



Roj: **STS 3253/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3253**

Id Cendoj: **28079120012023100577**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2023**

Nº de Recurso: **2082/2021**

Nº de Resolución: **449/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 449/2023

Fecha de sentencia: 14/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2082/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia Extremadura. Sala Civil y Penal

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2082/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 449/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de junio de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 2082/2021, interpuesto por **D. Fermín**, representado por la procuradora D^a. Ana María Martín Espinosa, bajo la dirección letrada de D. José Andrés Martínez-Carande Corral, contra la sentencia n.º 12/2021 de fecha 17 de febrero de 2021 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 266/2020 de fecha 13 de noviembre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda en el PA 22/2020, procedente del Juzgado de Instrucción num. 2 de Trujillo.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida el **Ayuntamiento de Aldeacentenera** representado por e Letrado de la Diputación Provincial de Cáceres.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Trujillo incoó procedimiento abreviado núm. 148/2019 por un delito de prevaricación administrativa contra Fermín; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres, cuya Sección segunda, (P.A. núm. 22/2020) dictó Sentencia en fecha 13 de noviembre de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El acusado Fermín, mayor de edad y sin antecedentes penales, ocupó el cargo de Alcalde de la localidad de Aldeacentenera a partir del mes de junio del año 2015, al haber alcanzado la candidatura que encabezaba la mayoría en las elecciones municipales de aquel año, hasta el 18 de enero del año 2018, en que cesó en esas funciones a consecuencia de la pérdida de confianza de los miembros de la Corporación, tras una moción de censura que tuvo lugar el 2 de enero de 2018.

1.- Entre los objetivos del acusado, como Alcalde, se encontraban la regularización de un aeródromo que había en el término municipal, pero que carecía de las características y, por tanto, de las autorizaciones necesarias en aquel momento para su funcionamiento, así como la realización de importantes obras de mejora en las infraestructuras de la localidad y en bienes propiedad del Ayuntamiento, en particular en el colegio público y en una residencia de mayores.

A tal fin, a principios de 2016, tras no renovar el contrato que desde hacía dos décadas tenía el Ayuntamiento con un arquitecto técnico que prestaba sus servicios como arquitecto municipal, convino con un arquitecto de la Comunidad de Madrid, Gervasio, que éste asumiera las funciones de arquitecto municipal, con un contrato similar (en cuanto a sus funciones y su retribución) al que tenía el anterior arquitecto municipal, y que además se hiciera cargo de las tareas técnicas necesarias para la modificación de las normas urbanísticas de la localidad, que debían acometerse en breve, así como de la realización de los proyectos necesarios para acometer las obras que proyectaba, si bien tales trabajos serían objeto de contratación y facturación independiente, estableciéndose al respecto en el contrato suscrito como arquitecto municipal que dicho contrato *"no incluye encargos adicionales de mayor entidad como el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) ni otros proyectos de mayor entidad que demande el Ayuntamiento u otra administración en el ámbito de Aldeacentenera, que se encargarán en contratos Ad hoc y siempre con arreglo a la normativa vigente"*.

Antes de que aquellos proyectos fueran materializados, el entonces Secretario del Ayuntamiento, Héctor, hizo entrega al acusado de un informe jurídico en relación con aquellas obras, informe en el que le indicaba la inviabilidad económica de aquellas obras millonarias, que nunca podrían ejecutarse porque el Ayuntamiento ni las tenía presupuestadas, ni las podría presupuestar jamás, ya que su presupuesto anual era de unos setecientos mil euros brutos al año, y no tendría nunca capacidad financiera para ejecutar esas obras; a la vez que le sugería, como única forma de llevarlas a cabo, someter esas iniciativas a las administraciones a quienes concernían aquellos edificios municipales (Consejería de Educación en el caso del colegio, SEPAD, en el caso de la residencia de mayores) con el fin de intentar conseguir que tales administraciones financiaran las obras, para lo cual no era necesario redactar los proyectos técnicos pues bastaba con una simple *memoria técnica valorada*, cuyo coste era mucho más económico y que incluso podrían realizar gratuitamente los servicios de la Diputación Provincial, y con esa *memoria* plantear las iniciativas a la Junta de Extremadura. En aquel informe jurídico el Secretario hacía también referencia a la intención del Alcalde de contratar por separado con el mismo estudio de arquitectura cada uno de los proyectos, posibilidad respecto de la que le informaba de que si bien formalmente podían encargarse los distintos proyectos como unidades en sí mismas, independientes unas de otras, a efectos de poder ser susceptibles de contratos menores si no superaban los 18.000 euros sin IVA, resultaba más razonable que todos los proyectos se incluyeran en una sola contratación a realizar a través de concurso público, pues eso permitiría un ahorro para el Ayuntamiento al conseguir el mejor precio.



A pesar de aquel informe jurídico el acusado, a quien no le importaba derrochar el presupuesto municipal, se mantuvo en su idea inicial, encargando directamente al estudio de arquitectura de Gervasio , Fhoma Arquitectura SLU, a través de cuatro contratos menores, otros tantos proyectos, para cuyo abono el estudio emitió a cargo del Ayuntamiento de Aldeacentenera las siguientes facturas:

. Factura número NUM000 , de fecha 4 de enero de 2016, por importe de 4.235 euros y en concepto de *"proyecto básico y de ejecución para obra de acondicionamiento y remodelación de colegio público"*, la cual fue abonada en fecha 12 de enero de 2016.

. Factura número NUM001 , de fecha 18 de febrero de 2016, por importe 12.042,22 euros, en concepto de *"redacción de proyecto básico y de ejecución, estudio de seguridad y salud para acondicionamiento de edificio destinado a centro médico, a normativa actual de incendios, accesibilidad y uso hospitalario"*, abonada el 11 de mayo de 2016.

. Factura número NUM002 , de fecha 1 de marzo de 2016, por importe de 18.150 euros, en concepto de *"procedimiento de evaluación ambiental simplificada para aeródromo con pista menor de 2100 metros"*, la cual fue abonada en fecha 28 de abril de 2016.

. Factura número NUM003 , de fecha 7 de octubre de 2016, por importe de 7.266,05 euros, en concepto de *"proyecto básico y de ejecución para remodelación de viario según fases aprobadas de proyecto"*.

Esta última factura fue abonada en fecha 24 de noviembre de 2016, a pesar de que había sido objeto de reparo por el Secretario Interventor, el día anterior 23 de noviembre, por falta de consignación presupuestaria, reparo en el que se informaba al Alcalde que el órgano competente para resolver la discrepancia era el Pleno. El acusado, pese a aquella advertencia, dictó resolución al día siguiente levantando el reparo y ordenando, bajo su responsabilidad, el pago de la factura a Fhoma Arquitectura SLU.

Si bien aquellos cuatro proyectos no constan en los archivos del Ayuntamiento de Aldeacentenera, no ha quedado acreditado que no hubieran sido realmente realizados, constando que alguno de ellos obtuvo el visado del Colegio de Arquitectos de Extremadura.

2.- A principios del año siguiente, 2.017, el acusado convino con el vecino de Aldeacentenera Miguel la realización en exclusiva, por parte del segundo, a través de su empresa Font-i, de los trabajos de reparación, mantenimiento y limpieza de las instalaciones municipales, así como de la piscina municipal, del reparto a domicilio de menús a familias con riesgo de exclusión social, así como de otras tareas que pudiera encargarle el Alcalde, los cuales acordaron que serían facturados de forma individualizada al Ayuntamiento.

Tales trabajos comenzaron a realizarse, remitiendo para su abono la empresa Font-i durante la primera mitad de 2.017 diversas facturas que totalizaron 6.440,42 euros, que fueron pagadas por el Ayuntamiento sin reparo alguno.

Sin embargo, tras ser sustituido el anterior Secretario Héctor por una nueva Secretaria, Natividad , ésta, al detectar la repetición de facturas y conceptos por parte de un mismo contratista, opuso el 12 de junio de 2.017 un reparo al abono de la factura nº NUM004 por importe de 2.900,37 euros, en el que hacía constar que *"se han podido apreciar facturas de D. Miguel que se presentan de manera mensual en este Consistorio, por trabajos de mantenimiento y limpieza del Ayuntamiento"*; y *"dada la asiduidad de dichas facturas y al no existir contrato alguno con dicha persona que conste en la secretaría de mi cargo"*, indicaba la necesidad de haber seguido un *"procedimiento de licitación para garantizar la transparencia, igualdad y publicidad que exige el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Ley de Contratos del Sector Público"*, emitiendo el reparo por haberse *"omitido requisitos o trámites que pudieran dar lugar a la nulidad del acto, ya que no se ha procedido a la formalización de ninguna relación contractual entre este Ayuntamiento y el Sr. Miguel"* a lo que añadía que *"la aplicación presupuestaria a donde van imputadas dichas facturas está a fecha de hoy con signo negativo, existiendo vinculación jurídica, pero puede afectar de manera importante a otros conceptos que se estiman indispensables para el buen funcionamiento de la Administración"*. También se hacía constar en aquel reparo que, pese a que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Fuenlabrada había ordenado la retención de las retribuciones de Miguel en virtud de un embargo acordado, se le estaban abonando las facturas sin dar cumplimiento a aquel requerimiento judicial. Por resolución del mismo día, el acusado levantó aquel reparo y ordenó el pago de aquella factura.

Con posterioridad, Miguel siguió realizando por encargo del acusado las mismas tareas para el Ayuntamiento de Aldeacentenera, al que remitió por tales conceptos otras diecisiete facturas más, por un importe total de 21.284,01 euros, todas ellas abonadas por el Ayuntamiento, la mayoría (hasta un total de 17.666,11 euros) a través de transferencias realizadas desde la cuenta del Ayuntamiento en el BBVA nº ES6501826232870200100088.



Tras el cese del acusado en el Ayuntamiento de Aldeacentenera en enero de 2.018, su sucesora en el cargo Tania encontró, en el interior de una carpeta que el acusado dejó en el despacho, un "contrato menor de servicio de mantenimiento y trabajos múltiples suscrito entre el acusado, como alcalde de Aldeacentenera, y Miguel en nombre de Font-i, por un importe anual de treinta y seis mil euros anuales más IVA, cuyo contenido se correspondía con trabajos análogos a los facturados al Ayuntamiento a lo largo del año 2.017. Dicho contrato, que carecía de fecha, nunca tuvo entrada en el registro municipal, y el Sr. Miguel no facturó ninguna cantidad al Ayuntamiento de Aldeacentenera en 2.018 amparándose en ese contrato.

3.- El 30 de junio de 2017, el Pleno de la Corporación acordó, con el voto en contra del acusado, reducir su dedicación y, consecuentemente, sus retribuciones respecto de las que percibía hasta entonces.

A pesar de aquella decisión de la Corporación, la gestoría responsable de la elaboración de las nóminas del personal del Ayuntamiento presentó el 20 de julio de 2017, por indicación del acusado, una nómina de liquidación-finiquito que, en contra de aquel acuerdo, recogía como cantidad devengada entre los días 1 y 17 de julio de 2017 una cifra (959,68 € más otros 165,28 € de parte proporcional de la extra de Navidad) que se ajustaba a las retribuciones que anteriormente percibía el acusado, cuando ya en ese periodo debía devengar las nuevas retribuciones, e incluía además otras cantidades en concepto de "vacaciones" (1.750 €) y "diferencias vacaciones" (1.718,62 €), referidas a las vacaciones devengadas desde su toma de posesión en junio de 2015 hasta la fecha en que se practicaba la liquidación-finiquito, cuyo abono no resultaba procedente.

La entonces Secretaría-Interventora del Ayuntamiento Natividad informó al acusado el 25 de julio de 2017 de que resulta improcedente el abono de tales cantidades en concepto de "vacaciones", pues no estaba previsto en el Reglamento Orgánico Municipal, ni había sido aprobado y reconocido por el Pleno de la Corporación, un derecho a vacaciones retribuidas de los cargos electos. Pese a la advertencia de la Secretaria Interventora, el acusado, en fecha 26 de julio de 2017, dio orden a la entidad bancaria LIBERBANK para que procedieran, con cargo a la cuenta del Ayuntamiento de Aldeacentenera, a transferirle la cantidad total de 3.704.50 euros que reflejaba aquella nómina, orden de transferencia que materializó acudiendo personalmente a la entidad bancaria y estampando su firma en el lector digital, cuando lo habitual era que los pagos se ordenaran al banco documentados por escrito al que se acompañaban, por ser necesarias, las firmas de los tres claveros: El Alcalde, la Secretaria Interventora y el Tesorero.

Al advertir la realización de aquella transferencia el 27 de julio de 2017, la Secretaria Interventora del Ayuntamiento requirió al acusado, haciéndolo constar así en una nota de reparo a la liquidación-finiquito, para que procediera al reintegro al Ayuntamiento de aquellos 3.704,50 euros, requerimiento al que el acusado no ha atendido."

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

"Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Fermín , como autor responsable de UN DELITO CONTINUADO DE MALVERSACIÓN EN CONCURSO MEDIAL CON UN DELITO CONTINUADO DE FRAUDE ya definidos, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN y DIEZ AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA; asimismo, el acusado indemnizará al AYUNTAMIENTO DE ALDEACENTENERA con la cantidad de SESENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS Y TREINTA Y TRES CÉNTIMOS (65.485,33 €).

Las costas procesales de esta causa se imponen al acusado, incluidas las de la acusación particular ejercida por el Ayuntamiento de Aldeacentenera.

No se aprueba el auto de insolvencia del condenado dictado por el Juzgado de Instrucción en la correspondiente pieza de responsabilidad civil, constando en la información patrimonial recabada rendimientos de trabajo y saldos en cuentas bancarias que pueden ser objeto de embargo.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvase los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de APELACIÓN, para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia, conforme a los trámites previstos en los artículos 790, 791 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución."

TERCERO.- En fecha 22 de diciembre de 2020 se dicta por esa Audiencia auto de rectificación, con la siguiente parte dispositiva:

" **LA SALA ACUERDA:** Rectificar los siguientes errores observados en la sentencia dictada en esta causa:

1.- En los hechos probados, punto 2, párrafo segundo, donde dice "*diversas facturas que totalizaron 6.440,42 euros*", debe decir "***diversas facturas que totalizaron 6.431,42 euros***".

2.- En los hechos probados, punto 2, párrafo tercero, donde dice "*opuso el 12 de junio de 2.017 un reparo al abono de la factura nº NUM004*", debe decir "opuso el 12 de julio de 2.017 un reparo al abono de la factura nº NUM004".

3.- En los hechos probados, punto 2, párrafo quinto, donde dice "*otras diecisiete facturas más, por un importe total de 21.284,01 euros, todas ellas abonadas por el Ayuntamiento, la mayoría (hasta un total de 17.666,11 euros) a través de transferencias*", debe decir "***otras diecisiete facturas más, por un importe total de 18.383,50 euros, todas ellas abonadas por el Ayuntamiento, la mayoría (hasta un total de 14.765,74 euros) a través de transferencias***".

4.- En el fundamento jurídico octavo, donde dice "*las facturas abonadas a partir de la nº NUM004 totalizan, salvo error aritmético por nuestra parte, 21.284,01 euros*", debe decir "***las facturas abonadas a partir de la nº NUM004 totalizan, salvo error aritmético por nuestra parte, 21.283,87 euros***".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Fermín ; dictándose sentencia núm. 12/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en fecha 17 de febrero de 2021, en el Rollo de Apelación 10/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por Fermín contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la AP de Cáceres de fecha 13 de noviembre de 2020, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** citada resolución, imponiendo las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente-condenada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser preparado, dentro del plazo de cinco días, contados desde la última notificación de la sentencia, solicitando testimonio de la misma, manifestando la clase de recurso que trate de utilizar, por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador. Dedúzcase testimonio de esta resolución y, una vez firme remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este tribunal, dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución."

QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Fermín que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SEXTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:



Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim al haberse infringido el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española con vulneración del derecho a la defensa al no haberse respetado el principio acusatorio.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim al haberse infringido el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española con vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por haberse utilizado como prueba de cargo para fundamentar la condena un documento inexistente.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849 LECrim al existir error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en autos y no contradichos por otros elementos probatorios.

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Con motivo de la entrada en vigor de la L.O. 14/2022 de 22 de diciembre, se da traslado al recurrente para que adapte si lo estima procedente, los motivos de casación alegados, y posteriormente a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, con el resultado que obra en autos.

NOVENO.- Por providencia de esta Sala de 25 de abril se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 13 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DE LOS ARTÍCULOS 5.4 LOPJ Y ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA AL NO HABERSE RESPETADO EL PRINCIPIO ACUSATORIO

1. El recurrente denuncia lesión de sus derechos de defensa porque el tribunal de instancia introdujo hechos que no fueron objeto de acusación y sobre los que, a la postre, se funda, en buena medida, su condena como autor de un delito de malversación del artículo 432.1 CP, texto de 2015, en concurso medial con un delito de fraude del artículo 436 CP. Las afirmaciones fácticas relativas a que el pago de las facturas a *FHORMA ARQUITECTURA* por un importe conjunto de 41.693,72 euros carecían de toda justificación, que eran obras objetivamente irrealizables, que se comprometía de forma injustificada el limitado presupuesto municipal, respondiendo a una intención de derroche y de injustificado despilfarro, causando un importante quebranto a los recursos económicos del Ayuntamiento no se contienen en los escritos de acusación.

Lo único de lo que fue objeto de acusación es que, supuestamente, habría ordenado pagar unos proyectos de arquitectura que no habían sido realmente realizados ni entregados al Ayuntamiento, así como que una de las facturas habría sido abonada a pesar del reparo del Secretario-Interventor. Pero en ningún momento se le acusó de encargar proyectos objetivamente irrealizables por su elevado importe o de despilfarrar los fondos públicos de manera injustificada. En esa medida, la defensa se concentró en acreditar que los proyectos fueron efectivamente realizados sin incidir en la adecuación de las obras proyectadas y las utilidades que se derivarían para el Municipio ni en justificar el importe de los fondos líquidos del Ayuntamiento en 2016 ni en la existencia de un remanente de Tesorería por importe de 326.348,81 euros. Datos que excluyen toda idea de despilfarro en la gestión como alcalde del hoy recurrente.

Y lo mismo puede afirmarse respecto del resto de las acusaciones pues su objeto delimitado en los escritos de calificación era haber otorgado un contrato menor a pesar de carecer de competencia para ello, así como haber ordenado los pagos de esas facturas a espaldas de la validación de la Secretaria-Interventora, sin que tampoco se identificara ningún despilfarro o gestión desleal con quebranto del patrimonio público. La defensa, por tanto, se centró en demostrar que no se había otorgado tal contrato y que las facturas constaban contabilizadas, aceptadas y reconocidas, que la única nota de reparo había sido levantada de conformidad con el procedimiento legal y que las prestaciones a las que respondían las facturas, de incuestionada utilidad pública, se habían realizado.

Para el recurrente, y frente a lo mantenido por el Tribunal Superior, la mutación producida entre lo acusado y lo declarado probado fue esencial y alteró el objeto del proceso, comprometiendo muy gravemente sus derechos de defensa.

2. El motivo introduce una cuestión compleja y de alto espectro que no se limita solo a determinar si ha existido o no vulneración del derecho a conocer la acusación, sino que, de la mano de dicho gravamen, a modo de consecuencia necesaria, se extiende también al territorio de la infracción de Ley. En esa medida, nos obliga a



despejar, por un lado, la correlación entre los hechos de acusación y los hechos que se declaran probados y, por otro, en el caso de que estos extravasen los límites, si prestan fundamento al juicio de subsunción.

3. Como nota introductoria, cabe recordar que nuestro modelo procesal, a la luz de la propia regulación contenida en la Directiva 2012/13 *sobre el derecho a la información a las penas sospechosas y acusadas en el proceso penal*, contempla un estándar dinámico, de gradualidad, en la configuración del objeto procesal. Lo que se traduce en la posibilidad de identificar diferentes niveles cuantitativos y cualitativos de información a transmitir atendiendo los distintos estadios del proceso penal en garantía del derecho a conocer la acusación.

Con dicho fin, el artículo 650 LECrim fija cargas de confección y estructura a las que debe responder la calificación acusatoria. Así, deberá contener, entre otras, conclusiones precisas y numeradas de los hechos punibles, de la calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan y de la participación que en ellos ha tenido el procesado o procesados si fueran varios. No son simples requisitos formales. Son condiciones de producción que sirven para garantizar mejor el derecho de la persona acusada a defenderse sabiendo con el necesario detalle de qué hechos y de qué delitos.

Sobre este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de interpretar el artículo 6, apartado 3, del CEDH, relativo al derecho a ser informado de la acusación, ha recalcado la especial atención que merece la *notificación de la acusación* -es decir, los hechos presuntamente cometidos en que se basa la acusación, así como su calificación jurídica-, pues dichos elementos "desempeñan un papel esencial en el proceso penal [...] al relacionarse con el derecho que asiste a la persona acusada a preparar su defensa en virtud del artículo 6, apartado 3, letra b)", cuyo alcance "debe ser valorado, en particular, a la luz del derecho más general a un juicio equitativo que garantiza el artículo 6, apartado 1, del Convenio [...]" -vid. STEDH, caso, Block c. Hungría, de 25 de enero de 2011-.

De igual manera, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nos recuerda " *que, en cualquier caso, sea cual sea el momento en que se facilite la información a que se refiere el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2012/13, es preciso otorgar a las personas acusadas y a sus abogados, con arreglo a los principios de contradicción y de igualdad de armas, un plazo suficiente para tomar conocimiento de esa información y ofrecerles la oportunidad de preparar eficazmente la defensa, de presentar sus eventuales observaciones y, en su caso, de solicitar la práctica de las diligencias, en particular de prueba, que tengan derecho a solicitar en virtud del Derecho nacional*" -vid, en este sentido, SSTJUE, de 21 de octubre de 2021, C-282/20, caso ZX; de 13 de junio de 2019, caso Moro, C-646/17;489, y el auto de 14 de enero de 2021, UC y TD (Vicios de forma en el escrito de acusación), C-769/19-.

El papel central de la acusación precisa y detallada, como reclama el artículo 6.3 de la Directiva 2012/13, comporta, como consecuencias necesarias: primera, la delimitación definitiva del objeto del proceso; segunda, los límites del propio pronunciamiento del tribunal que viene, por ello, constitucionalmente impedido a condenar *por cosa distinta*. Como nos insiste el Tribunal Constitucional, el debate pretensional en el proceso penal acusatorio vincula al juzgador, " *impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma y, por ello, la persona acusada no ha tenido la ocasión de defenderse*" - STC 205/1989-.

También este Tribunal de Casación de forma profusa y constante ha fijado en su doctrina efectivas garantías de protección del acusatorio tanto en su dimensión fáctica como normativa.

La STS 211/2020, de 21 de mayo insiste en que " *el principio acusatorio obliga, en efecto, al Tribunal a valorar exclusivamente los hechos sobre los que las acusaciones fundan su pretensión. Ese presupuesto del argumento blandido es indiscutible. Entre los hechos objeto de acusación y los enjuiciados ha de existir esencial identidad. Ni siquiera a través del expediente del art. 733 LECrim puede desligarse el Tribunal de esa vinculación al sustrato fáctico. No está habilitado para introducir hechos nuevos inculminatorios. Admitirlo supondría una quiebra del principio acusatorio y, singularmente, del derecho de defensa*" -vid. también, SSTS 277/2021, de 25 de marzo y 18/2023, de 19 de enero-.

En definitiva, fijada la pretensión, el tribunal está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento fáctico y jurídico -vid. STC 228/2002, de 9 de diciembre-.

Es cierto, no obstante, que esa vinculación esencial en el plano fáctico no comporta una suerte de sujeción textual a la narración acusatoria. El tribunal puede, a la luz del resultado de la prueba, *formatear*, valga la expresión, el relato sobre el que la parte acusadora funda las consecuencias pretendidas, incluso precisando aspectos fácticos no expresamente referidos en los escritos de acusación -las llamadas por la doctrina italiana "*unidades mínimas de observación*"-. Siempre que no suponga una suerte de neta adición de nuevos hechos punibles o de presupuestos fácticos de los que pueda derivarse una mayor responsabilidad superando el marco comunicativo del relato acusatorio -vid. STS 47/2021, de 21 de enero-.



Como se afirma en la mencionada STS 211/2020, " *lo que ha de respetar el Tribunal es la esencialidad de los hechos, sin que haya de ajustarse miméticamente a cada uno de los detalles de la narración presentada por el fiscal. Enriquecer descriptivamente los hechos o incrustar elementos que sin alterar el contenido fáctico nuclear lo adornan, complementan o aclaran no enturbia el derecho a ser informado de la acusación*".

Lo que el principio acusatorio proscribiera es que el Tribunal se subrogue en la estricta función acusatoria, novando el objeto procesal o introduciendo contenidos no contemplados por las acusaciones que de no plasmarse en el relato de hechos probados impedirían el éxito de la acción penal. Si lo hace, el tribunal comprometería su rol institucional, la *terzietà*, en expresiva fórmula técnico-constitucional italiana, respecto a las partes y al propio objeto del proceso.

La *reconstrucción configurativa* del hecho acusado por parte del juez, como fundamento de la decisión de condena, convierte, tal como se califica en la STS 2011/2020, " *al tribunal en otro acusador y, además, en un momento tardío: al dictar sentencia y hurtando esas imputaciones a las posibilidades defensivas*". Como afirmamos en la STS 227/2021, de 25 de marzo, admitir esa facultad novatoria "supondría una quiebra del principio acusatorio y, singularmente, del derecho de defensa".

4. Sentado lo anterior, para identificar, al hilo del gravamen, las diferencias entre los hechos acusados y los declarados probados por el tribunal provincial y valorar su alcance procede la reproducción literal de unos y otros.

5. Pues bien, como puede observarse, y con relación al *hecho a)*, las acusaciones se limitan a describir las facturas, su abono, la formulación de *reparo* por parte del Secretario-Interventor respecto a una de aquellas, sin identificar, tan siquiera, la razón del mismo -lo que sí precisa la sentencia de instancia- y a afirmar que, pese a ello, el alcalde, el hoy recurrente, ordenó bajo su responsabilidad el pago. También se sostiene, como hecho acusado, que no consta que los proyectos comitados constaran en los archivos municipales. Nada más.

Es la sentencia la que [sin perjuicio de que la disciplina que debe regir la confección del hecho probado exige no solo describir el contenido del informe elaborado por el Secretario-Interventor sino también, en lo que resulta relevante para la tipicidad, determinar qué afirmaciones de las contenidas en dicho informe han resultado probadas] introduce, como hechos probados, la, al menos, implícita inviabilidad económica de los proyectos arquitectónicos, el indebido fraccionamiento de los contratos suscritos con el arquitecto para la redacción de tales proyectos y el, típicamente decisivo, propósito o voluntad derrochadora del hoy recurrente del presupuesto municipal. Y, también, otro hecho con particular trascendencia como el relativo a que no había quedado acreditado que los proyectos arquitectónicos no hubieran sido efectivamente realizados, neutralizando, así, un *hecho acusado* basilar. Tampoco se establece, como hecho probado, que perjuicio se derivó de dichos contratos para el erario público.

6. Con relación al Hecho b) de la acusación, es cierto que cabe trazar una sustancial relación de equivalencia con el hecho probado contenido en la sentencia. Pero, al hilo de lo declarado probado, cabe precisar cuatro extremos relevantes:

Primero, la sentencia se limita a declarar probado que la interventora formuló *reparo* con relación a una de las facturas presentada al cobro por el Sr. Miguel por importe de 2.900,17 euros y a reproducir -si bien con más detalle que la acusación- el contenido del informe de la Sra. Interventora. Se vuelve a omitir, sin embargo, todo pronunciamiento sobre si, en efecto, lo afirmado por la interventora ha resultado probado o responde a exigencias normativas incuestionables.

Desde las indeclinables exigencias de confección del hecho probado en la sentencia penal debe insistirse en que lo afirmado por un testigo o el contenido de un documento o de un dictamen pericial es simple información probatoria y que, por tanto, para adquirir el estatus de hecho probado ha de ser declarado expresamente como tal por el tribunal. Siendo el hecho, y no el dato de prueba, sobre el que, de forma exclusiva, debe recaer el juicio de tipicidad.

Segundo, el tribunal priva de toda eficacia o relevancia contractual al documento sin firma, sin fecha y sin entrada en el registro municipal hallado en 2018 en el interior de una carpeta por la sucesora del hoy recurrente en la Alcaldía y cuyo contenido hacía referencia a un contrato menor de servicio de mantenimiento y trabajos múltiples en el que aparecían como partes contratantes el acusado, como alcalde de Aldeacentenera, y el Sr. Miguel en nombre de la mercantil FONT-I S.L por un importe anual de 36.000 euros más IVA.

Tercero, como hemos mantenido de forma reiterada -vid. SSTS 618/2022, de 22 de abril; 761/2022, de 15 de septiembre, 240/2023, de 30 de marzo- el *hecho global* en beneficio de la persona acusada se nutre también de aquellos hechos favorables que, en términos suficientemente asertivos, puedan identificarse integrados en la fundamentación jurídica. Pues bien, en el caso, se declara probado, aun su *desubicación*, que todas las facturas presentadas al cobro y pagadas al Sr. Miguel, como representante de la mercantil FONT-I S.L, respondieron a



trabajos efectivamente realizados para el mantenimiento de instalaciones y equipamientos del municipio y la prestación de distintos servicios a sus vecinos y que los pagos no se realizaron a espaldas de la intervención.

Cuarto, no se cuantifica ningún perjuicio al patrimonio público derivado de la ejecución de las prestaciones comitadas al Sr. Miguel por el hoy recurrente.

7. Con relación al hecho acusado c), también se identifica una sustancial identificación con el hecho global declarado probado, si bien este introduce una modificación de excepcional relevancia al afirmarse por el tribunal en la fundamentación jurídica -fundamento quinto, párrafo sexto, página 34 [sin numerar]- " *que puede tener un cierto sustento jurídico que los honorarios anteriores debían devengarse hasta la necesaria publicación del acuerdo del Pleno en el Boletín Oficial de la Provincia de Cáceres, publicación que tuvo lugar el 18 de julio de 2017, o que el hecho de percibir el alcalde las retribuciones en catorce pagas como las percibe todo funcionario implicaba indirectamente el reconocimiento de otros derechos propios de estos, como el relativo a las vacaciones retribuidas*". Al tiempo, descarta que, en la previa resolución dirigida a la Asesoría en la que se solicita que tengan en cuenta las vacaciones y que se calculen sus honorarios hasta el 17 de julio como se venían haciendo ante del pleno, concurra nota alguna de contradicción flagrante, clamorosa, patente o grosera con la legalidad aplicable.

El hecho global, por tanto, contempla fundamento causal en la retribución, calculada por la Gestoría que prestaba servicios al Municipio de Aldeacentenera en materia de nóminas, de la que se hizo merecedor por su trabajo el hoy recurrente. Lo que comporta cuestionar, al tiempo, que lo dictaminado por la Interventora, y que se recoge en los hechos probados, respondiera a una realidad fáctico-normativa suficientemente acreditada.

Lo que sí contempla el hecho acusado y la sentencia declara probado es que para el cobro de la nómina contra la cuenta del Municipio eran necesarias tres firmas: la del propio recurrente, de la secretaria-interventora y del tesorero. Constando solo la primera en la orden de pago emitida.

8. Partiendo de lo anterior, cabe llegar a las siguientes conclusiones:

Primera, la sentencia de instancia, que valida la ahora recurrida, incorporó, como se afirma por el recurrente, hechos fundamentales sobre los que se funda el posterior juicio normativo de tipicidad que no fueron objeto de acusación. Hasta el punto de que si se extrajeran del relato fáctico no cabría, en modo alguno, su subsunción ni en el tipo de malversación del artículo 432.1 CP, vigente al tiempo de los hechos (texto de 2015), ni en el vigente tipo de administración desleal del artículo 252 CP.

Segunda, el hecho global declarado probado, descartados los hechos que no fueron objeto de acusación, introduce también subhechos que neutralizan en buena medida el alcance típico de los hechos acusados.

Tercera, la inconsistencia e imprecisión descriptiva de lo que se declara probado tampoco permite su subsunción en el delito de fraude en la contratación pública del artículo 436 CP.

9. La extralimitación reconstructiva del tribunal, declarando como probados aspectos esenciales que no fueron objeto de explícita acusación, compromete, en términos irreductibles, el derecho a un proceso justo y equitativo del recurrente.

Es cierto, como se sostiene en la sentencia recurrida, que el recurrente conoció los tipos delictivos, objeto de acusación, pero la calificación normativa solo cubre una parte del contenido del derecho constitucional y convencionalmente garantizado. Este también comporta, como anticipábamos, la obligación por parte de las acusaciones de precisar de forma detallada los hechos sobre los que se basa su pretensión de condena porque es sobre estos y su dimensión normativa respecto de los que debe defenderse la persona acusada.

La calificación de la conducta del recurrente como de administración desleal del patrimonio público reclamaba que los hechos de la acusación y, en correlación sustancial, los que se declaren probados, identificaran con precisión, además del perjuicio patrimonial típico, ya sea por reducción del activo o por falta de incremento del mismo, la actuación no autorizada o contraria a los intereses administrados, frustrando los fines a los que debería servir, en este caso, el patrimonio público y que el sujeto obligado abarcó el incumplimiento de los deberes de custodia y adecuada gestión y la causación del daño, aunque no su concreta entidad o alcance.

En el caso, y esto constituye el núcleo de la cuestión suscitada, desde los *hechos de la acusación* resulta extremadamente difícil identificar el mínimo nivel de precisión y detalle que asegure que el recurrente conoció, antes de recaer la sentencia, los hechos por los que resultó condenado.

10. Con relación al hecho acusado a), las acusaciones se limitan a indicar que los proyectos redactados por el arquitecto contratado por el recurrente no constaban en los archivos municipales, prescindiendo de cualquier otra referencia que describa la gestión desleal. Y este fue el hecho basilar del que se defendió el hoy recurrente con razonable éxito, por otro lado, pues la sentencia descarta la relevancia de dicha ilocalización en la medida



en que ello no permite considerar probado que los proyectos comitados que fueron facturados y, finalmente, pagados no fueran realizados.

Pero la "caída" de dicho hecho central de la acusación no facultaba al tribunal de instancia para suplir el fundamento fáctico de la calificación pretendida con otros hechos basilares que las acusaciones, pudiendo, prescindieron de identificar.

En el caso, el tribunal, mediante la inclusión de hechos probados extravagantes a los hechos acusados, configuró la propia acusación.

Insistimos, el límite no viene determinado solo por el tipo delictivo de acusación. Incluso, como es bien sabido, el derecho a conocer la acusación es compatible con modulaciones o adaptaciones normativas por parte del tribunal que comporten la condena por un título distinto siempre que este conserve un ligamen de homogeneidad con *el tipo acusado* y no suponga la imposición de una pena más grave.

Lo decisivo radica en los límites marcados por los hechos justiciables esenciales sobre los que se soporta la pretensión de condena. Y, en el caso, como anticipábamos, dicho límite se ha extravasado en términos esenciales e irreductibles.

Basta, como anticipábamos, extraer del relato fáctico con relación al hecho a), los indebidamente añadidos por el tribunal de instancia -muy en particular, los relativos a la inviabilidad económica de las obras proyectadas, la intención de despilfarro y el resultado de derroche de los fondos públicos- para constatar que del pago de las facturas por trabajos realizados por el arquitecto Sr. Gervasio, aunque una fuera objeto de reparo por el Interventor, no cabe identificar, sin más, deslealtad en la administración de los caudales públicos subsumible en el tipo de malversación del artículo 432.1 CP, vigente al tiempo de los hechos.

Como tampoco es posible identificar en los *hechos acusados* ni en los *hechos probados* el más mínimo trazo fáctico de fraude del artículo 436 CP, pues no se describe con la mínima precisión exigible la concertación o el artificio diseñado y puesto en marcha con la finalidad, asumida por el agente, de defraudar a la Administración en los procesos de contratación, aunque el tipo no exija como presupuesto de consumación la producción del perjuicio patrimonial -vid. SSTs 884/2013, de 8 de mayo; 673/2016, de 21 de julio-.

11. Con relación al hecho b) de la acusación, el hecho global declarado probado tampoco permite la subsunción en el tipo de malversación. No solo los trabajos facturados y pagados al Sr. Miguel fueron efectivamente realizados respondiendo todos ellos, además, a finalidades públicas, sino que tan siquiera se declara probado que las objeciones de la interventora realmente concurrían o que se causó perjuicio a las arcas municipales.

La acusación tenía la carga de sostener como hechos justiciables nucleares que el hoy recurrente, con el ánimo de desatender sus obligaciones para la buena administración del patrimonio público y en concierto fraudulento con un proveedor, incumplió la normativa reguladora de la contratación pública, causando un concreto perjuicio derivado de dicho incumplimiento. Sin embargo, solo se limitó a describir lo que la interventora manifestó al recurrente sobre la conveniencia de abrir un procedimiento de concurso público para la contratación del servicio y a precisar que dicha interventora reparó una sola factura por importe de 2.700,17 euros.

El reflejo de *lo acusado* en el *hecho probado global* -en el que no se destila del dato de prueba [el contenido del informe de la interventora] lo que se considera acreditado y, además, se afirma que las obras facturadas fueron efectivamente realizadas, respondiendo a fines incontestables de utilidad social, y pagadas sin ocultarlo a la intervención- tampoco permite identificar conducta desleal y fraudulenta.

12. Y con relación al hecho c), objeto de acusación, también el hecho global declarado probado plantea significativos óbices de subsunción en el tipo de malversación por gestión desleal del artículo 432.1 CP, texto de 2015, y por correspondencia normativa, ex artículo 2.2 CP, con el actual artículo 252 CP.

Si como se concluye por el tribunal provincial, inserto en la fundamentación jurídica, la resolución dictada por el recurrente indicando a la gestoría cómo debía proceder para la liquidación de haberes no puede calificarse de arbitraria ni cabe, tampoco, excluir el fundamento causal y material del importe del salario finalmente percibido -lo que debilita la atendibilidad de las conclusiones alcanzadas por la interventora-, solo resta como comportamiento desviado su actuación por la que obtuvo el pago efectivo de la cantidad liquidada como nómina, sin contar con las otras dos firmas exigidas.

Pero esta conducta, por sí, aun su irregularidad, no puede ser calificada de administración desleal.

Debe insistirse, una vez más, en que el tipo, además de conductas que excedan las facultades de administración o de gestión del patrimonio confiado, exige perjuicio mensurable al patrimonio administrado. Y, en el caso, dicho perjuicio ni tan siquiera se determina.



La simple infracción de los procedimientos de cobro de un crédito que ostentaba el recurrente frente al Municipio por el trabajo desarrollado como alcalde, y cuyo justo fundamento causal y material no puede descartarse, como se afirma por el tribunal de instancia y se valida por la sentencia recurrida, podrá constituir algún tipo de ilícito, pero no, desde luego, administración desleal.

Insistimos. Las infracciones de las reglas de la buena gestión, aunque puedan constituir actos de desviación de poder por concurrir arbitrariedad, si no comportan perjuicios para el patrimonio público -y, en el caso, nada se declara acreditado al respecto- no implican delito de malversación, en la versión previa a la reforma operada en 2022. Se sustituiría el objeto de protección -el patrimonio público- por otros como el de la legalidad presupuestaria o la corrección de los procedimientos administrativos, con un indeseable efecto expansivo del tipo.

En el caso, la actuación del recurrente que se declara probada para cobrar su nómina reúne notas de arbitrariedad, ciertamente, pero el hecho probado no nos permite una reformulación normativa que, en los términos y con los límites del artículo 902 LECrim, nos permita decantar, al hilo del recurso de la defensa, con absoluta claridad las notas de la prevaricación del artículo 404 CP.

El éxito del primero de los motivos priva de contenido revocatorio a los otros dos formulados.

CLÁUSULA DE COSTAS

13. Las costas del recurso se declaran de oficio.

FALLO

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

Haber lugar al recurso de casación promovido por la representación del Sr. Fermín, contra la sentencia de 17 de febrero de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, cuya resolución casamos y anulamos con el alcance que se precisará en la sentencia que a continuación se dicte.

Las costas de esta casación se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2082/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de junio de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional número 2082/2021, interpuesto por Fermín contra la sentencia núm. 12/2021 de fecha 17 de febrero de 2021 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.



ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación procede dejar sin efecto la condena impuesta a la recurrente Sr. Fermín .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Absolvemos al Sr. Fermín de los delitos por los que había sido condenado en la sentencia de instancia, confirmada por la recurrida.

Procede que por la Audiencia Provincial se de traslado del testimonio íntegro de las actuaciones seguidas a la Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas por si pudiera decantarse algún tipo de responsabilidad contable por parte del Sr. Fermín en su actuación como Alcalde.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 2082/21.

Con el respeto que me merece la decisión de la mayoría, a mi juicio el recurso interpuesto por el acusado frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura debió ser desestimado, por tratarse de una resolución judicial certeramente fundada en Derecho y que analiza perfectamente las cuestiones planteadas en la instancia.

Recordemos que, en este caso, se enjuiciaba la conducta de Fermín , en su condición de Alcalde de Aldeacentenera (Cáceres), sobre la base de tres tipos de hechos: las facturas abonadas a un nuevo arquitecto que se había contratado unilateralmente por el acusado para llevar a cabo cuatro proyectos de obras, prescindiéndose del anterior, describiendo el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación con todo detalle los referidos proyectos, los reparos del Secretario municipal a tal forma de proceder, reseñándose por la sentencia recurrida el resultado de la prueba, y su sentido en los hechos probados de la Audiencia Provincial. Se trata del cobro de cuatro facturas abonadas a un estudio de arquitectura (Fhoma Arquitectura, 39.693 euros). Se debatió en el juicio oral sobre si el encargo de tales proyectos podría haberse hecho a los servicios técnicos municipales que prestan los arquitectos de la Diputación Provincial. La acusación lo era por malversación en concepto de administración desleal (LO 1/2015). Y así se estimó en la instancia de conformidad con el Gabinete Jurídico de dicha Diputación Provincial.

Los segundos hechos acusados, están referidos a otra contratación, igualmente gestionada por el acusado a una empresa de la localidad, servicios que fueron prestados a lo largo del año 2017, y los reparos igualmente que sobre tal forma de actuación se pusieron de manifiesto por el Secretario Municipal. Se trataba del abono a Miguel por un importe total de 30.624 euros.

En este caso, se abonaron pagos mensuales ordenados de forma unilateral por el acusado, al no existir contrato en el Ayuntamiento que diera soporte a tales pagos, lo que fue puesto de manifiesto por la Sra. Secretaria-Interventora de la corporación municipal, en informe de reparo, como consta en autos. No obstante lo cual, el acusado ordenó el pago de la factura.

Y el último grupo, lo constituye el cobro de nóminas y devengos pecuniarios del acusado, en contra del parecer del Consistorio municipal, y hay que tomar en consideración, como así lo dice la sentencia recurrida, acertadamente, que ningún devengo de nóminas o en concepto de vacaciones retribuidas son ajenas al contenido del apartado C del escrito de acusación del Ministerio Fiscal (3.704 euros).

Tal acusado fue condenado en sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, como autor de un delito continuado de malversación en concurso medial con un delito continuado de fraude. La defensa interpuso recurso de apelación alegando vulneración de los principios acusatorio, de presunción



de inocencia e *in dubio pro reo*. El Tribunal Superior de Justicia, como hemos dicho, desestimó el recurso de apelación.

Ahora en casación, en los motivos formalizados por el recurrente no se pone objeción, en momento alguno, sobre su subsunción jurídica, ya que se desarrollan exclusivamente tres motivos: uno, por vulneración del principio acusatorio; otro, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, y finalmente, un tercero, por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en autos.

Con respecto al primero, que es el que acoge la sentencia de la mayoría, no puedo compartir que el acusado no supiera de qué estaba siendo acusado, ni que existiera una quiebra sustancial entre lo afirmado por las acusaciones y lo declarado probado en los hechos de la sentencia de primer grado jurisdiccional. Comporta una estampa, a mi juicio, incontestable, que los tres grupos de hechos que sostenían las acusaciones, constituyeron el título de imputación, los tres episodios históricos se debatieron en el juicio oral, y los tres fueron objeto de enjuiciamiento en las dos instancias precedentes. No atisbo indefensión alguna por parte del ahora recurrente, razón por la cual el motivo debió ser desestimado. Ni los hechos probados tienen que ser copia exacta de los expuestos en las acusaciones, ni el acusatorio se vulnera cuando se consignan otros elementos que orbitan las referencias fácticas a lo que es objeto de acusación. Y aquí, tales grupos de hechos (arquitecto y empresa contratados unilateralmente, con reparos del técnico de control de ayuntamiento, cumpliendo escrupulosamente con su función, defendiendo los intereses de la corporación), fueron la base de la acusación y, dicho sea de paso, el soporte jurídico de la condena, en unión del cobro de unos honorarios o devengos personales, que engrosaron el pecunio del acusado, que igualmente parece que no debieron llevarse a cabo contra el parecer de la corporación municipal, sobre la que el alcalde es su primer servidor.

Repetimos estos tres hechos fueron completamente debatidos en el juicio oral, en tanto eran el soporte fáctico de las acusaciones. No alcanzamos a comprender el grado de sorpresa que muestra el recurrente.

Los otros dos motivos del recurso tampoco debieron ser estimados. Pero la sentencia de la mayoría ya no se detiene en ellos, al ser estimado el primero.

En consecuencia, desde mi punto de vista, el recurso debió ser desestimado, por compartirse en este Voto, tanto la sentencia de primer grado, como la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Fdo.: Julián Sánchez Melgar