que el delito de prevaricación lleve, en progresión delictiva, al delito de malversación, ya que la sustantividad propia de ambas figuras delictivas, cuyos tipos objetivos en nada coinciden, impiden sustentar un concurso de leyes, en el que una de las conductas típicas abarque la totalidad de la significación antijurídica de la otra, por lo que ambos delitos pueden concurrir en concurso de delitos, dado que ambos tipos penales protegen intereses diversos, y ninguno de los dos tipos aplicados extiende su ámbito de protección al del otro.

En la presente causa y como han solicitado las acusaciones nos encontramos con que ambos delitos se cometen en concurso medial por aplicación de lo establecido en el Art. 77 del CP.

Que así mismo y como han solicitado las acusaciones es de aplicación el art. 74 del CP. El delito continuado constituye una figura jurídica que agrupa en una sola infracción compleja sancionable como delito único, una serie de acciones homogéneas realizadas en momentos distintos con unidad resolutive (STS 1520/1998.

El Artículo 74.1 del Código penal señala "el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más

grave, que se impondrá en su mitad superior."

La doctrina consolidada (STS 309/2006) integra el delito continuado por la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Pluralidad de hechos diferenciales y no sometidos a enjuiciamiento por separado por los Tribunales;

2) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vértebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los mismos;

3) Realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía

4) Unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas;

5) Unidad de sujeto activo;

6) Homogeneidad en el «modus operandi» por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines.

Aplicando esta doctrina a la causa que nos ocupa no existe duda que Pedro Pacheco es autor de un delito continuado de prevaricación en cuanto ha realizado con el mismo fin o propósito a sabiendas de su ilegalidad y arbitrariedad tres contratos mantenidos en el tiempo. Antonio López ha participado en dos de ellos y Cobacho solo en uno, lo que en todo caso y a efectos de penalidad es irrelevante porque igualmente ha quedado acreditado que todos los acusados han cometido también en concurso con aquel un delito continuado de malversación ya que han estado obteniendo mensualmente y de forma ilegítima cantidades del caudal público con el mismo propósito y del mismo modus operandi

OCTAVO.- De Los mencionados delito son responsables los acusados conforme a lo previsto en el art. 27 del Código Penal, por su ejecución directa y material. Se ha de destacar que mientras que la participación de Pedro Pacheco es como autor material del delito de prevaricación y malversación de caudales públicos, los otros dos acusados intervienen como cooperadores necesarios

Las SSTS de 21 de diciembre 1999 y 7 de marzo de 2003, señalan que el elemento subjetivo exigible para la punición de una cooperación necesaria en un delito de prevaricación se cumple con "el conocimiento de que la aportación realizada resulta necesaria para posibilitar la adopción de resoluciones administrativas puramente arbitrarias, es decir, carentes de toda fundamentación razonable y fruto únicamente de la voluntad o el capricho de quien adopta la resolución" concurriendo en los citados acusados el dolo necesario para el delito y una colaboración imprescindible y voluntaria, "consciente de que contribuyó a la realización de un delito por parte de un funcionario público, con lo que ello supone de quebrantamiento de los deberes de fidelidad, rectitud e imparcialidad que a dicho funcionario afectan, alcanzándole ese plus de reprobabilidad, precisamente por el consciente 3º. El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los

términos "a sabiendas", que es conducta tipificada en el artículo 404 CP consiste en que una autoridad o funcionario público, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución administrativa arbitraria en un asunto administrativo.

Las notas exigidas para la cooperación necesaria de la participación de los acusados en el delito de prevaricación concurren pues realizaron actos sin los cuales las resoluciones prevaricadoras no se habrían dictado. La acción de los acusados es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico (SSTS 21 de diciembre 1999 (caso Roldan), 28 de marzo 2001, 8 de mayo 2001, 7 de noviembre 2001) si bien los particulares habrán de responder, por su participación delictiva conforme al principio de accesoriadad en relación con el delito realmente ejecutado

La punición de una cooperación necesaria en un delito de prevaricación se cumple con "el conocimiento de que la aportación realizada resulta necesaria para posibilitar la adopción de resoluciones administrativas puramente arbitrarias, y desde luego en la causa que nos ocupa de no haber participado los acusados López y Cobacho no se habrían cometido los delitos ya que los mismos se han realizado por Pacheco a favor y en beneficio de ellos.

NOVENO.- Que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

DECIMO -. En cuanto a la pena a imponer, cabe decir que partiendo de que el art. 404 del CP pena el delito de prevaricación con la pena de inhabilitación para empleo o cargo publico por tiempo de siete a diez años y el art. 432 pena el delito de malversación d caudales públicos con prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez. Dado que entre ambos delitos hay un concurso medial , por aplicación del artículo 77 se impondrá en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave sin que pueda exceder de la que represente la suma si se penaran separadamente, por tanto se impondrá la pena del delito de malversación que es la infracción más grave y en cuanto es de aplicación el artículo 74 al tratarse de delito continuado, la pena a imponer será en su mitad superior es decir de cuatro años y seis meses de prisión a seis años y la de inhabilitación para empleo o cargo publico por tiempo ocho años a diez años.

Procede Imponer a PEDRO PACHECO la pena mínima de cuatro años y seis meses de prisión y ocho años de inhabilitación para empleo o cargo publico.

Que respecto a los otros dos acusados LOPEZ Y COBACHO, les es de aplicación lo establecido en el Art. 65 que señala que cuando en el inductor o cooperador necesario no concurren las condiciones personales que fundamentan la culpabilidad, se le podrá imponer la pena inferior en grado, es decir de dos años y tres meses a cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación para empleo o cargo publico por tiempo cuatro a ocho años. La sala haciendo uso de esta facultad, impone a Cobacho la pena mínima de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación para empleo o cargo publico por tiempo cuatro años y a López de acuerdo con el principio de individualización de la pena, por haber intervenido en mas de un contrato, durante mas tiempo y sobre todo por sus circunstancias

personales ya que por haber ocupado cargos institucionales tenia un perfecto conocimiento de la legalidad vigente en materia de contrataciones en empresas publicas siéndole más reprochable la conducta, la pena dos años y seis meses de prisión e inhabilitación para empleo o cargo publico por tiempo cuatro años y tres meses .

UNDECIMO.- Que como responsables civiles han de responder de los perjuicios económicos causados a las empresas municipales al haber obtenido ilegalmente unos emolumentos. Los acusados Pedro Pacheco y José López, indemnizaran conjunta y solidariamente a Xerez 21 Speed Festival S.A. en 32.407,31 € y a Emusujesa en 74.580,12, incrementadas con el interés legal desde su recepción hasta la ejecución de la responsabilidad civil.

El acusado Pedro Pacheco y el acusado Manuel Cobacho indemnizaran conjunta y solidariamente a Emusujesa en 99.846,23 € incrementada con el interés legal desde la recepción de éstas hasta la ejecución de la responsabilidad civil.

Derivándose la nulidad de los contratos reflejados en la 1ª de esta calificación

DUODECIMO -. Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, conforme al artículo 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Que en materia de costas a la acusación particular con carácter general destaca entre otras la STS de 11/12/2009 que señala": Sobre esta cuestión dijimos en nuestra sentencia 938/2006, de 6 de octubre, -fundamento de derecho 7º - EDJ 2006/278390 lo siguiente:

"A) Si la ley (art. 123 CP EDL 1995/16398) ordena la condena en costas del responsable criminal, habrá que entender que en tal concepto están incluidas las devengadas por la actuación de quien, perjudicado por el delito, haciendo uso de las facultades que las leyes le confieren, decide actuar en el proceso por medio de abogado y procurador. Esto aparece impuesto para todos los casos cuando se trata de delitos sólo perseguibles a instancia de parte: "siempre" nos dice el art. 124 CP EDL 1995/16398. Cuando se trata de las demás infracciones penales, esto es, las perseguibles de oficio, tal inclusión aparece no obligada para todos los casos, pero sí como regla general. Véase la sentencia de esta sala 879/2005 EDJ 2005/119240, citada por la acusación particular, casi al final de su fundamento de derecho 11º y las que en esta se citan.

B) El criterio fundamental es el de incluir las costas devengadas por la acusación particular entre aquellas a cuyo pago se condena al responsable penal, siendo la excepción el caso en que la actuación de tal parte haya sido notoriamente superflua, inútil o gravemente perturbadora, o cuando fueren sus peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las del Ministerio Fiscal y con las aceptadas en la sentencia. Es en estos últimos casos cuando es preceptivo exponer las razones justificadoras de la exclusión. Véase la misma sentencia 879/2005 EDJ

2005/119240 y también las que en ella se citan en el mismo fundamento de derecho 11º, de modo que el tradicional criterio de la relevancia en la actuación de tal acusación particular ha quedado relegado a un segundo plano ".

Que aplicando esta doctrina a la causa que nos ocupa, procede la imposición de costas a la acusación particular dada la homogeneidad con la calificación del Ministerio Fiscal y que la intervención de la misma no ha sido inútil o superflua, sino que por el contrario se ha de calificar de relevante y esclarecedora de los hechos. Si bien al resultar los acusados absueltos del delito de falsedad que se les imputaba se les habrá de imponer las dos terceras partes de las costas siendo el resto de oficio.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente aplicación, en nombre de S. M. El Rey y con la autoridad conferida por el pueblo español, y por cuanto antecede

F A L L A M O S

1.-Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados PEDRO PACHECO HERRERA, JOSE LOPEZ BENITEZ Y MANUEL VALERIANO COBACHO MARQUEZ del delito de falsedad en documento publico y mercantil que se les imputaba.

2.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado PEDRO PACHECO HERRERA como autos penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN E INHABILITACION PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO DURANTE OCHO AÑOS Y SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

3.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado JOSE LOPEZ BENITEZ como responsable penal en concepto de cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN E INHABILITACION PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO DURANTE CUATRO AÑOS y TRES MESES y SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

4.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado MANUEL V COBACHO MARQUEZ como responsable penal en concepto de cooperador necesario de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal , a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN E INHABILITACION PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO

DURANTE CUATRO AÑOS y SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

Así mismo los acusados Pedro Pacheco Herrera y José López Benítez, indemnizaran como responsables civiles conjunta y solidariamente a Xerez 21 Speed Festival S.A. en 32.407,31 € y a Emusujesa en 74.580,12, incrementadas con el interés legal desde su recepción hasta la ejecución de la responsabilidad civil.

El acusado Pedro Pacheco Herrera y el acusado Manuel Valeriano Cobacho indemnizaran conjunta y solidariamente a Emusujesa en 99.846,23 € incrementada con el interés legal desde la recepción de éstas hasta la ejecución de la responsabilidad civil.

Derivándose la nulidad de los contratos celebrados entre las partes a que se refieren los hechos declarados probados y abonaran el pago de las dos terceras partes de las costas conjunta y solidariamente, incluidas las de la acusación particular.

Llévese certificación de la presente resolución a los autos principales y archívese el original.

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

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN-. Estando presente yo, el Secretario Judicial, la anterior sentencia fue leída y publicada en el día de su fecha, por los Magistrados que la suscriben, en Audiencia Pública. De ello doy fé.