



Roj: **STS 3496/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3496**

Id Cendoj: **28079120012022100768**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2022**

Nº de Recurso: **5515/2020**

Nº de Resolución: **773/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 773/2022

Fecha de sentencia: 22/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5515/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5515/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 773/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 22 de septiembre de 2022.



Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la acusada Dña. Belinda y D. Argimiro , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 9 de octubre de 2020, que estimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal al que se adhirió la Acusación Particular, dejando sin efecto la absolución de los anteriores acusados de los delitos de prevaricación administrativa y de malversación de caudales públicos, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, de fecha 7 de febrero de 2020 que absolvió a los citados acusados y otros de los delitos de prevaricación administrativa y de malversación de caudales públicos, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente, por el Procurador D. Javier Díez González y bajo la dirección Letrada de D. Germán Sáez Crespo y por la Procuradora Dña. Ana Isabel Pena Navarra y bajo la dirección Letrada de D. José Largo Cabrerizo, y el recurrido Acusación Particular Excmo. Ayuntamiento de Valdestillas representado por la Procuradora Dña. Marta Fernández Gimeno y bajo la dirección Letrada de D. José Antonio Castañeda Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Medina del Campo incoó Procedimiento Abreviado con el nº 19 de 2019 contra Argimiro , Belinda y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que con fecha 7 de febrero de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- En el B.O.P. del día 29 de diciembre de 2015 se publicaron las bases de Ejecución y Desarrollo de los Planes Bienales de Cooperación 2016/2017, convocados por la Diputación Provincial de Valladolid, notificándose el día 7 de enero de 2016, al Ayuntamiento de Valdestillas, la aprobación de la convocatoria y la apertura del plazo para presentación de solicitudes, que finalizaba el 15 de febrero de 2016. Previa una comisión informativa de Urbanismo y obras celebrada el día 11 de enero de 2016 para dar cuenta a la corporación de la convocatoria ante mencionada se convocó Pleno del Ayuntamiento el 28 de enero de 2016, al que acuden los acusados Argimiro , Daniel , Belinda y Dionisio , junto a los otros concejales de la corporación, y, se acuerda, por unanimidad solicitar la inclusión en el Plan Bienal de Inversiones 2016/2017, de la Diputación Provincial las siguientes inversiones. 1)Para el año 2016, Urbanización de calles por importe de 77.000 euros. 2)Para el año 2017, Urbanización de calle por importe de 77.000 euros. En este Pleno no se especifica qué calle se pretendía urbanizar con cargo a dicho Plan, asumiéndose el compromiso de hacerlo así y remitir a la Diputación los acuerdos, los proyectos y las certificaciones a expedir por el Secretario Municipal, sobre la propiedad y calificación del suelo. El 23 de enero de 2016, se notificó al Ayuntamiento la aprobación provisional de obras y servicios que integraban el Plan Bienal de cooperación 2016-2017, mediante acuerdo de la Diputación provincial adoptado en 18 de marzo de 2016, publicándose los anteriores en el BOE de 22 de marzo de 2016, y abriéndose entonces el plazo para remitir a la Diputación Provincial los acuerdos, proyectos y certificaciones requeridas terminado el plazo el 31 de mayo de 2016. Al recibirse tal notificación, el Secretario del Ayuntamiento se lo comunicó al Alcalde, Argimiro , indicándole que debían acordar qué calles se pretendían urbanizar, para encargar los proyectos y remitir la documentación oportuna. Así, el 4 de abril de 2016, se celebró una Comisión Informativa de Obras y Urbanismo, en la que, el único orden del día era la determinación de las calles a urbanizar. En esta comisión ya se mencionaron las de Trillo, Medina y Olmo, por parte de Argimiro . La vivienda de la Concejala Belinda , sita en la calle Olmo, se construyó, tras la licencia de obra de 3 de marzo de 2005, con informe tanto de Arquitecto Municipal como del Secretario, que era la misma persona que levantó acta del Pleno de 7 de abril de 2016, en la que se hacía constar que, dicha finca, se hallaba en una parcela incluida en la unidad de ejecución nº 11, condicionada por tanto su licencia de ocupación a que los propietarios asuman la parte de urbanización y obligaciones derivadas, y no se ocupe la vivienda hasta haberse completado la urbanización de dicha calle. Incumplido esta última obligación no se obtuvo la licencia de primera ocupación. El 7 de abril de 2016 se celebró Pleno del Ayuntamiento, a fin de determinar qué calles debían incluirse en los Planes Provisionales. Al inicio del Pleno, al que asisten todos los concejales excepto uno del P.P., y el Secretario Municipal y el Alcalde, Argimiro , mostró su intención de urbanizar la prolongación de la Calle Olmo, el tercio que quedaba por urbanizar, con conocimiento de que era una unidad de ejecución, así como de que, las otras dos terceras partes de la urbanización de dicha calle se había afectado a los Planes Provinciales y en la creencia, por tanto, de que el suelo se hallaba "prácticamente consolidado". En el acta de ese Pleno consta la intervención de la portavoz del grupo de Ciudadanos, hoy Alcalde y denunciante en esta causa, oponiéndose a la inclusión de la Calle Olmo por tratarse de una unidad de ejecución, y la respuesta de Argimiro , en el sentido de que "es cierto, pero al hallarse la calle consolidada, no ve irregularidad". En dicho Pleno, así mismo, se propone la inclusión de tres calles. Una de ellas, la Calle Trillo, se acordó por unanimidad,



llevándose a cabo el Proyecto básico de ejecución por la Arquitecto Municipal, que lo registró en el Registro General del Ayuntamiento el 31 de mayo de 2016. Las otras dos calles son la Calle Medina y la Calle Olmo. La Calle Medina no resulta aprobada su inclusión porque sólo contó con los cuatro votos de la oposición y la abstención del equipo de gobierno, con lo que hubo empate entre ambos. La Calle Olmo, se aprobó con los cuatro votos del equipo de gobierno y, como los cuatro concejales de la oposición votaron en contra Argimiro utilizó su voto de calidad para diseminar dirimir el empate. El proyecto de la Calle Olmo también se efectuó por la Arquitecto Municipal Dulce, que lo registró el 31 de mayo de 2016. Dicha Arquitecta presentó factura a nombre de su empresa privada NURBAN, por los honorarios de la redacción del Proyecto de la Calle Olmo, que, el Secretario Interventor, por mandato de Argimiro, hizo efectivos mediante transferencia de 1 de junio de 2016 por 3.380,49 euros. Tanto Daniel, como Dionisio, como Belinda, votaron a favor, como lo hizo Argimiro de la urbanización de la Calle Olmo, los dos primero únicamente por disciplina de partido, con total desconocimiento del alcalde de que la Calle Olmo perteneciera a una unidad de ejecución y Belinda y Argimiro, conociendo dicho extremo, en la creencia de que la Diputación Provincial aprobaría dicha obra porque ya se habían urbanizado los otros tramos de la calle. El hecho de que la Calle Olmo se hallara incluida en una unidad de ejecución supone, legalmente, que se trata de suelo urbano no consolidado, de forma que su urbanización debe ejecutarse por los propietarios de los terrenos o por el Ayuntamiento mediante el sistema de actuación por cooperación, pero no incluidos en los Planes Provinciales. Como la Diputación Provincial tuvo constancia de la calificación urbanística de terrenos de la Calle Olmo, en septiembre de 2016, comunicó al Ayuntamiento, el 14 de diciembre de 2016, que debían efectuar un cambio de obra, porque dicha calle no podía acogerse a los Planes Provinciales".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"ABSOLVEMOS a Argimiro, Belinda, Dionisio y Daniel, de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos de que venían siendo acusados con declaración de las costas de oficio y con todos los pronunciamientos favorables. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación".

Contra indicada sentencia se formuló recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León por la representación de los acusados Belinda y Argimiro, que con fecha 9 de octubre de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, al que se ha adherido la Acusación particular, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª), en fecha 7 de Febrero de 2.020, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución, en el sentido siguiente: - Se deja sin efecto la absolución de los acusados DON Argimiro y DOÑA Belinda por el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, y, en su lugar, DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A LOS MISMOS, como autores responsables de dicho delito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno de ellos, de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. - Se deja sin efecto la absolución del acusado DON Argimiro por el delito de malversación de caudales públicos de los artículos 432.1 y 433 DEL Código Penal, y, en su lugar, DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS AL MISMO, como autor responsable de dicho delito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como a que indemnice al Ayuntamiento de Valdestillas (Valladolid) en la cantidad de 3.380,49 Euros. - En cuanto a las costas de la primera instancia el acusado DON Argimiro abonará la mitad y la acusada DOÑA Belinda una cuarta parte de las mismas, declarando la otra cuarta parte de oficio. - Se confirma la sentencia recurrida en cuanto al resto de pronunciamientos. Declarando de oficio las costas del presente recurso de apelación".

Por Auto de 5 de noviembre de 2020 se aclaró la anterior resolución de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

"ACLARAR el fallo de la sentencia de fecha 9 de Octubre de 2.020, dictada en el presente recurso de apelación, en el sentido de que, donde dice "a las penas, para cada uno de ellos, de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público", debe decir "a las penas, para cada uno de ellos, de nueve años de inhabilitación especial para los cargos de Alcalde y Concejales".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Dña. Belinda y D. Argimiro, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal

Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Belinda** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 849.1, en relación con el art. 852, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Infracción de Ley y de precepto constitucional, por vulneración de derechos fundamentales, especialmente de la presunción de inocencia (art. 5.4 de la L.O.P.J. en relación con el art. 24.2 de la C.E) por indebida aplicación del artículo 28.1, en relación con el artículo 404, todos del Código Penal.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1º en relación con el artículo 852, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley al haberse aplicado indebida y/o incorrectamente, el artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 790 del mismo texto y en su relevancia para la aplicación al Artículo 404 del Código Penal en la sentencia recurrida ya que la misma modifica de facto los hechos que declara probados a lo largo de su fundamentación jurídica con el único fin de justificar la condena de mi representada.

II.- El recuso interpuesto por la representación del acusado **D. Argimiro** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 852 de la L.E.Crim. y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, al haberse apartado de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, recogida por la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Segundo.- Al amparo del artículo 852 de la L.E.Crim. y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de los Derechos Fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia reconocidos en los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española, por inexistencia de prueba de cargo suficiente e insuficiencia del razonamiento seguido en la sentencia.

Tercero.- Al amparo del artículo 852 de la L.E.Crim. y artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del artículo 24.2 de la CE, concretamente en lo concerniente al derecho fundamental a la presunción de inocencia, al fundamentarse la Sentencia en apreciaciones que se apartan de la narración de hechos probados sin justificarlas debidamente.

Cuarto.- Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1. b) de la L.E.Crim, por la infracción de precepto legal prevista en el número 1º del artículo 849, al haberse aplicado indebida y/o incorrectamente el artículo 404 del Código Penal, apartándose la Sentencia recurrida de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los requisitos exigibles para la existencia del delito de prevaricación administrativa.

Quinto.- Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1. b) de la L.E.Crim, por la infracción de precepto legal prevista en el número 1º del artículo 849, al haberse aplicado indebida y/o incorrectamente el artículo 404 del Código Penal, apartándose la Sentencia recurrida de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Sexto.- Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1. b) de la L.E.Crim, por la infracción de precepto legal prevista en el número 2º del artículo 849, al haberse producido un error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Séptimo.- Por quebrantamiento de forma. Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 851.1º de la L.E.Crim, al darse en la sentencia recurrida como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Octavo.- Por quebrantamiento de forma. Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 851.3º de la L.E.Crim, al no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de defensa.

NOVENO.- Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1. b) de la L.E.Crim, por la infracción de precepto legal prevista en el número 1º del artículo 849, al haberse aplicado indebida y/o incorrectamente los artículos 432.1 y 433 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación del Excmo. Ayuntamiento de Valdehijos quien impugnó la admisión y subsidiaria oposición al recurso de Argimiro e impugnó el recurso de Belinda , quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 21 de septiembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por las representaciones procesales de Argimiro y Belinda, contra la Sentencia nº 48/2020, de nueve de octubre de dos mil veinte, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla León.

RECURSO DE Argimiro

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 852 de la L.E.Crim. y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, al haberse apartado de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, recogida por la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo".

Motivos 4, 5 y 9. Por infracción de ley ex art 404, 432 y 433 CP.

Nos encontramos con una sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial que ha sido revocada por el TSJ en su sentencia condenando a los recurrentes que habían sido previamente absueltos. Y los condena en sede de apelación por delito de prevaricación del art. 404 CP, y, además, a Argimiro por delito de malversación de caudales públicos del art. 432 y 433 CP.

Con ello, nos encontramos con una modificación de una sentencia absolutoria que muta el TSJ en condenatoria. Y ello, tiene una serie de límites que son los referidos a:

1.- La inmutabilidad de los hechos probados.

2.- La imposibilidad de introducir elementos de valoración de prueba por el TSJ que coadyuven a su argumentación en el dictado de la sentencia condenatoria revocando la absolutoria. Y ello, por la sujeción que existe respecto de los hechos probados.

En tal sentido, está vetado al TSJ realizar un análisis de la valoración probatoria para llevarla a cabo de manera distinta a como lo hizo la Audiencia Provincial, ya que ello supone alterar las posibilidades revisoras de una sentencia absolutoria.

Límites jurisprudenciales a la hora de modificar sentencias absolutorias.

En este caso concreto hay que recordar que existe un claro límite a la hora de revocar sentencias absolutorias como se destaca en la sentencia del Tribunal Supremo 788/2015 de 9 Dic. 2015, Rec. 834/2015:

"Habremos de estar a lo ya señalado por la STS n.º 484/2015, de 7 de septiembre donde se destaca que:

"El hito inicial en nuestro ordenamiento de ese estándar hay que situarlo en la STC 167/2002, de 18 de septiembre. Se ha reiterado luego en más de un centenar de pronunciamientos del TC (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero, o 24/2009, de 26 de enero, 80/2013 o 120/2013) y la STS 370/2014, de 9 de mayo).

Tal doctrina, bien asentada en la actualidad, hunde sus raíces en una más lejana en el tiempo emanada del TEDH. La STEDH Ekbatani contra Suecia es un primer punto de referencia (26 de mayo de 1988). Luego vendrían otras tres que comparten fecha: 29 de octubre de 1991 (casos Helmer, Jan-Ake Anderson y Fejde respectivamente contra Suecia). La doctrina ha sido refrendada en múltiples pronunciamientos más próximos en el tiempo: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (casos Cooke contra Austria y Stefanelli contra San Marino); 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumania) y 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino), y con matices y variaciones y modulaciones, muchas posteriores.

El respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, integrantes los tres del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que proclama ex novo la culpabilidad en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en apelación - o casación- se plantean cuestiones de hecho referidas a la valoración o ponderación de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, deviene imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. El Tribunal de apelación ha de oír personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado declaración en el acto del juicio, dada la naturaleza personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Sin esa percepción directa no podrá modificar los hechos probados para conducir a la condena del acusado.



Queda a salvo lo que es valoración estricta de cuestiones jurídicas. La revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria para sustituirla por un pronunciamiento condenatorio sin afectar en nada de signo agravatorio al relato fáctico de la sentencia de instancia es legítima y conforme con esa reiterada doctrina. Ni la revisión en beneficio del reo ni la fiscalización, aunque sea contra reo, de la subsunción jurídico penal están vedadas.

La STC 205/2013, de 5 de diciembre desarrolla estas ideas cumplidamente:

"La cuestión referida a la condena en segunda instancia en virtud de valoración de pruebas personales no practicadas con intermediación ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas desde entonces.

Tal como recordábamos en la STC 272/2005, de 24 de octubre, "según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de intermediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la intermediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican... Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales" (FJ 2).

Si -prosigue esta STC- el razonamiento del Tribunal Supremo se limitó a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuricidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados, no puede hablarse de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

No deviene indispensable una audiencia personal del acusado en los casos de debate estrictamente jurídico como el que se ha llevado a cabo en casación en este supuesto: "la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, S TEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59)." (STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3).

También se ha destacado que "desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el



mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que "tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar ... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates (entre otras STEDH de 16 noviembre 2010, caso *García Hernández c. España* § 24; 16 diciembre 2008, caso *Bazo González c. España* § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que "los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados. (§ 36)." (STC 45/2011 , FJ 3).

En dicha Sentencia se precisaba que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte." (STC 45/2011 , FJ 3).

Estas directrices interpretativas encuentran respaldo, entre otras, en la STEDH de 22 de octubre de 2013 -caso *Naranjo Acevedo c. España* -. Cuando el Tribunal Supremo en vía de recurso se pronuncia "sobre la definición jurídica del delito con carácter general" analizando el alcance de aspectos puramente jurídicos, "sin que los hechos probados en primera instancia, hayan sido modificados", no se requiere audiencia específica. Otra exégesis cancelaría la posibilidad de recurso de casación contra toda sentencia absolutoria pues, como se afirmaba en el acuerdo del Pleno de esta Sala de 19 de diciembre de 2012, no existe un trámite idóneo para esa audiencia personal."

2. Como dijimos también en la STS n.º 484/2015 : "Son inmunes por tanto a esa doctrina las condenas dictadas ex novo en fase de recurso que respetan íntegramente la resultancia fáctica (tanto en su vertiente objetiva como en la subjetiva) pero llegan a conclusiones contrapuestas sobre la subsunción jurídico- penal."

Con ello, no puede modificarse una condena absolutoria modificando los hechos probados, y no puede, en modo alguno, revisarse la valoración probatoria en estos casos, no siendo válido hacerlo en cuanto se da audiencia a los absueltos simplemente interesando si tienen "algo que alegar".

Por ello, el análisis de la prueba está vetado ante sentencia absolutoria, debiendo sujetarse el tribunal de apelación al proceso de subsunción jurídica en el tipo penal de los hechos probados intangibles.

En este caso los hechos probados fueron los siguientes:

En el B.O.P. del día 29 de diciembre de 2015 se publicaron las bases de Ejecución y Desarrollo de los Planes Bienales de Cooperación 2016/2017, convocados por la Diputación Provincial de Valladolid, notificándose el día 7 de enero de 2016, al Ayuntamiento de Valdestillas, la aprobación de la convocatoria y la apertura del plazo para presentación de solicitudes, que finalizaba el 15 de febrero de 2016.

Previa una comisión informativa de Urbanismo y obras celebrada el día 11 de enero de 2016 para dar cuenta a la corporación de la convocatoria ante mencionada se convocó Pleno del Ayuntamiento el 28 de enero de 2016, al que acuden los acusados Argimiro, Daniel, Belinda y Dionisio, junto a los otros concejales de la corporación, y, se acuerda, por unanimidad solicitar la inclusión en el Plan Bienal de Inversiones 2016/2017, de la Diputación Provincial las siguientes inversiones.

- 1) Para el año 2016, Urbanización de calles por importe de 77.000 euros
- 2) Para el año 2017, Urbanización de calle por importe de 77.000 euros.

En este Pleno no se especifica qué calle se pretendía urbanizar con cargo a dicho Plan, asumiéndose el compromiso de hacerlo así y remitir a la Diputación los acuerdos, los proyectos y las certificaciones a expedir por el Secretario Municipal, sobre la propiedad y calificación del suelo.



El 23 de enero de 2016, se notificó al Ayuntamiento la aprobación provisional de obras y servicios que integraban el Plan Bienal de cooperación 2016-2017, mediante acuerdo de la Diputación provincial adoptado en 18 de marzo de 2016, publicándose los anteriores en el BOE de 22 de marzo de 2016, y abriéndose entonces el plazo para remitir a la Diputación Provincial los acuerdos, proyectos y certificaciones requeridas terminado el plazo el 31 de mayo de 2016.

Al recibirse tal notificación, el Secretario del Ayuntamiento se lo comunicó al Alcalde, Argimiro, indicándole que debían acordar qué calles se pretendían urbanizar, para encargar los proyectos y remitir la documentación oportuna.

Así, el 4 de abril de 2016, se celebró una Comisión Informativa de Obras y Urbanismo, en la que, el único orden del día era la determinación de las calles a urbanizar. En esta comisión ya se mencionaron las de Trillo, Medina y Olmo, por parte de Argimiro.

La vivienda de la Concejala Belinda, sita en la calle Olmo, se construyó, tras la licencia de obra de 3 de marzo de 2005, con informe tanto de Arquitecto Municipal como del Secretario, que era la misma persona que levantó acta del Pleno de 7 de abril de 2016, en la que se hacía constar que, dicha finca, se hallaba en una parcela incluida en la unidad de ejecución nº 11, condicionada por tanto su licencia de ocupación a que los propietarios asuman la parte de urbanización y obligaciones derivadas, y no se ocupe la vivienda hasta haberse completado la urbanización de dicha calle. Incumplido esta última obligación no se obtuvo la licencia de primera ocupación.

El 7 de abril de 2016 se celebró Pleno del Ayuntamiento, a fin de determinar qué calles debían incluirse en los Planes Provisionales. Al inicio del Pleno, al que asisten todos los concejales excepto uno del P.P., y el Secretario Municipal y el Alcalde, Argimiro mostró su intención de urbanizar la prolongación de la Calle Olmo, el tercio que quedaba por urbanizar, con conocimiento de que era una unidad de ejecución, así como de que, las otras dos terceras partes de la urbanización de dicha calle se había afectado a los Planes Provinciales y en la creencia, por tanto, de que el suelo se hallaba "prácticamente consolidado". En el acta de ese Pleno consta la intervención de la portavoz del grupo de Ciudadanos, hoy Alcalde y denunciante en esta causa, oponiéndose a la inclusión de la Calle Olmo por tratarse de una unidad de ejecución, y la respuesta de Argimiro, en el sentido de que "es cierto, pero al hallarse la calle consolidada, no ve irregularidad".

En dicho Pleno, así mismo, se propone la inclusión de tres calles. Una de ellas, la Calle Trillo, se acordó por unanimidad, llevándose a cabo el Proyecto básico de ejecución por la Arquitecto Municipal, que lo registró en el Registro General del Ayuntamiento el 31 de mayo de 2016. Las otras dos calles son la Calle Medina y la Calle Olmo.

La Calle Medina no resulta aprobada su inclusión porque sólo contó con los cuatro votos de la oposición y la abstención del equipo de gobierno, con lo que hubo empate entre ambos. La Calle Olmo, se aprobó con los cuatro votos del equipo de gobierno y, como los cuatro concejales de la oposición votaron en contra Argimiro utilizó su voto de calidad para diseminar dirimir el empate.

El proyecto de la Calle Olmo también se efectuó por la Arquitecto Municipal Dulce, que lo registró el 31 de mayo de 2016.

Dicha Arquitecta presentó factura a nombre de su empresa privada NURBAN, por los honorarios de la redacción del Proyecto de la Calle Olmo, que, el Secretario Interventor, por mandato de Argimiro, hizo efectivos mediante transferencia de 1 de junio de 2016 por 3.380,49 euros. Tanto Daniel, como Dionisio, como Belinda, votaron a favor, como lo hizo Argimiro de la urbanización de la Calle Olmo, los dos primero únicamente por disciplina de partido, con total desconocimiento del alcalde de que la Calle Olmo perteneciera a una unidad de ejecución y Belinda y Argimiro, conociendo dicho extremo, en la creencia de que la Diputación Provincial aprobaría dicha obra porque ya se habían urbanizado los otros tramos de la calle.

El hecho de que la Calle Olmo se hallara incluida en una unidad de ejecución supone, legalmente, que se trata de suelo urbano no consolidado, de forma que su urbanización debe ejecutarse por los propietarios de los terrenos o por el Ayuntamiento mediante el sistema de actuación por cooperación, pero no incluidos en los Planes Provinciales. Como la Diputación Provincial tuvo constancia de la calificación urbanística de terrenos de la Calle Olmo, en septiembre de 2016, comunicó al Ayuntamiento, el 14 de diciembre de 2016, que debían efectuar un cambio de obra, porque dicha calle no podía acogerse a los Planes Provinciales."

Razones de la absolución de la sentencia de la Audiencia Provincial

a.- Prevaricación:

1.- El principio de última ratio o intervención mínima que impregna el derecho penal exige que el sistema penal de control sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación



administrativa, no contra meras irregularidades o ilegalidades que encontrarían su mecanismo de control en la jurisdicción contencioso administrativa.

2.- Es preciso que la injusticia sea tan notoria que se diferencia de la mera ilegalidad administrativa, y puede manifestarse bien porque se dicte la resolución sin tener competencia para ello o no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, o bien porque, en el fondo, contravenga lo dispuesto en la legislación, con total ausencia de fundamento. Pero la jurisdicción penal no puede sustituir a la contencioso-administrativa, en la labor revisora y de control de sometimiento a la ley, de la actuación administrativa, sino que se reduce a supuestos límite, en los que se impone arbitrariamente la voluntad del funcionario o su autoridad, perjudicando los intereses generales en beneficio propio.

3.- Lo que se pretende es que se castigue, únicamente, el conocimiento, con total seguridad, de la ilegalidad de la resolución. En este delito se excluye el dolo eventual, se requiere un dolo directo, y se ha de actuar con propósito inequívoco de conculcar la legalidad, abarcando el dolo la arbitrariedad.

4.- Lo que ha sucedido es que, conocido por Argimiro, el Alcalde de la localidad de Valdestillas en 2016, el Plan Bienal Provincial de la Diputación y la aprobación de las cantidades para urbanización de las calles, una para 2016 y otra para 2017, decide convocar un Pleno para la determinación de las calles a urbanización de las calles a urbanizar.

Previamente, el 4 de abril de 2016, hubo una Comisión Informativa, como reconocen los acusados, en la que se trató qué calles se incluirían, estando presentes tanto los concejales del equipo de gobierno como los de la oposición, y se mencionó ya la calle Olmo. Obviamente, al menos Argimiro y Belinda sabían con certeza que, dicha calle, estaba incluida en una unidad de ejecución, y que Belinda no había obtenido la licencia de primera ocupación de su vivienda, situada en dicha calle, porque no había cumplido, como propietaria, como los otros propietarios de vivienda en esa calle, la condición de urbanizarla a su costa. Pero también sabían, como todos los concejales de la corporación, que sólo faltaba por urbanizar un tercio de la calle, hallándose el resto ya consolidado, y que las otras dos terceras partes se habían urbanizado con cargo a los fondos públicos, del mismo modo que se pretendía hacer ahora en el año 2007, como se desprende de los documentos 2 y 3 aportados por la defensa de Argimiro no impugnados en juicio oral.

5.- Qué sucede en el Pleno de 7 de abril de 2016, pues que, pendiente una moción de censura por parte de la oposición, que como sucedió, tenía todas las posibilidades de salir adelante, Argimiro decidió que se urbanizara lo que quedaba de dicha calle con cargo a la Plante Provincial, aprovechando que aún podían conseguir mayoría en el Ayuntamiento con su voto de calidad (Documento nº 2 con la denuncia, folio 28).

Que Argimiro se informó de lo que suponía una unidad de ejecución previamente es obvio, como también que lo sabía sobradamente Belinda, es más, siendo, y esto está admitido, lego en derecho, en dicho pleno dijo que "no veía irregularidad o ilegalidad alguna en dicha urbanización, aun tratándose de una unidad de ejecución" porque la calle estaba prácticamente consolidada, con luz y agua, y demás servicios, que eso no puede obtenerlo sino de la reunión que tuvo con la Arquitecta Dulce, cuya actuación en estos hechos es, como mínimo, muy poco ortodoxa. Ella, en juicio oral, niega haber brindado dicha información, haber dicho que la calle estaba prácticamente consolidada, aunque no niega haberse reunido con los acusados, al menos con parte de ellos.

Pero es totalmente increíble que no supiera, como arquitecto, el alcance de la unidad de ejecución y la imposibilidad de que se adjudicaran dichas obras a los fondos públicos y aun así, efectúa los proyectos, los registra y cobra uno de ellos, si bien a través de su empresa privada NURBAN. Ella dice que tiene un contrato con el Ayuntamiento que le obliga, pero está contratada como arquitecto municipal, y no opuso reserva alguna a efectuar los proyectos, sabiendo que no se ajustaba a la legalidad.

No solo eso, en el Pleno de 7 de abril de 2016, cuyo acto obras incorporado a autos, tampoco consta intervención alguna del Secretario Municipal en la que se informe de la imposibilidad de incluir la Calle Olmo

6.- En el Pleno de 7 de abril de 2016, cuyo acto obras incorporado a autos, tampoco consta intervención alguna del Secretario Municipal en la que se informe de la imposibilidad de incluir la Calle Olmo. Cuando el portavoz de Ciudadanos lo debate, y dice que es ilegal, y Argimiro dice que cree que no, por hallarse casi consolidada, él no interviene en modo alguno, no consta en acta su parecer, como sí consta el de las otras personas intervinientes. Y, obviamente él si sabía qué es una unidad de ejecución, que incluiría en los Planes Provinciales era ilegal, y que, aunque se dictara el acuerdo y se efectuara el proyecto, no iba a ser aprobado por la Diputación porque él tenía que certificar que el suelo era propiedad del Ayuntamiento y certificar la cualidad del suelo, en este caso no consolidado, y con sus datos, como así fue, la Diputación no iba a aprobar la inclusión de esa obra. Aun así, actuando como Secretario interventor, efectuó la transferencia a NURBAN de los 3.380,49 euros en concepto de honorarios por la elaboración del Proyecto de la Calle Olmo. Es cierto que dicho reintegro se había



aprobado por Argimiro como Alcalde, pero sin función calificadora por parte del, en este caso, interventor (Documentos 8 y 9 con la denuncia).

7.- Falta el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal, y es que no está acreditado que se trate de una resolución arbitraria, conforme al concepto jurisprudencial de arbitrariedad antes detallado. De este modo, en la resolución dictada por el Alcalde, se incluye una calle aprobada por unanimidad y otra, la calle Olmo, aprobada con los votos del equipo de gobierno y su voto de calidad.

8.- Tampoco funcionaron correctamente los mecanismos de asesoramiento legal, porque, como decimos, no consta, pese a lo afirmado por él en Juicio oral, que el Secretario Municipal advirtiera, ni siguiera en el Pleno de 7 de abril de 2016, de la ilegalidad que se cometía, y de que, al certificar él la cualidad del suelo, no se iba a admitir la obra, independientemente de la mala relación, admitida, con Argimiro, y, desde luego, la actuación de la arquitecta municipal es insostenible, escudándose en su cargo para realizar un Proyecto que sabía que era ilegal y cobrar unos honorarios, con mucha premura, el 1 de junio de 2016, cuando sabía que no se iba a aprobar la obra, su inclusión en los Planes Provinciales, y cobrándolo a través de su empresa privada.

9.- Se acude a la vía penal en primera instancia sin agotar la vía contencioso administrativa, que es la primera que debe ejercer el control, teniendo también potestad no sólo correctora sino sancionadora.

10.- Los acusados explican su actuación no solo en el hecho constatable de que ya se había hecho así con anterioridad, puesto que los otros 2/3 de la calle se habían urbanizado con cargo a Planes provinciales, sino de que, al estar ya la calle "prácticamente consolidada", era posible su inclusión, no siendo prevenidos, cuando se adopta el acuerdo, en modo alguno, de la ilegalidad del acuerdo y sus efectos.

11.- Se accede a la vía penal no como última ratio, sino como primera vía, y ello no es aceptable, cuando era un acuerdo revisable de forma contenciosa, como así fue por vía de hecho, y que no se admitió.

12.- El Secretario Municipal, Pedro Jesús, en juicio oral, dice que no envió a la diputación Provincial la certificación de la disponibilidad del suelo y de su calificación porque era consciente de que no se podía incluir dicha obra, aunque después emite informe, a requerimiento de la Diputación, en septiembre de 2016, manifestando que se trata de suelo no consolidado, lo que no se comprende es por qué se "permite" que se adopte el acuerdo aprobando la inclusión de la obra, el 7.4.16, si no se tiene intención siquiera de enviar las certificaciones antes del 31 de mayo de 2016, que era el último día de plazo, precisamente porque se era consciente de la ilegalidad.

13.- Al menos, en el Pleno, debería constar que el Secretario Municipal informa de dichas cuestiones, y de que no está dispuesto a enviar la certificación en plazo a la Diputación porque considera que es ilegal incluir dicha obra. Que la Diputación Provincial no iba a admitir la inclusión de la obra es de conocimiento total por parte del Secretario quien, al efecto optó por no enviar la certificación en plazo, sin poner en conocimiento de Argimiro, o del equipo de gobierno su intención. Es más, no puso pega alguna al pago de los honorarios del Proyecto elaborado por la arquitecta, con lo que tampoco los acusados podían saber que no iba a enviar la documentación completa a la Diputación, entendemos que la actuación de Argimiro pudo dar lugar a expediente sancionador administrativo por la inclusión de una obra de forma irregular e ilegal, pero no alcanza, su decisión, el carácter de arbitraria que requiere el tipo penal, máxime cuando los mecanismos de control administrativos obraron su efecto.

b.- Delito de malversación de caudales públicos:

14.- Es cierto que Argimiro toma la decisión de abonar dicha factura con cargo a las arcas públicas, y así se lo transmite el Secretario Interventor, pero se desconoce si fue a instancia de Arquitecta Municipal, que presentó dicha factura a la vez que registró el Proyecto para que le fuera abonada el día 1.6.16, o fue a instancia propia, de modo que puede entenderse que, dado que habían aprobado urbanizar dicha calle y se había presentado el proyecto de ejecución en plazo, decidiera, Argimiro, acudir a abonar dicha factura a la Arquitecta porque suponía el pago de un trabajo necesario para llevar a cabo la urbanización.

15.- En este caso, no se abona la factura de los honorarios de la Arquitecta con ánimo de beneficiarla sin causa alguna, sino que la factura respondía a un proyecto realmente elaborado, cuyo fin último era la urbanización de una calle con cargo a fondos públicos, y se hizo a través de transferencia ejecutada por el Secretario Interventor, es decir, públicamente, de modo que se aplica una cantidad de dinero público, 3380,49 € al pago de una factura en principio legítima, que responde a un proyecto real, como se hizo también con otros proyectos elaborados para la ejecución de obras públicas, no para beneficiarse personalmente Argimiro, ni para beneficiar a la Arquitecta de forma ilícita, no pudiendo, como decimos, entenderse que, la premura en presentar las facturas sea siquiera imputable directamente a Argimiro. El Proyecto de la Arquitecta era para la ejecución de una obra pública. Y el hecho de que se la beneficiara, digamos, percibiendo los honorarios el mismo día 1.6.16, no



comporta la concurrencia del dolo específico que supone que la finalidad en atención a la cual directamente se actúa sea el ánimo de lucro propio o ajeno.

16.- Abonar el proyecto de la Arquitecta no suponía una decisión antijurídica, porque se había aprobado la ejecución de una obra y el proyecto de ejecución de la misma era obligatorio, por tanto, aunque con posterioridad la obra no se llevara a cabo porque no era posible adjudicarla a fondos públicos, el pago de los honorarios, por sí mismo, no es antijurídico, ni ilegal.

Razones de la condena del TSJ

a.- Prevaricación.

1.- Nos hallamos ante un acto administrativo, la mencionada inclusión de la urbanización de la calle Olmo (o de lo que restase de la misma sin urbanizar), que es claramente ilegal, ilegalidad que en momento se discute, por tratarse de una calle incluida en una unidad de ejecución urbanística, lo que, tal y como se recoge claramente en el relato de hechos de la sentencia recurrida, supone que estamos ante un suelo urbano no consolidado, de modo que su urbanización debe ejecutarse a cargo de los propietarios afectados o por el Ayuntamiento mediante el sistema de actuación por cooperación, pero no con cargo a las subvenciones de dinero público incluidas en los planes provinciales de la Diputación de Valladolid.

2.- Estamos ante un acto o resolución claramente arbitraria, alejada de cualquier criterio de razonabilidad, y apoyada únicamente en el mero capricho o decisión voluntarista del equipo de gobierno de la corporación indicada.

3.- La imposibilidad de inclusión de la calle Olmo fue igualmente ratificada, al menos en una dichas Comisiones, de forma verbal, por el Secretario de la Corporación Don Pedro Jesús, y en tal sentido ha declarado de forma clara y contundente el mismo en el acto del juicio oral.

Cierto es que no consta tal manifestación por escrito ni se refleja en las actas correspondientes, pero la explicación de tal circunstancia dada por el Secretario es totalmente razonable, al afirmar que, dado el carácter informal de las citadas Comisiones, no se detalla en el acta las incidencias o comentarios habidos.

Por otra parte, reconocida la situación de cierto enfrentamiento entre dicho Secretario y el Alcalde (éste último ha referido que se le recortaron las percepciones por productividad y se le llegó a abrir un expediente disciplinario), no es irracional ni ilógico pensar que dicho funcionario no se atreviese a hacer constar por escrito las razones que había para oponerse a una decisión ya tomada por el equipo de gobierno en cuanto a la inclusión de la citada calle Olmo.

4.- La Arquitecta Municipal, Doña Dulce ha depuesto igualmente en el acto del juicio, afirmando de forma rotunda que informó al Concejal de Obras (el acusado Don Daniel) o al Alcalde (esto último no lo recuerda bien) acerca de la imposibilidad de incluir la calle Olmo en los planes provinciales por la razón indicada, que resultaba indiscutible. Niega así tajantemente lo afirmado por el Alcalde acusado acerca de que le dijo que no había problema alguno en tal inclusión al tratarse de suelo ya consolidado por haber sido urbanizada una gran parte con anterioridad. Que, posteriormente, al ser aprobada la inclusión, se le pidiese que elaborase el proyecto de urbanización y que la misma lo redactase en cumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales que le vinculaba con el Ayuntamiento, no resta valor a su firme testimonio, siendo así que ella nunca ha suscrito informe alguno que dijese que no existía inconveniente en tal inclusión.

5.- No existe, en definitiva, base alguna razonable para excluir la calle Medina de la comunicación que se efectúa a la Diputación, e incluir la calle Olmo (pese a la ilegalidad advertida de su inclusión y al hecho de que se aprobó con cuatro votos en contra, solo por el voto de calidad del Alcalde), teniendo en cuenta además lo limitado de las subvenciones que, de hecho, impedía que se propusiesen más de dos calles para dicha urbanización, salvo la pura voluntad arbitraria del equipo de gobierno encabezado por el Alcalde, y una de cuyas Concejales (la acusada Doña Belinda) vivía precisamente en dicha calle Olmo.

(Pese a lo que consta en la sentencia del TSJ lo que reflejan los hechos probados es que *En dicho Pleno, así mismo, se propone la inclusión de tres calles. Una de ellas, la Calle Trillo, se acordó por unanimidad, llevándose a cabo el Proyecto básico de ejecución por la Arquitecto Municipal, que lo registró en el Registro General del Ayuntamiento el 31 de mayo de 2016. Las otras dos calles son la Calle Medina y la Calle Olmo.*

La Calle Medina no resulta aprobada su inclusión porque sólo contó con los cuatro votos de la oposición y la abstención del equipo de gobierno, con lo que hubo empate entre ambos. La Calle Olmo, se aprobó con los cuatro votos del equipo de gobierno y, como los cuatro concejales de la oposición votaron en contra Argimiro utilizó su voto de calidad para diseminar dirimir el empate).

b.- Delito de malversación.



6.- Si, por tanto, ilegal era aprobar la inclusión de la obra de urbanización de la Calle Olmo en la propuesta de planes provinciales antes referida, y además arbitrario, sin duda lo fue el encargo del proyecto de ejecución de dicha obra, como lo es igualmente ordenar el pago de los honorarios de la Arquitecta Municipal a cargo de los fondos públicos. No importa que el encargo y el trabajo, cuyo fruto fue la elaboración del proyecto, fueran reales. Lo que importa es que se ha hecho asumir al Ayuntamiento, de forma indebida, una deuda en perjuicio de su patrimonio, lo que supone evidentemente una gestión desleal, siendo indiferente que el autor de tal conducta no incorpore a su patrimonio el dinero abonado, pues basta el perjuicio sufrido por la entidad administrada como consecuencia de tal gestión desleal. Dicho perjuicio es consecuencia de que, pese a abonarse el proyecto, la obra no pudo ejecutarse ni obtenerse la subvención correspondiente.

7.- Del referido delito es obviamente autor el entonces Alcalde Presidente del Ayuntamiento que ordenó el pago de la factura, a sabiendas de la ilegalidad del acuerdo que la motivaba, no así Belinda .

TERCERO.- La sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León modifica la absolución fijada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid para condenar a los recurrentes por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos en el caso de Argimiro .

Es cierto que del relato de hechos probados se desprende una cierta arbitrariedad en la decisión adoptada. Pero en la condena por el delito de prevaricación es preciso enlazar los dos elementos subjetivo y objetivo exigibles, sobre todo, en un tipo penal que exige la construcción de la condena reflejada en el elemento subjetivo del "a sabiendas". En este sentido, es cierto que la arbitrariedad existe, pero de los hechos probados no se desprende, con la relevancia que se exige, el elemento factual que permita la subsunción de esos hechos en el tipo penal objeto de condena.

Existe, por ello, un déficit en los hechos probados que "habilite" una condena por delito de prevaricación , y que no puede ser suplido a la hora de revocar una absolución y cambiarla por condena como aquí ha ocurrido. Y menos con una revaloración probatoria. Los hechos probados no expresan con la claridad que se debe exigir el elemento subjetivo del conocimiento certero con dolo directo de la antijuridicidad del acto que estaban llevando a cabo, lo que determina que no solo es preciso que concurra el elemento objetivo de la arbitrariedad de la decisión, que lo es, sino de un dolo directo determinante de la conciencia de la injusticia del acto aprobado. Y ello, frente a una valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia, no puede ser sustituido por una revisión de esa valoración en virtud de un recurso de apelación.

Por ello, en esta línea, si no concurren ambos elementos objetivo y subjetivo en el sustrato del proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal resulta inviable el cambio de una sentencia absolutoria por una condenatoria como aquí ha ocurrido. Y esta es una circunstancia relevante en el análisis de la casación que llevan a cabo los recurrentes en un motivo por "error iuris".

Es consciente, sin embargo, el TSJ de que el límite que le marcaba la doctrina jurisprudencial era atenerse al resultado de hechos probados, y aquí radica el principal problema de la revocación de una sentencia absolutoria por el dictado de una sentencia condenatoria, ya que la fijación de los hechos probados está ausente de la concurrencia del elemento subjetivo del injusto que se exige y requiere el delito de prevaricación.

No obstante, es importante destacar que cuando la sentencia condenatoria del TSJ revoca la absolución de la Audiencia Provincial de Valladolid argumenta y fija los motivos de la condena, llevando a cabo un exceso en el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal, y no se limita tan solo a destacar que la redacción de los hechos probados supone la comisión del delito de prevaricación del art. 404 CP, y en base a ello otro de malversación de caudales públicos en la persona del Alcalde, sino que lleva a cabo en la sentencia una motivación centrada en la valoración de la prueba que se practicó en el acto del juicio oral, lo que le está vedado al TSJ a la hora de argumentar la modificación de una absolución por una condena.

Y es que hemos visto que el TSJ en su sentencia especifica criterios de valoración de prueba para fundamentar su condena, lo que no es posible, al poder centrarse tan solo en los límites restrictivos de la posibilidad modificativa del cambio de una absolución por una condena entendiendo que los hechos probados se subsumen en el tipo penal, pero, lejos de ello, se hacen observaciones respecto de lo que algunos testigos señalaron en el juicio oral, argumentos que no son admisibles en las posibilidades revocatorias de una sentencia absolutoria. Pero, sin embargo, realiza una línea argumental consistente en centrar la condena en criterios de valoración de prueba.

No es válido afirmar, por ejemplo, que el secretario municipal informó perfectamente de la no viabilidad legal de las obras en la calle Olmo, ya que está introduciendo cuestiones de valoración de prueba que no constan, ante el argumento de la Audiencia Provincial de que, efectivamente, esa circunstancia no consta probada, y que no hubo traslado de esa información por parte del secretario municipal a los condenados ahora por el TSJ.



Y así consta en el punto nº 5 de los recogidos en los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial para la absolución.

Respecto a por qué se incluyó la calle Olmo y no la calle Medina se altera en la sentencia el resultado de hechos probados de la sentencia, aunque se trata de un dato accesorio a las verdaderas razones por las que no puede mantenerse la condena del TSJ revocatoria de una absolución.

Es conocido el carácter restrictivo de la revocación de sentencias absolutorias y dictar otra de condena, debiendo constar con claridad que el relato de hechos probados permite una clara subsunción de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena ahora por el TSJ, como es el delito de prevaricación del art. 404 CP, y anudado a él, el de malversación de caudales públicos.

No obstante, también hay que señalar que no existe una contundencia argumentativa que permita la revocación de la absolución porque el hecho probado en sí no lo valida en cuanto al elemento subjetivo y porque se apoya la condena en la apelación en la revisión de la valoración probatoria que consta en los argumentos de la sentencia del TSJ, y ello le está vetado llevarlo a cabo.

Se ha insistido, así, que es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución.

De conformidad con lo expresado en la STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En el presente caso es cierto y verdad que no fue correcto el trámite seguido desde el punto de vista procedimental y administrativo, de acordar aprobar en la Calle Olmo. Pero la circunstancia de que se hubieren ya acometido las dos terceras partes de la calle con fondos públicos es un dato a tener en cuenta para evaluar que de los hechos probados no se evidencia el elemento subjetivo de un actuar "a sabiendas".

Así, consta en los hechos probados que:

El Alcalde, Argimiro mostró su intención de urbanizar la prolongación de la Calle Olmo, el tercio que quedaba por urbanizar, con conocimiento de que era una unidad de ejecución, así como de que, las otras dos terceras partes de la urbanización de dicha calle se había afectado a los Planes Provinciales y en la creencia, por tanto, de que el suelo se hallaba "prácticamente consolidado".

No se puede identificar de un modo automático lo acordado con la calificación de los hechos como delito de prevaricación, y menos desde el punto de vista del cambio de una sentencia absolutoria por otra de corte condenatorio, y en la que se han introducido criterios de valoración de prueba en exceso de los límites existentes en sede de apelación ante sentencias absolutorias.

Cierto es, como expone el TSJ en su sentencia, que acudir a la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa no es un requisito de procedibilidad antes de acudir a la vía penal, pero también lo es que debe graduarse la gravedad de lo acordado para acudir a una u otra vía, y en este caso no existe el carácter grosero de una decisión sobre la que ni tan siquiera informaron los técnicos que debían hacerlo, ya que el TSJ no puede introducir este extremo en sede de valoración probatoria en sede de apelación para modificar una absolución en condena.

Podemos recordar en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 en cuanto a la construcción del elemento subjetivo exigible que no se desprende en el presente caso de los hechos probados, que:

"Como hemos dicho en SSTS. 238/2013 de 22 de marzo y 426/2016 de 19 de mayo , 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. Por ello -como expresa la STS. 941/2009 de 29 de septiembre - el artículo 404 del CP , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP), sin perjuicio de la cláusula de comunicabilidad hacia los no funcionarios prevista en el art. 65.3 del Código Penal , cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento



de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente, o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada-, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público (SSTS. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010).

Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia, tal como la STS. 627/2006 de 8.6, en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no solo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002), con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del C.P. STS. 284/2009 de 13.3.

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7)."

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 694/2018 de 21 Dic. 2018, Rec. 2486/2017, y en la misma línea, señalamos que:

"Nos centraremos en el análisis del tipo subjetivo, que requiere la intencionalidad dolosa, con dolo directo y no eventual, pues la expresión "a sabiendas" impide la concurrencia de una situación de potencial representación mental, y el obrar indiferente al respecto, sino que exige el tipo penal que el autor obre con conciencia y voluntad de querer infringir la norma, de una forma, no meramente ilegal, sino arbitraria.

El Código Penal ha querido restringir el ámbito del delito de prevaricación con objeto de deslindar mejor los ámbitos de control de la actuación de la administración pública, para que no sean más que los actos más reprochables, es decir, los actos arbitrarios, los que sean enjuiciados por la jurisdicción penal, dejando a la jurisdicción contencioso-administrativa el control ordinario de la actuación de la Administración.

Los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última ratio obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito. Como acertadamente se ha dicho, la relación entre las esferas del derecho administrativo y del derecho penal es la propia de círculos concéntricos con un diámetro mayor en la primera de ellas.



Desde el plano subjetivo, se requiere que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta. La STS 797/2015, de 24 de noviembre, señala que el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", por lo que se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS 443/2008, de 1 de julio).

CUARTO.- Pues bien, podemos citar varios extremos de relevancia que constan en los hechos probados que alejan la consideración de que estos constituyen un delito de prevaricación, a saber:

1.- La calle Olmo se hallaba en una parcela incluida en la unidad de ejecución nº 11, condicionada por tanto su licencia de ocupación a que los propietarios asuman la parte de urbanización y obligaciones derivadas, y no se ocupe la vivienda hasta haberse completado la urbanización de dicha calle. Incumplido esta última obligación no se obtuvo la licencia de primera ocupación.

2.- Argimiro mostró su intención de urbanizar la prolongación de la Calle Olmo, el tercio que quedaba por urbanizar, con conocimiento de que era una unidad de ejecución, así como de que, las otras dos terceras partes de la urbanización de dicha calle se había afectado a los Planes Provinciales y en la creencia, por tanto, de que el suelo se hallaba "prácticamente consolidado".

3.- Consta la intervención de la portavoz del grupo de Ciudadanos, hoy Alcalde y denunciante en esta causa, oponiéndose a la inclusión de la Calle Olmo por tratarse de una unidad de ejecución, y la respuesta de Argimiro, en el sentido de que "es cierto, pero al hallarse la calle consolidada, no ve irregularidad".

4.- Belinda y Argimiro, conociendo dicho extremo, (que se trataba de "unidad de ejecución") en la creencia de que la Diputación Provincial aprobaría dicha obra porque ya se habían urbanizado los otros tramos de la calle.

5.- El hecho de que la Calle Olmo se hallara incluida en una unidad de ejecución supone, legalmente, que se trata de suelo urbano no consolidado, de forma que su urbanización debe ejecutarse por los propietarios de los terrenos o por el Ayuntamiento mediante el sistema de actuación por cooperación, pero no incluidos en los Planes Provinciales.

Con ello, no existe constancia clara y evidente del conocimiento de la palmaria ilicitud de lo aprobado respecto de la calle Olmo, y el delito de prevaricación exige el dolo directo, y no el eventual. Además, no consta ningún tipo de informe ni asesoramiento que permita deducir la existencia del dolo directo. Y no puede acudirse a revisión de la valoración probatoria por el TSJ para realizar una conclusión de condena basado en prueba valorado por el órgano de apelación no tenido en cuenta por el de instancia que absolvió.

La creencia de los condenados era que el suelo estaba "consolidado" y ello excluía la irregularidad. Además, la circunstancia de haberse terminado ya los 2/3 de la calle les dio a pensar que no habría inconveniente en terminar lo que quedaba con cargo a fondos públicos, o, al menos, no eran conscientes de que aprobarlo era una irregularidad grave, manifiesta y arbitraria con la relevancia que se exige en el delito de prevaricación por el que se les ha condenado.

Consta en los hechos probados que Belinda y Argimiro, conociendo dicho extremo, (que se trataba de "unidad de ejecución") en la creencia de que la Diputación Provincial aprobaría dicha obra porque ya se habían urbanizado los otros tramos de la calle.

No existe, por ello, acreditado el dolo directo y con la decisión del TSJ existe exceso en la revocación de la absolución por la condena, al no ajustarse con determinación y concreción los hechos probados a la subsunción de los hechos en los tipos penales objeto de condena.

No se cumple la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal de actuar "a sabiendas" de la injusticia. La creencia de que el terreno estaba consolidado lo excluye. La técnica de las limitaciones administrativas del concepto "unidad de ejecución" exigía un dolo reduplicado que no consta, y menos aún sin el debido asesoramiento al respecto que fue introducido como revisión de valoración probatoria por el TSJ en la sentencia.

Además, se ha utilizado revisión de la valoración probatoria por el TSJ que está vetado para mutar una absolución en condena.

En la sentencia de la Audiencia Provincial consta que "tampoco consta intervención alguna del Secretario Municipal en la que se informe de la imposibilidad de incluir la Calle Olmo. Cuando el portavoz de Ciudadanos lo debate, y dice que es ilegal, y Argimiro dice que cree que no, por hallarse casi consolidada, él no interviene



en modo alguno, no consta en acta su parecer, como sí consta el de las otras personas intervinientes. Y, obviamente él si sabía qué es una unidad de ejecución, que incluiría en los Planes Provinciales era ilegal, y que, aunque se dictara el acuerdo y se efectuara el proyecto, no iba a ser aprobado por la Diputación porque él tenía que certificar que el suelo era propiedad del Ayuntamiento y certificar la cualidad del suelo". Y esto es alterado por el TSJ en sede de revisión de la valoración de la prueba.

Por todo ello, debe estimarse el recurso interpuesto que afecta, obviamente, al deducido por Belinda, y, por ende, al delito de malversación de caudales públicos que resulta inexistente en tanto en cuanto no concurren los elementos del de prevaricación ni posibilidades de subsumir los hechos probados en ambos tipos penales.

Los motivos se estiman y, por consecuencia, debe dictarse sentencia absolutoria casando la dictada por el TSJ y absolviendo a ambos recurrentes.

QUINTO.- Al proceder la estimación del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados **Argimiro**, con estimación de los motivos primero, cuarto, quinto y noveno, que se extiende a los de la segunda recurrente **Belinda**; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 9 de octubre de 2020, que estimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal al que se adhirió la Acusación Particular, dejando sin efecto la absolución de los anteriores acusados de los delitos de prevaricación administrativa y de malversación de caudales públicos, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, de fecha 7 de febrero de 2020 que absolvió a los citados acusados y otros de los delitos de prevaricación administrativa y de malversación de caudales públicos. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION núm.: 5515/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 22 de septiembre de 2022.

Esta sala ha visto el rollo de apelación nº 34/2020 de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 19/2019 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Medina del Campo



que fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, seguida por delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos contra los acusados Argimiro , con DNI NUM000 , nacido y vecino de Valdestillas (Valladolid) el día NUM001 de 1963, hijo de Apolonio y Martina , sin antecedentes penales, con instrucción, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado en ningún momento; Dionisio , con DNI NUM002 , nacido y vecino en Valdestillas (Valladolid) el día NUM003 de 1976, hijo de Celestino y Raimunda , sin antecedentes penales, con instrucción, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado en ningún momento; Belinda , con DNI NUM004 , nacida en Valladolid el NUM005 de 1973, con domicilio en Valdestillas, hija de Darío y Salvadora , sin antecedentes penales, con instrucción, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado en ningún momento y contra Daniel con DNI NUM006 , nacido y vecino de Valdestillas el día NUM007 de 1959, hijo de Emiliano y Teodora , sin antecedentes penales, con instrucción, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado en ningún momento, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 7 de febrero de 2020, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos absolver a los recurrentes Argimiro y Belinda frente a la condena por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos dictada por Sentencia nº 48/2020, de nueve de octubre de dos mil veinte, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla León, regresando a la absolución que había acordado la sentencia 43/2020 de 7 de febrero de 2020 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid con costas de oficio y sin costas a la acusación particular por no apreciarse temeridad o mala fe.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos absolver a los recurrentes Argimiro y Belinda frente a la condena dictada por Sentencia nº 48/2020, de nueve de octubre de dos mil veinte, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla y León, regresando a la absolución que había acordado la sentencia 43/2020 de 7 de febrero de 2020 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid con costas de oficio que afecta a las costas que se habían impuesto en la instancia que se suprimen, y sin costas a la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet