

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2024**

Nº de Recurso: **51/2024**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SALA DE LO CIVIL Y PENAL ROLLO DE APELACION NUMERO 51 DE 2024 AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA ROLLO NUMERO 28 DE 2021 JUZGADO DE INSTRUCCION DE SEPÚLVEDA PROCEDIMIENTO ABREVIADO NUMERO 208 DE 2018

**SENTENCIA Nº XXX/2024-** Señores: EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ ILMO. SR. D. CARLOS JAVIER ÁLVAREZ FERNÁNDEZ ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. BLANCA ISABEL SUBIÑAS CASTRO En Burgos, a veintiséis de septiembre de dos mil veinticuatro. La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de Segovia seguida por un delito de prevaricación administrativa contra Maximiliano, cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, representado por el Procurador D. Alfredo Jesús Polo Alonso y defendido por el Abogado D. Diego Quintanilla López-Tafall y contra Jose Pablo representado/a por el Procurador D. Alfredo Jesús Polo Alonso y defendido por el/la Abogado D. Fernando Polo Puentes; en virtud de recurso de apelación interpuesto por la acusación particular conformada por D. Saturnino, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Carmen Pilar de Ascensión Díaz y asistido del Letrado/a D. Gonzalo Ruiz García; y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Segovia de que dimana el presente Rollo de Sala dictó sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos:

"El acusado Jose Pablo, con DNI NUM000, de nacionalidad española, mayor de edad y sin antecedentes penales, ostentó el cargo de Alcalde de Maderuelo desde 1.974 hasta junio de 2.019. El acusado Maximiliano, con DNI NUM001, de nacionalidad española, mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan, es Secretario e Interventor del Ayuntamiento de Maderuelo por concurso oposición desde el 25 de abril de 2.003 hasta la fecha. En el municipio se encuentra ubicada la ermita de la Veracruz de Maderuelo goza de la declaración de elemento protegido, según la legislación del patrimonio artístico desde el 6 de diciembre de 1.924. Se rige por sus normas urbanísticas aprobadas el día 28 de junio de 2004 por la Comisión Territorial de Urbanismo de Segovia que se publicaron en el B.O.P. nº875 de 24 de junio de 2005. Posibilitado por la mayoría que tenía n la corporación municipal Jose Pablo, decidió que el Ayuntamiento de Maderuelo construyera un "Centro de la interpretación de la Villa de Maderuelo: Aula de Naturaleza y tienda Bar", en las inmediaciones de la ermita de la Veracruz (a menos de 250 metros de la misma), en un terreno del ayuntamiento considerado según las Normas Urbanísticas aprobadas por la Comisión Territorial de Urbanismo de Segovia (28 de junio de 2004), en su artículo 218 como suelo rústico con Protección Natural 2, por tanto clasificado como no urbanizable protegido o especialmente protegido, lo que justificaba como medio para favorecer el turismo en la localidad, prestando servicios a las personas que visitan Maderuelo, en orden a conocer su importante patrimonio cultural y natural. Los inicios del proyecto son del año 2009. La obra se realizó en 2012.

Para la realización del proyecto se solicitó y obtuvo un préstamo de 300.000 euros por el FOMIT, gastando su totalidad y 174.202 euros más en la ejecución, que se llevó a cabo en parte, sin completarlo, priorizando la construcción del establecimiento Bar y sin ejecutar el Aula de la Naturaleza ni en el período inicial ni en la prórroga posterior. El préstamo se formaliza el 23 de diciembre de 2010, disponiendo un plazo de 4 años para ejecutar la inversión. Por Orden de 8 de octubre de 2014 de la Consejería de Cultura y Turismo prórroga la ejecución hasta el 23 de diciembre de 2016 y la justificación hasta 23 de enero de 2017. El Ayuntamiento pidió una segunda prórroga que es denegada por orden de 1.12.2016. Por Resolución de 26 de julio de 2017 de la Dirección General de Turismo, se acordó la declaración de incumplimiento y reintegro parcial del préstamo concedido al Ayuntamiento de Maderuelo por orden de 24 de noviembre de 2010 de la Consejería de Cultura y Turismo, contra la que se formuló recurso por el Ayuntamiento, desestimado por Orden

de 17 de diciembre de 2017 de la Consejería de Cultura y Turismo, recurrida en la jurisdicción contencioso-administrativa, y confirmada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 902/2019 de 21 Jun. 2019, Rec. 239/2018.

El acusado Jose Pablo, autorizó la realización y ejecución de todas las obras anteriores.

El inicio de actividades del citado Bar-Restaurante se produjo en julio de 2012, careciendo de la autorización de uso del suelo de la Comisión Territorial de Urbanismo y de la licencia ambiental. En cuanto a la licencia ambiental, el Ayuntamiento de Maderuelo fue sancionado por el funcionamiento del establecimiento (bar-restaurante) situado en la zona de la Ermita de la Cruz (Veracruz) sin licencia ambiental. En virtud de resolución de 10 de febrero de 2015 de la Dirección General de Calidad y Sostenibilidad Ambiental por la que se resuelve el expediente sancionador en materia de prevención ambiental N° SG PA 13 2014 por infracción a la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, con multa de 2.000,1 euros como responsable de la comisión de una infracción administrativa de la Ley 11/2003 de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León calificada como grave y tipificada en el art. 74.3.a por el ejercicio de una actividad sin la preceptiva licencia ambiental siempre que no se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o no se haya puesto en peligro la seguridad o salud de las personas, sanción contra la que se interpuso recurso de alzada inadmitido por presentado fuera de plazo por resolución de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de 23 de noviembre de 2018 (Acontecimiento 210 de las actuaciones). Durante la tramitación de ese expediente sancionador el Ayuntamiento tramitó expediente para la obtención de licencia ambiental y dictó resolución, Decreto de la Alcaldía 14/2015, acordando concederla con las medidas correctoras propuestas por la comisión de prevención ambiental. En cuanto a la licencia de uso del suelo rústico, en fecha 6 de febrero de 2015 se adoptó Acuerdo de la Comisión Territorial de Medio Ambiente y Urbanismo de la Junta de Castilla y León: "1º.- Autorizar el uso excepcional en suelo rústico para el proyecto denominado centro de interpretación de la villa de Maderuelo aula de la naturaleza y tienda-bar-restaurante" del que se ha eliminado la parte correspondiente a centro de interpretación-aula de la naturaleza en parcelas 5473, 5474, 5475 y 519 del polígono 1 en el término municipal de Maderuelo promovido por el Ayuntamiento [SR-049113 (AUT)], condicionado al cumplimiento de las determinaciones contenidas en los informes que obran en el expediente y sin perjuicio de las competencias atribuidas a otras Administraciones. En particular, la Confederación Hidrográfica del Duero respecto a la afección a la zona de policía del Embalse de Linares del Arroyo (rio Riaza), significando asimismo al Ayuntamiento que con carácter previo a la concesión en su caso de la correspondiente licencia municipal se deberá dar cumplimiento a la obligación de vincular el terreno al uso autorizado en los términos establecidos en el artículo 308 c) del RUCYL".

El "Bar-Restaurante Vera Cruz", fue gestionado directamente, por el Ayuntamiento de Maderuelo, dictándose resolución por la Tesorería General de Seguridad Social de 22 de junio de 2102 de reanudación de actividad de empresa en la actividad de restaurante y puestos de comidas. El Bar Restaurante Veracruz se atiende con personal laboral, desde 2.012 a 2018 prestaron servicios alrededor de 69 personas, todas ellas por contratación directa. En ese tiempo se formuló una oferta pública de empleo el día 27 de junio de 2.017 para cubrir los puestos de un cocinero y dos camareros.

El 2 de junio de 2.014 el Ayuntamiento de Maderuelo presentó en el Servicio Territorial de Fomento escrito solicitando autorización para realizar actuaciones en la Carretera SG-945, para la mejora de la intersección en el P.K. 15+500 de la carretera SG-945. El 21 de agosto de 2014 se presenta en el Servicio Territorial de Fomento solicitud de autorización por parte de D. Narciso, en representación del Ayuntamiento de Maderuelo, para la mejora de la intersección en el P.K. 15+500 de la carretera SG-945, acompañado de documentación técnica en formato digital (Proyecto de ejecución de nueva glorieta de acceso al municipio de Maderuelo por la carretera SG-V-9113 desde la carretera SG94S, P.K. 15+500). El 29 de agosto de 2.014 el Servicio Territorial de Fomento de Segovia de la JCYL concedió autorización al Ayuntamiento de Maderuelo para la documentación presentada el 21 de agosto de 2.014 "Proyecto de Ejecución de Nueva Glorieta de Acceso al Municipio de Maderuelo por la carretera SG-V-9913 desde la carretera SG-945 P.K. 15+550 (correspondientes a los P.K. 15+200 al 15+436). El 11 de diciembre de 2.014 don Maximiliano en relación con dichas obras emitió informe expresando que la repercusión económico-financiera del ejercicio de la competencia no resultaba asumible por el Ayuntamiento sin incumplir los establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera/ la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. Jose Pablo decidió la ejecución de las obras mediante resolución de Alcaldía 199/2014 de 14 de diciembre de 2.014. Al ejecutarse las obras se varió ligeramente el trazado de la carretera. El 5 de enero de 2.015 el Jefe del Servicio Territorial de la Junta de Castilla y León, encontrándose ya modificado el trazado de la carretera, lo autorizó.

El acusado, Maximiliano, desarrolló labores en el "Bar Restaurante Veracruz", relativas al mantenimiento del funcionamiento, obtención de permisos de contratación de personal, proveedores, recibiendo por ello "gratificaciones por servicios extraordinarios, 1.850,00 euros acordadas en resolución de Alcaldía 30/2012

de fecha 03-08-2012 de 350,00 euros, resolución de Alcaldía 46/2012 de fecha 06-09-2012 de 500,00 euros, resolución de Alcaldía 57/2012 de fecha 04-12-2012 de 500,00 euros y resolución de Alcaldía 3/2013 de fecha 08-01-2013 de 500,00 euros”.

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, de fecha 27 de febrero de 2024, dice literalmente: “FALLO: Que debemos absolver y absolvemos a Jose Pablo y a Maximiliano de las acusaciones contra ellos formuladas, con declaración de costas de oficio.

Notifíquese la presente Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes y a los ofendidos y perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe RECURSO DE APELACION ante esta Audiencia para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de la última notificación de la sentencia que se tramitará conforme a lo establecido en los arts.790,791 y 792 de la LECR. Así, por esta nuestra Sentencia, que se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos”.

**TERCERO.-** Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Saturnino.

**CUARTO.-** Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a la acusación y al Ministerio Fiscal que lo impugnaron y elevadas las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el día 5 de junio del presente año, en que se llevaron a cabo. Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez, Presidente del Tribunal, quien expresa el parecer del mismo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- El hecho enjuiciado y la sentencia recaída.- A)** La Audiencia provincial de Segovia ha absuelto a los acusados Sres. Jose Pablo y Maximiliano de los delitos de los que venían acusados. El primero de ellos ostentó la condición de Alcalde de la localidad segoviana de Maderuelo desde 1974 hasta 2019 y el segundo era el Secretario-Interventor por concurso oposición de dicho Ayuntamiento desde el 25 de abril de 2003.

El relato sobre el que la Audiencia construyó su conclusión absolutoria pone de manifiesto que el mencionado Alcalde, posibilitado por la mayoría que ostentaba en el Ayuntamiento y con el fin de favorecer el turismo en la localidad, decidió la construcción de un “Centro de la interpretación de la Villa de Maderuelo: Aula de Naturaleza y tienda Bar”, en las inmediaciones de la ermita de la Veracruz que goza de la declaración de elemento protegido, según la legislación del patrimonio artístico desde el 6 de diciembre de 1924, y ello en un terreno clasificado como no urbanizable protegido o especialmente protegido.

Para la realización del proyecto se solicitó y obtuvo un préstamo de 300.000 euros por el FOMIT, que se gastó en su totalidad y 174.202 euros más en la ejecución, que se llevó a cabo en parte, sin completarlo, priorizando la construcción del establecimiento Bar y sin ejecutar el Aula de la Naturaleza, ni en el período inicial, ni en la prórroga posterior.

En efecto, el préstamo se formalizó el 23 de diciembre de 2010 y se disponía de un plazo de 4 años para ejecutar la inversión. Por Orden de 8 de octubre de 2014 de la Consejería de Cultura y Turismo se prorrogó la ejecución hasta el 23 de diciembre de 2016 y la justificación hasta 23 de enero de 2017 y solicitada por el Ayuntamiento una segunda prórroga, la misma fue denegada por orden de 1 de diciembre de 2016.

Ello llevó a que por Resolución de 26 de julio de 2017 de la Dirección General de Turismo, se acordase la declaración de incumplimiento y reintegro parcial del préstamo concedido al Ayuntamiento de Maderuelo por orden de 24 de noviembre de 2010 de la Consejería de Cultura y Turismo, y contra dicha decisión se formuló recurso por el Ayuntamiento, desestimado por Orden de 17 de diciembre de 2017 de la Consejería de Cultura y Turismo, Orden que fue recurrida en la jurisdicción contencioso-administrativa, y confirmada por sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid (sentencia 902/2019 de 21 de junio, Rec. 239/2018).

El inicio de actividades del citado Bar-Restaurante se produjo en julio de 2012, careciendo de la autorización de uso del suelo de la Comisión Territorial de Urbanismo y de la correspondiente licencia ambiental, por lo que fue sancionado el Ayuntamiento con multa de 2.000,1 euros como responsable de la comisión de una infracción administrativa de la Ley 11/2003 de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, calificada como grave. Durante la tramitación de dicho expediente sancionador el Ayuntamiento tramitó expediente para la obtención de licencia ambiental y dictó resolución, Decreto de la Alcaldía 14/2015, acordando concederla con las medidas correctoras propuestas por la comisión de prevención ambiental.

En cuanto a la licencia de uso del suelo rústico, con fecha 6 de febrero de 2015 se adoptó Acuerdo de la Comisión Territorial de Medio Ambiente y Urbanismo de la Junta de Castilla y León por el que se autorizaba

el uso excepcional en suelo rústico para el proyecto denominado Centro de interpretación de la villa de Maderuelo-Aula de la Naturaleza y tienda-bar-restaurante.

El "Bar-Restaurante Vera Cruz", fue gestionado directamente, por el Ayuntamiento de Maderuelo, dictándose resolución por la Tesorería General de Seguridad Social de 22 de junio de 2012 de reanudación de actividad de empresa en la actividad de restaurante y puestos de comidas, negocio que se atiende con personal laboral, prestando servicio desde 2012 a 2018 alrededor de 69 personas, todas ellas por contratación directa. En ese tiempo se formuló una oferta pública de empleo el día 27 de junio de 2017 para cubrir los puestos de un cocinero y dos camareros.

De otra parte, sigue narrando el *factum* de la sentencia impugnada, que con fecha 2 de junio de 2014 el Ayuntamiento de Maderuelo presentó en el Servicio Territorial de Fomento escrito solicitando autorización para la mejora de la intersección en el P.K. 15+500 de la carretera SG-945, autorización que fue concedida el día 29 de agosto de 2014 por el Servicio Territorial de Fomento de Segovia de la Junta de Castilla y León, emitiéndose informe por D. Maximiliano en el que expresaba que la repercusión económico-financiera del ejercicio de la competencia no resultaba asumible por el Ayuntamiento sin incumplir lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea.

El Alcalde decidió la ejecución de las obras mediante resolución de Alcaldía 199/2014 de 14 de diciembre de 2014.

Por último, dice el relato de hechos probados que el acusado Maximiliano desarrolló labores en el "Bar Restaurante Veracruz", relativas al mantenimiento del funcionamiento, obtención de permisos de contratación de personal, proveedores, recibiendo por ello gratificaciones por servicios extraordinarios que ascendieron a 3.700 euros, todas ellas acordadas en sendas resoluciones firmadas por el Alcalde.

**B)** En un notable esfuerzo de precisión, la sentencia identificó los hechos susceptibles de subsumirse en los tipos penales por los que se había formulado acusación, tratando de establecer el marco objetivo del procedimiento.

Así, siguiendo la pauta marcada por el Auto de transformación del Procedimiento Abreviado dictado por el Juzgado de Instrucción, destacó los siguientes:

- Los relativos a la construcción del Centro de Interpretación de la Naturaleza, bar, tienda y restaurante, el préstamo obtenido para ello, la priorización de la construcción del Bar-restaurante en detrimento del Centro de Interpretación, su ubicación en las inmediaciones de la ermita de la Veracruz, y la carencia de licencias urbanísticas y medioambientales.
- La gestión directa del bar por el Ayuntamiento, y la contratación de empleados sin oferta pública de empleo en las resoluciones de la alcaldía para los años 2013, 2014, 2015 y 2016.
- Las transferencias realizadas por el Ayuntamiento al Secretario de la Corporación.
- El expediente sancionador incoado por la Consejería de Fomento porque la edificación no guardaba la distancia mínima.
- La ejecución de obras en la carretera autonómica obviando las limitaciones legales, con el propósito de realizar mejora del acceso a la edificación.

**C)** Dicho relato había sido calificado por el Ministerio Público como un delito contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 del Código Penal, un delito de prevaricación administrativa del artículo 404, un delito de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408, y un delito de cohecho, el primero de ellos atribuido a ambos acusados, el segundo al Alcalde

Jose Pablo                      y los

dos últimos al Secretario de la Corporación.

**D)** Por su parte, la acusación particular, ahora recurrente, ordenó en 31 puntos las supuestas actividades ilícitas, puntos que ahora se reproducen para una mejor comprensión del objeto litigioso: 1) Construcción sin obtener previamente las autorizaciones de uso excepcional por parte de la Junta de Castilla y León ni las licencias urbanísticas y ambientales precisas. 2) No consta la aprobación de los Proyectos de obra por el Pleno de la Corporación. 3) Construcción de obras con Proyecto Básico y sin licencia. 4) No se cumple con la superficie mínima de parcela, ocupación máxima, edificabilidad y retranqueos establecido en el artículo 215, apartados o números 1, 2, 3, y 4 de las NUM. 5) En ningún caso se cumple el retranqueo de 10 m a linderos establecido

en el artículo 215 de la NUM en la parcela 5475 en su límite Sur. 6) Distancia a la ermita de la Veracruz. 7) No se ha ejecutado el Centro de Interpretación de La Villa de Maderuelo Aula de La Naturaleza que justificaba la construcción en suelo rústico. 8) Concesión de licencia urbanística de construcción sin condicionarla a la realización del Centro de interpretación o Aula de la naturaleza. 9) Concesión de licencia de actividad o ambiental. Actividad ilegal en ausencia del Centro de interpretación o Aula de la naturaleza. 10) Omisión de la incoación y tramitación de expediente de restauración de la legalidad urbanística, por el contrario se siguieron otorgando licencias de construcción y ambiental para proseguir con la actividad ilegal. 11) Se decidió llevar a cabo una actividad que no es un servicio público de competencia local y se implantó prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para gestionar directamente la actividad de bar-restaurante. 12) Licitación de las obras de construcción sin la preceptiva publicidad. 13) Falta de suscripción de contrato con la empresa "Construcciones y Excavaciones Salva S.L." 14) Pagos de facturas de la tercera fase (Aula de la Naturaleza) que nunca se inició. 15) Imposición de sanción por el funcionamiento del Bar Restaurante sin licencia ambiental. 16) Falta de informes de técnico municipal de los Proyectos de construcción A pesar de resultar preceptivos no se emitieron. 17) Expediente sancionador SG-21-2013. Incumplimiento de la distancia que debía respetar la construcción a la carretera SG-945 de Ayllón a L.P. Burgos. 18) Indebida modificación del trazado la carretera SG-945 de Ayllón a L.P. Burgos en el P.K. 15+500 y sanción (ACs 26, 40 y 242). 19) Ejecución de las obras en la carretera en contra del informe del Interventor que indicaba que no se cumplía con la regla de gasto. (AC 24, ZIP, doc. 14). 20) Financiación de las obras de construcción de la carretera. 21) Ejecución de escalera sin obtención de licencias y sanción. 22) Incumplimiento de la Regla de Gasto en los ejercicios 2.014 y 2.015, AC. 24, doc. 7 del ZIP 23) Gestión directa del bar Restaurante, no existiendo anexo o contabilidad separada de su explotación. 24) Contratación del personal sin cumplir con los requisitos de oferta pública de empleo y sin contrato 25) No aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de la plantilla de personal que ha prestado sus servicios en el Bar Restaurante La Veracruz. 26) Retribuciones extraordinarias a don Maximiliano por sus trabajos para el Bar Restaurante, sin que exista aprobación por el Pleno del Ayuntamiento 27) Ocupación por la vía de hecho durante años de finca 5.471 del polígono 1 de don Fulgencio y don Saturnino colindante a las parcelas donde se ha construido el Bar Restaurante Veracruz para acceso y aparcamiento de vehículos para servicio del Restaurante en contra de la voluntad de sus propietarios. 28) Imposición de sanciones con desviación de poder por parte del Ayuntamiento de Maderuelo a don Saturnino con la finalidad de que retirara pacas y eliminara aradas que impedían el paso al bar Restaurante. 29) Intento fallido y anulado por el TSJ de Castilla y León de expropiar fincas para conseguir acceso y aparcamiento para el Bar Restaurante Veracruz tratando de apoyarse en la ermita del mismo nombre. 30) No existía retención de crédito para la expropiación a pesar de certificarse lo contrario por don Maximiliano. 31) Colocación de carteles por la vía de hecho anunciadores del Bar Restaurante Veracruz en la finca de los hermanos Fulgencio y Saturnino sin su permiso, demandándoles por su retirada. Desestimación de la demanda del Ayuntamiento.

Y calificó los hechos como:

- un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 del Código Penal por la construcción del restaurante (puntos 1 a 7 y 16);
- un delito contra la ordenación del territorio del artículo 320.2 del Código Penal, por el otorgamiento de licencia urbanística (puntos 8 y 16);
- un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal (puntos 9, 11 y 13 a 31);
- un delito continuado de malversación de fondos públicos del artículo 432.1 del Código Penal en relación con el artículo 252 del Código Penal o alternativamente del artículo 432.2 del Código Penal en relación con el artículo 253, por los pagos de las facturas de la tercera fase (puntos 14, y 26).

De todos los anteriores acusó como autor al Alcalde de la localidad segoviana de Maderuelo, Jose Pablo, afirmando que los delitos contra la ordenación del territorio y de prevaricación de los apartados 1, 2 y 3 estarían en concurso real, mientras que el delito continuado de prevaricación del apartado 3 a su vez estaría en concurso medial con el delito de malversación de caudales públicos, del apartado 4.

Y en cuanto a la acusación formulada contra Maximiliano, Secretario del Ayuntamiento, calificó los hechos como:

- un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 del Código Penal, por la construcción del bar restaurante (puntos 1 a 7, 10 y 16);
- un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal en concurso medial con un delito continuado de malversación de fondos públicos del artículo 432 núm. 1 en relación con el artículo 252 o alternativamente del artículo 432 núm. 2 en relación con el artículo 253, todo ello como cooperador necesario;

y con carácter subsidiario como autor de un delito de omisión de perseguir delitos del artículo 408 del Código Penal.

### **SEGUNDO.- El recurso interpuesto por la acusación particular.-**

La acusación particular, que es la única parte que impugna la sentencia, dado el sorprendente aquietamiento del Ministerio Fiscal y del Letrado de la Junta de Castilla y León, comienza por refutar la delimitación de la cuestión litigiosa efectuada por la sentencia, que tomó en consideración los contornos dibujados por el Auto de transformación del Procedimiento Abreviado dictado por el Juzgado de Instrucción y dejó fuera algunos otros hechos apuntados en los escritos de acusación, denunciando, con base en ello, la quiebra de garantías procesales generadoras de indefensión; así como la correlativa falta de motivación de la sentencia al no decidir puntos controvertidos, mencionando a título de ejemplo el hecho de si al otorgarse las licencias urbanísticas y medioambientales el día 9 de febrero de 2015, se había dado cumplimiento a la obligación legal de vincular el terreno al uso autorizado en los términos establecidos en el artículo 308 c) del RUCYL, que había sido recordada mediante Acuerdo de 5 de febrero de 2015, dictado por la Comisión Territorial de Medio Ambiente y Urbanismo de la Junta de Castilla y León.

Y en cuanto al fondo del asunto, denuncia el error padecido por la Audiencia a la hora de valorar el material probatorio existente en las actuaciones -volviendo a denunciar la actitud del Órgano *a quo* al pasar por alto, en el relato fáctico de la sentencia impugnada y en la fundamentación de la misma, muchos de los hechos que sostienen su acusación-, así como la calificación jurídica efectuada, al ser susceptibles de subsumirse los hechos de los que la Audiencia no ha hecho mención en los tipos penales que le sirvieron para formular su acusación.

### **TERCERO.- Motivo consistente en la quiebra de las normas y garantías procesales por la indebida delimitación del objeto del proceso y por falta de motivación de la sentencia al no decidir sobre puntos controvertidos de relevancia para la decisión del fondo del asunto.-**

**A)** El motivo de impugnación que hace valer el recurrente en primer término no es otro que el rechazo de la sentencia apelada a tomar en consideración diversos hechos sobre los que se basaba la acusación, bajo la excusa de que excedían del Auto de transformación a Procedimiento Abreviado.

La cuestión planteada se refiere, en consecuencia, a la determinación del momento en el que se constituye el objeto litigioso, que la Audiencia sitúa en el Auto de Transformación de las Diligencias Previas a Procedimiento Abreviado y la acusación en un momento ulterior.

**B)** La STS 633/2023, de 20 de julio, ofrece un adecuado tratamiento en relación con el problema de la delimitación del objeto de enjuiciamiento y la necesaria vinculación de la acusación a los hechos investigados.

Según una pacífica doctrina el sujeto pasivo del proceso tiene derecho a conocer la imputación desde el mismo momento de su primera declaración y el Juez de Instrucción debe determinar los motivos de la misma en el auto regulado en el artículo 779.1.4 de la LECrim. Esta vinculación deriva de la vigencia del principio acusatorio pero está sujeta a importantes matices que han sido destacados por la Jurisprudencia. Aun cuando el principio acusatorio no aparezca expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, el artículo 24.2 CE protege ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales del proceso penal, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación para comprender un haz de garantías adicionales. Los derechos protegidos son el de defensa y el derecho a conocer la acusación como garantía de la imparcialidad judicial.

En efecto, el principio acusatorio en el proceso penal implica, de forma nuclear, que la persona investigada desde los primeros momentos sea informada del hecho punible, que tenga la posibilidad de declarar en relación con ese hecho y articular ya en la fase de instrucción el derecho de defensa y que, finalizada la investigación se produzca un acto de imputación judicial en la que se precise qué hechos y qué personas pueden ser objeto de acusación.

Posteriormente corresponde a la acusación determinar el hecho objeto de enjuiciamiento, en su doble dimensión fáctica y normativa, condicionando el contenido del enjuiciamiento y de la sentencia, que no podrá referirse a hechos diferentes.

La necesaria correlación entre los hechos investigados y los hechos que pueden ser objeto de acusación, cuya exigencia viene determinada por el derecho de defensa, tiene una manifestación de singular relevancia en el contenido necesario del auto que concluye la fase de investigación en el procedimiento abreviado. Conforme al artículo 779.1.4º de la LECrim, *"si el hecho constituyera delito de los comprendidos en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se imputan"*.

Es por ello que la acusación que posteriormente se formule no puede dirigirse contra personas que no hayan adquirido previamente la condición de imputadas (STC 186/1990, de 15 de noviembre y STS 1088/1999, de 2 de julio, entre otras) o referirse a hechos diferentes de los que han sido objeto de contradicción durante la instrucción, en el buen entendimiento de que resulta exigible una cierta coherencia, pero no un mimetismo absoluto, entre el contenido de este Auto y los ulteriores escritos de acusación.

La doctrina que se contiene en esta resolución -STS 633/2023, de 20 de julio- sostiene que no es exigible una vinculación fuerte o rígida que impida cualquier variación en los hechos. El relato del llamado auto de transformación no tiene por qué precisar todos los detalles. La función del citado auto es dar paso a la fase de enjuiciamiento de un material fáctico que en lo sustancial ha de ser respetado pero que puede ser objeto de precisiones, modulaciones y matizaciones, siempre que no conlleven una mutación esencial (STS 111/2022, de 10 de febrero). Señala esta última sentencia que la "determinación de los hechos punibles", conforme a lo dispuesto en el artículo 779.1. 4º de la LECrim, no es otra cosa que "una relación sucinta de hechos" similar a la que se exige en el procesamiento del sumario ordinario.

Y es que el objeto del proceso se delimita por vez primera en las conclusiones provisionales, que es donde se formaliza la pretensión punitiva, siendo las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional.

Y aunque la correlación entre el enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor en el Auto de transformación y el que luego asumen los escritos de acusación ha de ser interpretada con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral, si debe existir una cierta coherencia que impida una mutación sustancial de los hechos, con la consiguiente indefensión de quien se ve acusado por unos hechos completamente distintos a los que fundaron su declaración ante el Juez de Instrucción y sirvieron de base a la apertura del juicio oral.

**C)** Por su parte, la STS 743/2017, de 16 de noviembre (con cita de una muy pacífica Jurisprudencia recogida en la STS 633/2017, de 22 de septiembre) y la STC 50/2014, de 7 de abril de 2014 nos dicen que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso; lo que supone, en primer lugar, que la resolución judicial haya de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio). Ello conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. En los supuestos en los que la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente y aquéllos en los que la decisión resulta arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, la misma constituiría tan sólo una mera apariencia y no podría considerarse fundada en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre; 308/2006, de 23 de octubre; 134/2008, de 27 de octubre; por todas).

Dicha exigencia también resulta predicable de las sentencias absolutorias, porque como sostuvo la STC 169/2004, de 6 de octubre "...la motivación de las sentencias es exigible siempre, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio"; pese a que en las sentencias condenatorias el canon de motivación sea más riguroso que en las absolutorias porque cuando están en juego otros derechos fundamentales -vg. el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad (SSTC 62/1996, de 15 de abril; 34/1997, de 25 de febrero; 157/1997, de 13 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre; 116/1998, de 2 de junio; 2/1999, de 25 de enero; 147/1997, de 4 de agosto; 109/2000, de 5 de mayo).

Por el contrario -sigue diciendo esa pacífica Jurisprudencia- *"las sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el artículo 120.3 CE, es requerida siempre. No cabe por ello entender que una sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del por qué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad"* (STC 115/2006, de 24 de abril).

Lo anterior significa que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular, cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de Instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda,

vulnerándose de esta forma lo recogido en los arts. 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero); aunque efectivamente, no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre o 901/2014, de 30 de diciembre).

Corolario de lo anterior no es otro que la quiebra de este derecho fundamental, en este caso, el de la acusación a obtener una respuesta motivada en derecho a sus pretensiones punitivas, cuando la valoración judicial efectuada del material probatorio practicado en el plenario y, por tanto, la solución ofrecida por el Tribunal haya sido arbitraria, irrazonable o absurda, lo que no resulta identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés.

Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La STS anteriormente citada añade que la fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del "ius puniendi", para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre y 901/2014, de 30 de diciembre); por lo que hay que distinguir los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia –como es el caso que ahora nos ocupa-, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la motivación integrada por una mera aseveración apodíctica, entre otras concreciones.

**D)** Aplicando las anteriores teorías a lo que aquí se plantea, entendemos que, por un lado, el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción de Sepúlveda con fecha 19 de febrero de 2020 en el curso de las Diligencias Previas 208/2018, por el que acuerda que continúe la tramitación de las actuaciones por los cauces del Procedimiento Abreviado, afirma que existen indicios de criminalidad bastantes respecto de los encausados para poder acusarlos como autores de un delito de prevaricación y de un delito sobre la ordenación del territorio y urbanismo -D. Jose Pablo- y de sendos delitos de prevaricación, omisión del deber de perseguir delitos y colaborador necesario sobre delito de ordenación del territorio -D. Maximiliano-.

Y la Audiencia, por su parte, delimita los hechos que van a ser enjuiciados analizando el contenido de dicho Auto de transformación dentro del cual, sostiene, encajan sustancialmente los relatos de las acusaciones, en sus escritos de calificación provisional elevados a definitivas; y discrimina:

a) el relato relativo al Centro de Interpretación de la Naturaleza, bar, tienda y restaurante, su construcción, el proceso de construcción, el préstamo obtenido, las vicisitudes del préstamo por haberse priorizado la ejecución del bar, tienda y restaurante en perjuicio del centro de interpretación, su ubicación en las inmediaciones de la ermita de la Veracruz, y la carencia de licencias urbanísticas y medioambientales.

b) el atinente a la gestión directa del bar por el Ayuntamiento, y la contratación de empleados sin oferta pública de empleo en las resoluciones de la alcaldía para los años 2013, 2014, 2015 y 2016.

c) el hecho de haberse realizado diversas transferencias a D. Maximiliano, Secretario del Consistorio, por el propio Ayuntamiento, procedente del bar.

d) la referencia al expediente sancionador incoado por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León por no guardar la construcción la distancia mínima con un edificio histórico artístico.

e) la ejecución de obras por el Alcalde en la carretera autonómica obviando las limitaciones legales, con el propósito de realizar mejora del acceso a la edificación.

Y aunque parezca que no considera como objeto de enjuiciamiento y que, consecuentemente, no resuelve otros muchos extremos que fueron objeto de los escritos de las acusaciones, esencialmente de la ahora recurrente -entre los que cabe destacar las contenidas en los ordinales 14, 22, 27, 28, 29 y 31 del listado aportado por la propia recurrente, referidas a: a) al pago de facturas de la tercera fase (Aula de la Naturaleza) que nunca se inició; b) al incumplimiento de la Regla de Gasto en los ejercicios 2.014 y 2.015, AC. 24, doc. 7 del ZIP; c) a la ocupación por la vía de hecho durante años de finca 5.471 del polígono 1 de don Fulgencio y don Saturnino colindante a las parcelas donde se ha construido el Bar Restaurante Veracruz para acceso y aparcamiento de vehículos para servicio del Restaurante en contra de la voluntad de sus propietarios; d) a la imposición de sanciones con desviación de poder por parte del Ayuntamiento de Maderuelo a D. Saturnino con la finalidad de que retirara pacas y eliminara aradas que impedían el paso al bar Restaurante; e) al intento fallido y anulado por el TSJ de Castilla y León de expropiar fincas para conseguir acceso y aparcamiento para el Bar Restaurante Veracruz tratando de apoyarse en la ermita del mismo nombre; y, f) a la colocación de carteles por la vía de hecho anunciadores del Bar Restaurante Veracruz en la finca de los hermanos Fulgencio y Saturnino sin su permiso-, una adecuada lectura de la resolución impugnada evidencia que tal omisión no fue tal.

La Audiencia analiza las distintas figuras delictivas por las que, tanto el Ministerio Público como la acusación particular, ahora recurrente, ejercieron la acusación y va incardinando en cada una de ellas los hechos que la propia acusación detalla como susceptibles de enjuiciamiento con los ordinales 1 a 31.

Así, en el tercer fundamento de derecho de la sentencia comienza el análisis del delito contra la ordenación del territorio del artículo 320.1º del Código Penal por el que se formuló una de las acusaciones y en el folio 22 sostiene que al mismo le corresponderían los números 1 a 6, la 10 y la 16. Al folio 33 de la resolución analiza la acusación formulada por un delito del 320.2º, vinculando al mismo las conductas descritas en los ordinales 8 y 16.

En el fundamento de derecho séptimo -f. 34-, al analizar la acusación por un delito de prevaricación genérica del artículo 404 del Código Penal, sitúa los hechos descritos con los ordinales 9, 11 y 13 a 31 de la lista propuesta por la acusación particular ahora recurrente.

Quedarían, quizás, extramuros de la formal imputación las conductas descritas en el ordinal 7 -todos los demás aparecen mencionados de forma expresa-, pero debemos advertir que aunque no se hayan mencionado con el número que la distingue, sí que se ha dado respuesta concreta al hecho que la motiva; analizándose el hecho de no haberse ejecutado el "Centro de Interpretación de la Villa de Maderuelo, Aula de la Naturaleza" -que es el que se menciona en dicho número- en el fundamento décimo segundo -f. 47 in fine-.

Por tanto no puede prosperar el motivo -dos en realidad- consistente en la quiebra de las garantías procesales, al no haber incluido en la formal imputación todos y cada uno de los hechos que sirvieron de base a las acusaciones vertidas contra los acusados y por no haber dado respuesta en la sentencia a puntos que fueron objeto de la controversia, por cuanto aparece correctamente delimitado el objeto de la imputación y la sentencia razona acerca de todos y cada uno de los extremos discutidos, sin que quepa decir que resulten absurdas o arbitrarias las valoraciones por ella efectuadas.

#### **CUARTO.- Consideraciones previas acerca del recurso de apelación penal contra sentencias absolutorias en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.-**

**A)** La adaptación a las exigencias constitucionales y europeas llevada a cabo por la reforma operada en la LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, en relación con el recurso de apelación impide condenar al acusado que haya resultado absuelto en primera instancia o agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas cuando el motivo esgrimido sea, precisamente, dicho error.

En tales casos, el Tribunal *ad quem* podrá anular la sentencia siempre que *se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada* (art. 790. 2º, 3), debiendo concretar *si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa* (art. 792. 2º, 2).

Por su parte, la STS 58/2017, de 7 de febrero nos dice que el motivo adecuado para la impugnación de las sentencias absolutorias y su sustitución por otra de condena es el que, residenciado en el ordinal 1º del artículo 849 LECrim, tiene por fundamento la infracción de ley.

En otro orden de cosas, la STS 363/2017, de 19 de mayo -con cita de las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 21/2009, de 26 de enero, 24/2009 de 26 de enero o 191/2014, de 17 de noviembre, entre otras-, recuerda la quiebra de los principios de publicidad, intermediación y contradicción integrados en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de nuestra Constitución que supone una condena *ex novo* a la hora de resolver un recurso de apelación contra una sentencia que en la primera instancia hubiera sido absolutoria, por cuanto que toda condena -afirma- para ser fiel a aquellos principios *debe fundarse en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que la dicta y desarrollada en un debate público en el que se dé oportunidad para la contradicción de la totalidad del acervo probatorio*.

Por ello -sigue diciendo- *cuando en fase de recurso se plantean cuestiones de hecho relacionadas directa o indirectamente con la valoración de pruebas personales de las que depende la condena ex novo del acusado, resulta imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, intermediación y contradicción exigen que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. El órgano de apelación no puede operar una mutación de los hechos probados que revierta la absolución en condena, si no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público con posibilidad de contradicción*.

De todo ello se deduce que existen dos vías para la pretendida modificación de una resolución absolutoria, bien que la impugnación se base en una errónea valoración del material probatorio, bien que se fundamente en una diversa interpretación de una norma. En aquel supuesto, esto es, cuando la revisión condenatoria se realice modificando la apreciación de los hechos se debe ser especialmente cuidadoso con los antedichos principios so pena de incurrir en una nulidad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en no pocos supuestos (por todas, Sentencias de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández)).

En éste, resulta admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica como sería modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España; de 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España; de 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España; de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España; de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España; de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España; y de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España).

En idéntica línea, el Tribunal Constitucional en SSTC 143/2005, de 6 de junio, 2/2013, de 14 de enero y 88/2013, de 11 de abril, ha descartado la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, *aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas*, insistiendo en que *"si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)"*.

**B)** De otra parte, ya hemos dicho en sentencias recientes (por todas, nuestra Sentencia de diez de abril de 2024, Rollo de Apelación 26/2024) que pese a que el papel que la apelación nos otorga no consiste en reevaluar la prueba que ya lo ha sido por el órgano "a quo", sino en revisar críticamente la valoración realizada por el mismo, rectificando la declaración fáctica y sustituyéndola por una propia si aprecia error en aquella función valorativa, pero respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la intermediación y justificando el cambio de criterio, en su caso, no en simples apreciaciones subjetivas sino en parámetros objetivos que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y motivándola adecuadamente, la STS 136/2022, de 17 de febrero ha situado los contornos del recurso devolutivo en una nueva dimensión, posibilitando un nuevo planteamiento de esta cuestión, desde que en 2015 se generalizara la doble instancia penal y ello con el fin de *dotar de coherencia sistemática y función al sistema de recursos en el proceso penal*.

En efecto, desde la STC 17/2000, de 31 de enero, se consideraba de manera pacífica que salvo en supuestos en los que se constatase una irracionalidad o una arbitrariedad en la valoración que de la prueba hubiera podido realizar el Tribunal de instancia, no cabía suplantar la apreciación hecha por el mismo de las pruebas

practicadas a su presencia, realizando así un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada, para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la de la Sala *ad quem*.

Es decir, no cabía a la hora de efectuar *el control de la racionalidad de la inferencia* -por utilizar las palabras de la STS 641/2020, de 26 de noviembre- *sustituir el criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal revisor. No se trata -decía- de sustituir una inferencia razonable por otra que también pueda serlo, sino de comprobar si el razonamiento del Tribunal sentenciador, que ha presenciado directamente toda la prueba, resiste el contraste con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos.*

Por ello, de acuerdo con esa pacífica línea jurisprudencial, al Tribunal Superior no le era dado *examinar toda la prueba practicada y establecer sus propias conclusiones fácticas tras su valoración*, sino que debía limitarse a verificar si el proceso valorativo realizado por el Tribunal inferior respecto de la prueba que había tenido en cuenta para condenar se había cursado dentro de las exigencias de racionalidad.

Sin embargo, desde la citada STS 136/2022, de 17 de febrero, que, además, resuelve un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por esta misma Sala, se entiende que la nueva forma de documentación de las actuaciones judiciales posibilita que la intermediación en la práctica de las pruebas pueda ser en gran parte percibida por el Tribunal de Apelación como si las mismas se hubieran practicado a su presencia y atribuye a éste -cuando de sentencias condenatorias se trata- plenas facultades revisoras.

Afirma literalmente dicha sentencia que *"el efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado".* Y lo justifica diciendo que *una apelación plenamente devolutiva es garantía, no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada... que tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia".* En otro caso carecería de razón de ser la doble instancia frente a una sentencia de condena.

Dice la sentencia que esta plena función revisora parecía haber sido olvidada por *"fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la STC 167/2002"*, e invoca la importante sentencia del Tribunal Constitucional 184/2013, cuando dice que *"toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002, no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".*

Así, pues, mientras en los casos de sentencias absolutorias, la acusación no puede pretender una nueva valoración de la prueba con la consiguiente revisión de los hechos que fueron declarados probados, *como una suerte de derecho a la presunción de inocencia invertida*, en los supuestos de sentencias condenatorias el Tribunal *ad quem* ostenta un poder de revisión omnímodo, toda vez que la intermediación, que en el pasado se consideraba un mecanismo de atribución absoluta de la facultad de valorar la prueba, en la actualidad, gracias a las modernas posibilidades de consignación y documentación de las actuaciones judiciales, no debe servir para atribuir al Juez de instancia *una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario*; ni puede confundirse -o identificarse-, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al Juez de instancia.

La intermediación -concluye el Tribunal Supremo- *no blindo a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del Tribunal superior.*

En efecto, el artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con las apelaciones contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, remite a los artículos 790,791 y 792 de dicha Ley Procesal Penal.

El artículo 792.2 establece que *"la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error*

en la apreciación de las pruebas en los términos del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa".

Por su parte, el párrafo 3º del artículo 790. 2 de LECrim afirma que "cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada".

Insuficiencia o falta de racionalidad, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento son, pues, las únicas razones sobre cuya realidad permitiría el legislador, con estimación del referido motivo de impugnación, decretar la anulación de la sentencia que adoleciese de tales vicios o agravar, en su caso, la condena por ella impuesta.

C) En el supuesto impugnado el recurrente, tras denunciar que el error padecido por la Audiencia a la hora de valorar la prueba impidió la inclusión en el relato fáctico de alguno de los hechos que sostenían su escrito de acusación, impugnó también la calificación jurídica realizada por el Tribunal a quo.

Buena prueba de ello es que en el suplico de su recurso ha terminado interesando que *se dicte sentencia por la que se anule la apelada, así como el juicio celebrado, y se vuelva a celebrar el mismo con otros Magistrados diferentes, pero también pide con carácter subsidiario que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se dicte otra de conformidad con las conclusiones definitivas que formuló esta parte.*

Y ello porque no ignora que los elementos impugnatorios por él desplegados tienden tanto a la modificación del relato fáctico que la Audiencia tuvo por probado como a combatir la subsunción que del mismo se efectúa en la tipología que sirvió de base a la acusación en su día desplegada.

Consecuentemente la función revisora que se nos encomienda no se contrae solamente al planteamiento de una eventual anulación de la sentencia impugnada después de efectuar un juicio de razonabilidad respecto de la misma -acreditada la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia-, sino que podría acoger una posible revocación de la conclusión absolutoria de entender que el relato fáctico es capaz de subsumirse en alguno de los tipos penales con base en los cuales se formuló la acusación.

Y ya adelantamos que ésta será la línea discursiva de nuestra respuesta, habida cuenta de que la Audiencia contestó cumplidamente –tal y como ya hemos convenido- a todos los hechos sobre los que se construyó aquella y de que existe anuencia, por más que se diga lo contrario, entre lo que dijo la acusación que sucedió y lo que la sentencia impugnada ha tenido por probado.

En efecto, y a riesgo de ser reiterativos, volvemos a remarcar que la resolución impugnada tiene por probado que el primero de los acusados, **D. Jose Pablo**, Alcalde la localidad segoviana de Maderuelo -que lo fue desde 1974 hasta 2019-, **decidió que el Consistorio construyera un "Centro de la interpretación de la Villa de Maderuelo: Aula de Naturaleza y tienda Bar"**, en las inmediaciones de la ermita de la Veracruz (a menos de 250 metros de la misma), en un terreno del Ayuntamiento considerado según las Normas Urbanísticas aprobadas por la Comisión Territorial de Urbanismo de Segovia (28 de junio de 2004), en su artículo 218 como suelo rústico con Protección Natural 2, por tanto clasificado como no urbanizable protegido o especialmente protegido; para cuya ejecución -cuyos inicios se remontan a 2009 y su construcción a 2012- se solicitó y obtuvo un préstamo de 300.000 euros por el FOMIT, gastando su totalidad y 174.202 euros más en la ejecución.

Que se priorizó la construcción del establecimiento Bar no llegándose a ejecutar el Aula de la Naturaleza ni en el período inicial ni en la prórroga posterior.

Que habiéndose formalizado el préstamo el 23 de diciembre de 2010, existía un plazo de 4 años para ejecutar la inversión, prorrogándose por Orden de 8 de octubre de 2014 de la Consejería de Cultura y Turismo la ejecución hasta el 23 de diciembre de 2016 y la justificación hasta 23 de enero de 2017; y que interesada una segunda prórroga por el Ayuntamiento la misma es denegada por Orden de 1 de diciembre de 2016, acordándose, por Resolución de 26 de julio de 2017 de la Dirección General de Turismo, la declaración de incumplimiento y reintegro parcial del préstamo concedido al Ayuntamiento de Maderuelo por orden de 24 de noviembre de 2010 de la Consejería de Cultura y Turismo -decisión recurrida y confirmada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en sentencia 902/2019, de 21 junio-

Sigue diciendo el relato fáctico que el inicio de actividades del citado Bar-Restaurante se produjo en julio de 2012, careciendo de la autorización de uso del suelo de la Comisión Territorial de Urbanismo y de la licencia ambiental.

*En cuanto a la licencia ambiental, el Ayuntamiento de Maderuelo fue sancionado por el funcionamiento del establecimiento (bar-restaurant) situado en la zona de la Ermita de la Cruz (Veracruz) sin licencia ambiental, iniciándose, durante la tramitación de ese expediente sancionador, expediente para la obtención de licencia ambiental.*

En cuanto a la *licencia de uso del suelo rústico*, mediante Acuerdo de la Comisión Territorial de Medio Ambiente y Urbanismo de la Junta de Castilla y León de 6 de febrero de 2015 se autorizó "el uso excepcional en suelo rústico para el proyecto denominado centro de interpretación de la villa de Maderuelo aula de la naturaleza y tienda-bar-restaurant"...condicionado al cumplimiento de las determinaciones contenidas en los informes que obran en el expediente y sin perjuicio de las competencias atribuidas a otras Administraciones...significando asimismo al Ayuntamiento que con carácter previo a la concesión en su caso de la correspondiente licencia municipal se deberá dar cumplimiento a la obligación de vincular el terreno al uso autorizado en los términos establecidos en el artículo 308 c) del RUCYL.

Este relato, en resumen, responde a los diez primeros puntos de los contenidos en el escrito de acusación al 12, al 13, al 14 y al 15, que la Audiencia resume bajo el genérico de *relato relativo al Centro de Interpretación de la Naturaleza, bar, tienda y restaurante, su construcción, el proceso de construcción, el préstamo obtenido, las vicisitudes del préstamo por haberse priorizado la ejecución del bar, tienda y restaurante en perjuicio del centro de interpretación, su ubicación en las inmediaciones de la ermita de la Veracruz, y la carencia de licencias urbanísticas y medioambientales; y referencia al expediente sancionador incoado por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León por no guardar la construcción la distancia mínima con un edificio histórico artístico.*

El segundo de los epígrafes que el fundamento tercero de la sentencia apelada destaca en su afán por identificar los hechos enjuiciables lo reseña con la referencia a **la gestión directa del bar por el Ayuntamiento, y la contratación de empleados sin oferta pública de empleo** en las resoluciones de la alcaldía para los años 2013, 2014, 2015 y 2016; y se refiere a él en el *factum* que tiene por probado diciendo que el "Bar-Restaurante Vera Cruz" fue gestionado directamente por el Ayuntamiento de Maderuelo (y) se atiende con personal laboral, prestando servicios, desde 2012 a 2018, alrededor de 69 personas, todas ellas por contratación directa, formulándose en ese tiempo una oferta pública de empleo el día 27 de junio de 2.017 para cubrir los puestos de un cocinero y dos camareros.

En estas conductas se concretarían las descripciones fácticas que la recurrente incorpora en los puntos 11, al 23, al 24 y al 25, de su escrito de acusación.

El apartado atinente a la **ejecución de obras por el Alcalde en la carretera autonómica obviando las limitaciones legales**, con el propósito de realizar mejora del acceso a la edificación, da respuesta a los puntos 16, 17, 18, 19, 20 y 21 del escrito de acusación y se describe en el relato de hechos de la sentencia diciendo que el 2 de junio de 2014 el Ayuntamiento de Maderuelo presentó en el Servicio Territorial de Fomento escrito solicitando autorización para realizar actuaciones en la Carretera SG-945, para la mejora de la intersección en el P.K. 15+500 de la carretera SG-945; que el 21 de agosto de 2014 se presenta en el Servicio Territorial de Fomento solicitud de autorización por parte de D. Narciso, en representación del Ayuntamiento de Maderuelo, para la mejora de la intersección en el P.K. 15+500 de la carretera SG-945, acompañado de documentación técnica en formato digital (proyecto de ejecución de nueva glorieta de acceso al municipio de Maderuelo por la carretera SG-V-9113 desde la carretera SG94S, P.K. 15+500); que el 29 de agosto de 2014 el Servicio Territorial de Fomento de Segovia de la JCYL concedió autorización al Ayuntamiento de Maderuelo para la documentación presentada el 21 de agosto de 2.014 "Proyecto de Ejecución de Nueva Glorieta de Acceso al Municipio de Maderuelo por la carretera SG-V-9913 desde la carretera SG-945 P.K. 15+550 (correspondientes a los P.K. 15+200 al 15+436); que el 11 de diciembre de 2014 don Maximiliano en relación con dichas obras emitió informe expresando que la repercusión económico-financiera del ejercicio de la competencia no resultaba asumible por el Ayuntamiento sin incumplir los establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera/ la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. Que Jose Pablo decidió la ejecución de las obras mediante resolución de Alcaldía 199/2014 de 14 de diciembre de 2.014. Que al ejecutarse las obras se varió ligeramente el trazado de la carretera; y que el 5 de enero de 2015 el Jefe del Servicio Territorial de la Junta de Castilla y León, encontrándose ya modificado el trazado de la carretera, lo autorizó.

Por último, la conducta imputable al Secretario del Ayuntamiento y coacusado en las presentes actuaciones que la Audiencia describió genéricamente como **el hecho de haberse realizado diversas transferencias a D. Maximiliano, Secretario del Consistorio, por el propio Ayuntamiento, procedente del bar**, y que da respuesta al ordinal 26 del escrito de acusación -retribuciones extraordinarias a don Maximiliano por sus trabajos para

el Bar Restaurante, sin que exista aprobación por el Pleno del Ayuntamiento-, se narra en el antecedente de hechos probados diciendo que *el acusado, Maximiliano, desarrolló labores en el "Bar Restaurante Veracruz", relativas al mantenimiento del funcionamiento, obtención de permisos de contratación de personal, proveedores, recibiendo por ello "gratificaciones por servicios extraordinarios, 1.850,00 euros acordadas en resolución de Alcaldía 30/2012 de fecha 03-08-2012 de 350,00 euros, resolución de Alcaldía 46/2012 de fecha 06-09-2012 de 500,00 euros, resolución de Alcaldía 57/2012 de fecha 04-12-2012 de 500,00 euros y resolución de Alcaldía 3/2013 de fecha 08-01-2013 de 500,00 euros.*

A este relato vamos, pues, a contraernos, recordando que la acusación ejercitada por la ahora recurrente lo fue por:

- un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 del Código Penal por la construcción del restaurante (puntos 1 a 7 y 16);
- un delito contra la ordenación del territorio del artículo 320.2 del Código Penal, por el otorgamiento de licencia urbanística (puntos 8 y 16);
- un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal (puntos 9, 11 y 13 a 31);
- un delito continuado de malversación de fondos públicos del artículo 432.1 del Código Penal en relación con el artículo 252 del Código Penal o alternativamente del artículo 432.2 del Código Penal en relación con el artículo 253, por los pagos de las facturas de la tercera fase (puntos 14, y 26).

De todos los anteriores se acusó como autor al Alcalde de la localidad segoviana de Maderuelo, Jose Pablo, afirmando que los delitos contra la ordenación del territorio y de prevaricación de los apartados 1, 2 y 3 estarían en concurso real, mientras que el delito continuado de prevaricación del apartado 3 a su vez estaría en concurso medial con el delito de malversación de caudales públicos, del apartado 4.

Y en cuanto a la acusación formulada contra Maximiliano, Secretario del Ayuntamiento, se calificaron los hechos como:

- un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 del Código Penal, por la construcción del bar restaurante (puntos 1 a 7, 10 y 16);
- un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal en concurso medial con un delito continuado de malversación de fondos públicos del artículo 432 núm. 1 en relación con el artículo 252 o alternativamente del artículo 432 núm. 2 en relación con el artículo 253, todo ello como cooperador necesario; y con carácter subsidiario como autor de un delito de omisión de perseguir delitos del artículo 408 del Código Penal.

#### **QUINTO.- Motivo consistente en la infracción de normas por inaplicación del artículo 320, 1 y 2 del Código Penal.-**

**A)** El precepto cuya inaplicación se invoca castiga a:

*1. la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio.*

*2. a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.*

Y se acusa por dichos tipos penales a ambos acusados, al Alcalde, Sr. Jose Pablo por este delito, en concurso real con un delito de prevaricación administrativa -bien por la construcción del restaurante, puntos 1 a 7 y 16 del escrito de acusación, bien por el otorgamiento de la licencia urbanística, puntos 8 y 16-; y al Secretario del Ayuntamiento, Sr. Maximiliano, por la construcción del bar-restaurante.

**B)** La acción típica recoge una doble modalidad, ya se trate de informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, ya de resolver o votar a favor de su concesión o como miembro de un organismo colegiado.

El recurso pretende la subsunción en el ordinal 1º de este precepto de las conductas relativas a la construcción del restaurante -puntos 1 a 6 y 16 de su escrito de acusación- y en el ordinal 2º de las atinentes al otorgamiento

de la licencia urbanística –puntos 8 y 16 del mismo-, y atribuye la responsabilidad penal tanto al Alcalde como al Secretario del Ayuntamiento involucrado.

**C)** La Audiencia, en conclusión que compartimos plenamente, comienza su razonamiento exonerando de toda responsabilidad al Secretario del Ayuntamiento respecto del que no se ha probado que, en relación con la controvertida construcción, se hubiera excedido en sus funciones, se irrogase funciones que le fueran ajenas tomando decisiones que no le correspondían o hubiese favorecido con informes favorables la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas.

Y, en efecto, según admite la propia acusación particular, fue el Alcalde, Sr. Jose Pablo, quien asumió la autoría de la obra calificándola de “beneficiosa” para el pueblo, quien *“aprovechando la mayoría que tenía en el Ayuntamiento decidió que el Ayuntamiento de Maderuelo construyera un bar restaurante”*; quien *“dio instrucciones para que se llevaran a cabo las obras correspondientes a la primera fase... sin haber obtenido autorización de uso excepcional de la Junta de Castilla y León y sin las preceptivas licencias de obra y ambiental”*; quien, en fin, *“dictó resolución aprobando la licitación”*.

De lo anterior se desprende la falta de intervención del Secretario en los hechos enjuiciados en el presente fundamento.

**D)** La prevaricación urbanística -que no es otra cosa el tipo penal que analizamos sino una variante de la genérica prevaricación administrativa, referida, eso sí, a *proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes-*, precisa de una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los administrados (STS 325/2024, de 17 de abril) y requiere la existencia de una contradicción flagrante y evidente con la legalidad vigente y una voluntad manifiesta y consciente de actuar en contra de ella.

La Jurisprudencia se ha preocupado en remarcar que *la conducta típica exige que la resolución que resulta arbitraria, en el sentido de que además de contraria a la razón, a la justicia y a las leyes, lo haga desviándose de la norma administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad que encubre una decisión dictada por el mero capricho de su autor para imponer su voluntad en modo alguno alcanzable con ningún método razonable y aceptable de interpretación de la ley; pero recuerda que el delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso administrativa en su labor genérica de control de sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar los supuestos límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado, o a los intereses generales de la administración pública, en un injustificado ejercicio de abuso de poder (STS 1015/2002).*

En definitiva, lo que castiga el tipo penal no es la mera ilegalidad -de cuya corrección se ocupa la jurisdicción contencioso administrativa- sino la arbitrariedad de la actuación.

**E)** Y las conductas que se atribuyen al acusado, y por las que se interesa su condena con base en este tipo penal, no son otras que la construcción de un bar-restaurante en suelo rústico con protección natural 2, clasificado como no urbanizable, protegido o especialmente protegido, sin haber obtenido previamente las autorizaciones de uso excepcional por parte de la Junta de Castilla y León ni las licencias urbanísticas y ambientales precisas; sin que se hubiesen aprobado los proyectos de obra por el Pleno de la Corporación que presidía y sin respetar la distancia de 250 metros a la Ermita de la Veracruz, edificio religioso especialmente protegido; y el otorgamiento de una licencia urbanística de construcción sin condicionarla a la realización del Centro de interpretación o Aula de la naturaleza y sin los necesarios informes del técnico municipal de Proyectos de construcción que, a pesar de resultar preceptivos, no se emitieron.

Es cierto que muchas de estas conductas, reflejadas en los correspondientes actos administrativos alumbrados por el acusado, fueron sometidos al tamiz de la jurisdicción contencioso-administrativa con desigual resultado y que esa circunstancia evidencia las dudas existentes sobre la legalidad de los mismos.

En efecto, el procedimiento contencioso ordinario 40/2020, concluido en primera instancia mediante sentencia de 14 de enero de dos mil veintidós -en el que era parte recurrente el ahora acusador particular y recurrido el Ayuntamiento de Maderuelo-, articulado frente a la desestimación de la solicitud de reposición de la finca del demandante a la situación que tenía con anterioridad a los trabajos de explanación efectuados por el Ayuntamiento de Maderuelo, cese de la actividad del Restaurante bar Veracruz y restauración de la legalidad urbanística, accedió al cese inmediato de la actividad declarando la ilegalidad de la resolución impugnada y suspendiendo los efectos de la licencia urbanística concedida mediante Decreto de 9 de febrero de 2015 para el proyecto Centro de Interpretación de la Villa de Maderuelo, Aula de la Naturaleza y tienda -bar- restaurante.

Más, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en respuesta al recurso planteado por la Administración demandada -Rollo de apelación 51/2022- revocó parcialmente aquélla, proclamando *la inexistencia de infracción manifiesta grave en el Decreto de 9 de febrero de 2015 de concesión de licencia*, aunque accedió al inmediato cese de la actividad autorizada con la referida licencia, al haberse constatado que se cumplía el presupuesto previsto en el artículo 361 RUCYL, dada la inexistencia de los 250 metros de distancia que exigía la norma entre la construcción litigiosa y la Iglesia de la Vera Cruz y existir, consecuentemente, una infracción urbanística grave o muy grave.

Con anterioridad, la sentencia dictada por esa misma Sala con fecha quince de marzo de 2019 -Recurso 39/2017-, en el que se discutía la legalidad del Acuerdo 13/2017, de 9 de marzo de la Junta de Castilla y León, por el que se declaraba *la urgencia de la ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa que precisaba el Ayuntamiento de Maderuelo (Segovia) para la ejecución del Proyecto de expropiación para acondicionamiento del aparcamiento y accesos a la Ermita de la Veracruz de Maderuelo*, había declarado la nulidad del mismo al no concurrir en la discutida expropiación -que lo era de unos terrenos anejos al Proyecto con objeto de acondicionar un aparcamiento y de unos nuevos accesos desde la carretera SG-945, en el entorno del PL 15+500, y ello con la finalidad de facilitar el acceso al entorno de la Ermita de la Vera Cruz y del centro de interpretación de la naturaleza y Bar-Restaurante-, la utilidad pública necesaria y, además, al no haber seguido el expediente de expropiación la tramitación legal.

En definitiva, podemos decir que la conducta del Consistorio y de quien, como cabeza del mismo, ha sido acusado por protagonizar la misma resultó más que discutible, bordeó, incluso, la legalidad -legalidad que en muchos casos fue puesta en entredicho por los que resultaron perjudicados a causa de su proceder-, pero no cabe afirmar que sea subsumible en el tipo de referencia, en el que lo que se persigue es, bien la realización de informes, bien la adopción de acuerdos, de instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, a sabiendas de su injusticia.

Y ello porque, con independencia de que ulteriormente fuera anulada por los Tribunales la construcción del bar restaurante *en suelo rústico con protección natural 2, clasificado como no urbanizable, protegido o especialmente protegido*, y sin respetar la distancia de 250 metros a la Ermita de la Veracruz, edificio religioso especialmente protegido -que es en definitiva el hecho que se imputa al acusado-, gozaba de la licencia urbanística concedida por la Junta de Castilla y León mediante Decreto de 9 de febrero de 2015, por lo que difícilmente cabe pensar que el Alcalde imputado fuese consciente de la injusticia de su proceder.

No podemos hablar de una infracción manifiesta, grave y arbitraria cuando existieron informes del Servicio de Protección Ambiental del Servicio Territorial de Medio Ambiente, de la Unidad de Ordenación y Mejora del Servicio Territorial de Medio Ambiente, del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social, del Servicio Territorial de Cultura y el Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo que avalaron la conducta enjuiciada.

Y lo mismo puede decirse del comportamiento consistente en otorgar la licencia sin condicionarla a la realización del Centro de Interpretación y obviando los preceptivos informes del correspondiente técnico, toda vez que no ha resultado acreditado sin el menor rasgo de duda que el Alcalde, pese a ostentar el cargo desde hacía décadas y presumirse en él, por tanto, un mayor conocimiento normativo que el se le supone a un lego en derecho, realizase dicha conducta con desprecio absoluto de la legalidad y en un manifiesto alarde de arbitrariedad.

Lo anterior determina que confirmemos la sentencia de la Audiencia provincial de Segovia en cuanto al particular relativo al delito de ordenación del territorio por el que fue acusado.

#### **SEXTO.- Motivo consistente en la infracción de normas por inaplicación del artículo 404 del Código Penal.-**

**A)** El artículo 404 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

En interpretación de este precepto, la Jurisprudencia ha reiterado -por todas, STS 841/2013, de 18 de noviembre- que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, garantizándose en el ámbito de la función pública el debido respeto del 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.

La STS de 11 de marzo de 2015 indica que el delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de

modo injusto por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia.

Por su parte, la STS 650/2023, de 19 de septiembre nos dice que a efectos de determinar la existencia o no de prevaricación debe ponerse el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho y en el ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad (STS. de 16 de octubre de 2009); circunstancias que deben de conjugarse con el conocimiento de la injusticia de la acción por parte de quien la realiza, que debe de actuar a sabiendas de que su proceder no se compagina con el ordenamiento jurídico sino tan solo con su voluntad particular.

Y en atención al principio de *última ratio* del derecho penal, se extraen de la competencia de esta rama del Derecho aquellos ataques a la legalidad que no sean evidentes, patentes, flagrantes o clamorosos.

**B)** La acusación que se despliega con base en este tipo penal se dirige contra los dos acusados, contra el Alcalde, Sr. Jose Pablo, con el carácter de delito continuado, por haber concedido una licencia de actividad o ambiental para una actividad ilegal en ausencia del Centro de Interpretación; por llevar a cabo una actividad que no es un servicio público de competencia local y haberlo implantado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para gestionar directamente la actividad de bar-restaurante; y, en fin, por todos los hechos que se describen en los puntos 13 a 31 del escrito de acusación, todos ellos relativos al funcionamiento del bar-restaurante y a los pagos de facturas de un proyecto, como el Centro de Interpretación, cuya construcción nunca se inició.

Y contra el Secretario Interventor del Ayuntamiento, Sr. Maximiliano, al que se atribuye la comisión en concepto de cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de fondos públicos, y ello por la explotación directa del bar Restaurante sin anexo o contabilidad separada de su explotación y por las retribuciones extraordinarias que percibió por los trabajos realizados en el mismo sin que existiera aprobación por parte del Pleno del Ayuntamiento -puntos 23 y 26-.

**C)** En verdad son múltiples las conductas de las que la acusación ahora recurrente pretende extraer una conclusión condenatoria con base en el tipo penal de la prevaricación administrativa prevista y penada en el artículo 404 de nuestro Código Penal, aunque todas ellas cabría subsumirlas en una que a nuestros ojos se antoja fundamental, a saber, la construcción de un bar-restaurante y su gestión como actividad indiferenciada de la propia gestión municipal en ausencia de la causa que lo motivó, que no fue otra que la construcción de un Centro de Interpretación de la Naturaleza, a cuyo alumbramiento estuvo condicionada la concesión de la licencia de construcción y de la licencia ambiental concedida por el Ayuntamiento para el origen y desarrollo de dicho negocio de restauración, y para el cual se interesó y se obtuvo un préstamo del FOMIT por importe de 300.000 euros, que se gastó en su totalidad junto con otros 174.202 euros más.

**D)** La arbitrariedad, dijo la STS 743/2013, de 11 de octubre, según recuerdan las SSTS 576/2021, de 30 de junio y la 439/2022, de 4 de mayo, aparece *cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley*. También cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. O cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

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

La prevaricación es el negativo fotográfico del deber con los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico previsto en el artículo 9.1 CE, que tiene un explícito mandato, referente a la Administración Pública en el artículo 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración que como piedra angular se cierran con el sometimiento de todos sus actos a la Ley y al Derecho. Y aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, *no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley* (STS 1497/2002, de 23 de septiembre), *o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor* (STS 878/2002, de 17 de mayo) *o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos* (STS 76/2002, de 25 de enero).

E) Podríamos convenir con la argumentación de la sentencia impugnada que conductas como el desarrollo de la actividad de restauración sin haber obtenido previamente la licencia de actividad -que luego se otorgó y que, incluso podría no resultar precisa al tratarse de un acto promovido por el Ayuntamiento en su propio término municipal-; la imposición de una sanción por el funcionamiento del establecimiento sin licencia ambiental; la contratación de los trabajadores del bar sin acudir al procedimiento de oferta pública de empleo; la imposición de sanciones a quien ahora ejerce la acusación particular -que fueron recurridas y anuladas por la jurisdicción competente-; el intento de expropiación de las fincas de propiedad de aquel con objeto de construir la carretera de acceso al establecimiento -que, de igual modo, anuló la Sala de lo Contencioso Administrativo-; la colocación de carteles anunciadores del Bar Restaurante Veracruz en la finca de los hermanos Saturnino -que mereció también un pleito civil-; o, en fin, la omisión de los informes técnicos en los proyectos de construcción acometidos por el Consistorio no rebasan los linderos del derecho administrativo ni penetran dentro de los contornos que limitan el delito analizado, pues no se deduce de ellos una flagrante contradicción con el ordenamiento jurídico, ni los impulsa la exclusiva voluntad de quien se ve investido de autoridad que, con manifiesto desprecio de la norma, sigue adelante con el plan que había concebido.

Pero hay un hecho que aparece distinto a nuestros ojos y en el que no participamos de la solución apuntada por la Audiencia, cual es la falta de ejecución del Centro de Interpretación de La Villa de Maderuelo, Aula de La Naturaleza, toda vez que dicho proyecto resultó ser el motor que impulsó todas las restantes conductas que aparecen enjuiciadas en el presente procedimiento y de todos y cada uno de los que se han sustanciado en la jurisdicción contencioso administrativa.

Dice la Audiencia que *no terminar un proyecto en plazo no es prevaricación, ni lo es el dejar de terminarlo. Tampoco lo es el gastar todo el importe de un préstamo solicitado y concedido para las tres fases de un proyecto en las dos primeras, que es lo que aquí aconteció.*

No podemos estar más en desacuerdo.

El iter de lo acontecido pone de manifiesto que el ahora acusado, que por su condición de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Maderuelo desde el año 1974 debía conocer perfectamente las exigencias legales a las que aparece sometida toda la actividad municipal, ideó la construcción de un Bar Restaurante en un entorno espacialmente protegido -en suelo rústico con protección natural 2, clasificado como no urbanizable, protegido o especialmente protegido, y sin respetar la distancia de 250 metros a la Ermita de la Veracruz, que es un edificio religioso especialmente protegido-, establecimiento que sería gestionado directamente por el municipio; y para hacerlo factible lo justificó con el anuncio de la construcción de un Centro de Interpretación, que serviría de justificación para hitos tan determinantes y tan necesarios como la concesión de la oportuna licencia -que no hubiera podido ser concedidas en otro caso dada la naturaleza del terreno-; la realidad de la utilidad pública justificativa de la expropiación de unas fincas en las que construir una carretera de acceso al mismo; la obtención de un préstamo con cargo a los fondos FOMIT por importe de 300.000 euros; o el gasto no ya de dicho importe sino de 174.202 euros más, sin que el objetivo que sirvió para la concesión de los mismos llegase a ver iniciada su construcción.

Todas estas circunstancias, evidentes, incluso, para una persona lega en derecho, invitan a entender como arbitrarias las decisiones bendecidas por el acusado con su firma quien, pese a la obligación que tenía de apoyar toda su conducta al frente del Consistorio en el asesoramiento del Secretario municipal -y aún en el supuesto increíble de que por éste no se realizase informe alguno de ilegalidad-, debió presumir no adecuado a derecho su proceder y su intervención en todo aquel proceso, iniciado y concluido para complacer, más que a la legalidad, a la voluntad particular de quien debía velar por su cumplimiento.

Ello evidencia que no se verificó un correcto ejercicio de la función pública que tenía encomendada y no se otorgaría una adecuada respuesta en derecho si nos limitásemos a corregirla -o a declarar que se corrigiera- por los mecanismos que proporciona el derecho administrativo pues, a través de ellas, podrían llegar a suavizarse los excesos jurídicos, y aún pecuniarios, ocasionados por la conducta enjuiciada -como así ha sido-, pero no se restituiría el daño ocasionado a esa función pública que se vio lastimada con la actuación.

Y al resultar cumplimentados todos los elementos de esta conducta típica -que tal y como recoge una constante jurisprudencia de la que es muestra la STS 441/2022, de 4 de mayo, son: 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho-, debemos revocar en cuanto a este particular la sentencia

dictada por la Audiencia y condenar al acusado como autor de un delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404; sin entender que dicha infracción disfrute de la continuidad pretendida por la acusación, dado que la conducta enjuiciada disfruta de una unidad natural de acción en la que todos los actos realizados por su autor resultan encaminados a un mismo y único fin, que no es otro que el abrir y explotar un establecimiento de restauración en un lugar especialmente protegido y en el que no habría podido hacerse de no haber estado integrado en un proyecto más ambicioso, que era el representado por el Centro de Interpretación-Aula de la Naturaleza, que fue el señuelo, en definitiva, que se utilizó para allanar los problemas legales que las circunstancias del caso planteaban.

**SÉPTIMO.- Motivo consistente en la infracción de normas por inaplicación del artículo 432, en relación con el 252 del Código Penal.-**

**A)** El siguiente motivo de recurso estriba en la inaplicación del artículo 432 del Código Penal por entender el recurrente cometido un delito de malversación por el acusado Sr. Jose Pablo, en relación con el artículo 252 -o, alternativamente, en relación con el 253-, ambos del Código Penal, bien por el pago de las facturas en la tercera fase de la proyectada construcción del Aula de la Naturaleza que nunca se inició, bien por los abonos de las cantidades percibidas por el otro acusado, D. Maximiliano, por sus trabajos para el Bar Restaurante, sin que existiera aprobación por el Pleno del Ayuntamiento.

Además, el recurso, que sitúa la comisión de dicho ilícito en una relación de concurso medial con el delito de prevaricación anteriormente analizado, estima como cooperador necesario del mismo al Secretario del Ayuntamiento, Sr. Maximiliano.

La sentencia impugnada afirma y así se admite por todos los litigantes, que el Sr. Maximiliano *desarrolló labores en relación con el bar así como que percibió las cantidades que se dicen como gratificaciones extraordinarias, acordadas por Decreto 28/2012 por servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada mensual en cantidad menor de la acordada*, que la acusación particular cifra – de acuerdo con el propio acusado- en un pago de 350 euros y tres de 500 euros cada uno.

**B)** El artículo 432 del Código Penal sanciona como responsable del delito de malversación *a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 -párrafo 1º- o del artículo 253 -párrafo 2º-* sobre el patrimonio público.

Fue la LO 1/2015, de 30 de marzo la que modificó el primigenio texto de la norma, que castigaba *"a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones"*, requiriendo la Jurisprudencia como elementos del delito (por todas, SSTS 1374/2009, de 29 de diciembre o 657/2013, de 15 de julio), los siguientes: a) que el autor sea funcionario público en los términos del artículo 24 del Código Penal o resulte asimilado a la condición de funcionario por la vía del artículo 435; b) que los efectos o caudales, en todo caso de naturaleza mueble, sean públicos, es decir, pertenezcan y formen parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma; c) que dichos caudales o efectos públicos estén *"...a su cargo por razón de sus funciones..."*, sin que sea exigible que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido (SSTS 2193/2002, de 26 de diciembre, y 875/2002, de 16 de mayo); d) que sustraiga o consienta que otro sustraiga, lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva -quebrantamiento del deber de impedir-, lo que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro y, por tanto, esencialmente dolosa; y, e) la exigencia del *ánimo de lucro* entendido, como los restantes delitos de apropiación, como el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino intención de tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.

Y bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (SSTS. 1404/1999, de 11 de octubre y 310/2003, de 7 de marzo).

**C)** En relación con este particular, vamos a centrarnos en las retribuciones extraordinarias abonadas a D. Maximiliano por sus trabajos extraordinarios para el Bar Restaurante, por cuanto el otro hecho en el que se basa esta acusación -pagos de facturas de la tercera fase (Aula de la Naturaleza) que nunca se inició-, como muy bien dice la sentencia apelada, ni se incluyó en el Auto de transformación dictado por el Juzgado de Instrucción, ni ha sido objeto de la necesaria actividad probatoria como para enervar la presunción de inocencia, dado que ni se ha traído al procedimiento a la empresa constructora para que explique las facturas sobre las que la acusación extiende sus más o menos fundadas dudas para que pudiera dar razón de las mismas; ni hay rastro de que se hayan pagado mas obras que las realmente ejecutadas, habiendo sido los pagos, eso sí, sometidos a la preceptiva fiscalización por razón del préstamo con que se financiaron las obras.

Y lo que late en el fondo del hecho atinente a las pagas extraordinarias realizadas por el Consistorio a D. Maximiliano no es otra cosa que la justa y normal remuneración por la realización de un trabajo que no formaba parte de la labor que tenía encomendada como Secretario del Ayuntamiento y que estaba dirigida a gestionar la tramitación administrativa para la puesta en marcha del equipamiento turístico del negocio.

En efecto, el citado acusado, tal y como reza la exposición de hechos probados de la sentencia impugnada, cuyo respeto debemos al haber sido objeto de aquietamiento por parte de los litigantes, *desarrolló labores en el "Bar Restaurante Veracruz", relativas al mantenimiento del funcionamiento, obtención de permisos de contratación de personal, proveedores, recibiendo por ello "gratificaciones por servicios extraordinarios, 1.850,00 euros acordadas en resolución de Alcaldía 30/2012 de fecha 03-08-2012 de 350,00 euros, resolución de Alcaldía 46/2012 de fecha 06-09-2012 de 500,00 euros, resolución de Alcaldía 57/2012 de fecha 04-12-2012 de 500,00 euros y resolución de Alcaldía 3/2013 de fecha 08-01-2013 de 500,00 euros.*

**D)** El artículo 6 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, dispone en relación con las gratificaciones que:

1. *Corresponde al Pleno de la Corporación determinar en el presupuesto la cantidad global destinada a la asignación de gratificaciones a los funcionarios dentro de los límites máximos señalados en el artículo 7.2, c), de este Real Decreto.*

2. *Corresponde al Alcalde o Presidente de la Corporación la asignación individual, con sujeción a los criterios que, en su caso, haya establecido el Pleno, sin perjuicio de las delegaciones que pueda conferir conforme a lo establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril.*

3. *Las gratificaciones, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo, habrán de responder a servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal de trabajo.*

Coincidimos, por tanto, con la Audiencia, en que no se advierte, ni siquiera, una irregularidad administrativa en estos pagos, que ni están sujetos al régimen de incompatibilidades de los funcionarios, ni forman parte de la base de cotización salarial.

Faltando los elementos del tipo penal que describimos con anterioridad se está en el caso de rechazar el recurso en cuanto a este concreto delito.

#### **OCTAVO.- Motivo consistente en la infracción de normas por inaplicación del artículo 408 del Código Penal.-**

Con asombroso afán de recorrer todos los tipos penales, el recurrente interesa también la revocación de la sentencia dictada en la instancia y la condena del Sr. Maximiliano como autor de un delito de omisión de perseguir delitos, previsto y penado en el artículo 408 de nuestro Código que castiga a *la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables.*

La figura no persigue otra cosa que la falta de la obligación del cargo de dejar intencionadamente de promover la persecución de un delito del que tenga noticia o de sus responsables y dicha obligación surge a partir de que se tenga conocimiento de la *notitia criminis*, ya esté la misma plasmada en un acto del que quede constancia – denuncia o querrela-, ya se trate de un delito flagrante del que se tenga conocimiento por razón del propio cargo.

Parece que al acusado -que era Secretario interventor en la Agrupación de Ayuntamientos y una Mancomunidad, y que solo pasaba dos días laborales en el Ayuntamiento de Maderuelo y los otros tres días laborales en el resto de municipios- se le exige un conocimiento pleno de lo que sucedía en el Consistorio presidido por el otro acusado, que llevaba casi cuarenta años ostentando el puesto de Alcalde-Presidente, y no existe indicio alguno de que así fuera.

De otra parte, parece sorprendente que se le culpe en este instante de no perseguir una serie de delitos de cuya autoría también a él también se le acusa; mal podría perseguirlos o denunciarlos si hubiera sido partícipe de los mismos.

Y, lo que es más importante, no se revela una intención manifiesta de que las conductas atribuidas al otro acusado permanecieran en el anonimato o dejaran de ser perseguidas, máxime porque la ilicitud penal de la casi totalidad de todas las que conforman el objeto de la acusación ha sido controvertida hasta este mismo momento y solo una de ellas ha alcanzado las consecuencias punitivas que se pretendían en este mismo instante. Mal podría haber perseguido como delito algo que para dos Tribunales no ha merecido esa calificación.

Se rechaza también, por tanto, este último motivo de recurso.

#### **NOVENO.- Autoría y penalidad.-**

De lo anteriormente razonado se desprende que el acusado, D. Jose Pablo es responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, procediendo imponerle la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve años, que es la mínima prevista en el citado precepto.

**DÉCIMO.- Las costas procesales.-**

No procede hacer mención de las costas de ninguna de las dos instancias.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás aplicables al caso,

**FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Saturnino contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2024 dictada por la Audiencia provincial de Segovia a que este rollo se refiere, debemos revocar y revocamos en parte la misma en el solo sentido de **CONDENAR** al acusado D. Jose Pablo **como autor de un delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal**, e imponerle la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve años.

Que debemos confirmar y confirmamos el resto de los pronunciamientos de la referida sentencia.

No hacemos mención de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, así como testimonio literal a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos y mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la sentencia anterior por el Magistrado-Ponente, Excmo. Sr. Don José Luis Concepción Rodríguez, Presidente del Tribunal, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en el mismo día de su fecha, de que certifico.