

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **7**

Fecha: **21/12/2023**

Nº de Recurso: **227/2018**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCION Nº 7 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE CON SEDE EN ELX

**Mail: EMAIL000; Teléfono: 966917103; Fax: 965679949**

PONENTE: D./Doña MERCEDES MATARREDONA RICO

**N.I.G.:03099-43-1-2015-0017797**

**Procedimiento: Procedimiento Abreviado - 000227/2018**

**Órgano Procedencia: JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 DE ORIHUELA Proc. Origen: Procedimiento Abreviado - 004524/2015**

**Contra: D/ña. Secundino y Fermín**

**Procurador/a Sr/a. SANCHEZ GUTIERREZ, MARIA DEL PILAR y MARTINEZ RICO, JAIME Letrado/a. PORRAS CEREZO, JOSE MIGUEL y PEREZ ARIAS, JACINTO**

SENTENCIA Nº 515/2023

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D.JOSE TEOFILO JIMENEZ MORAGO

Magistrados/as

DÑA. MARÍA JOSE BOIX FLUXÁ.

DÑA. MARIA MERCEDES MATADERRONA RICO

=====

En la Ciudad de Elche, a veintiuno de diciembre de 2023.

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en juicio oral y público el presente **Rollo de Sala n.º227/2018**, procedente del Juzgado de Instrucción Número Dos de Orihuela, Procedimiento Abreviado número 4524/2015, seguido por posible delito de prevaricación y malversación de caudales públicos contra, **Fermín**, con DNI NUM000, nacido en Bigastro el día NUM001-1950, hijo de Fermín y de Constanza, sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, de solvencia no acreditada, en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador de los Tribunales, don Jaime Martínez Rico y defendido por el Letrado, don Jaime Peris Riera, y contra, **Secundino**, con DNI NUM002, nacido en Marruecos, el día NUM003-

1

1948, hijo de Raimundo y de Virginia, sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, de solvencia no acreditada, en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora de los Tribunales, doña María del Pilar Sánchez Gutiérrez, y defendido por el Letrado, don José Miguel Porrás Cerezo; y ejerciendo la acción pública el Ministerio Fiscal representado por los Ilmos. Srs. D. Pablo Romero Esteban y D. Francisco Marco Gaona, y la acusación particular, el Excmo. Ayuntamiento de Bigastro, representado por la Procuradora de los Tribunales, doña María Luisa Mínguez Valdés y defendido por el Letrado, don Marcos Sánchez Adsuar; habiendo sido designada como Magistrada Ponente para esta resolución la Ilma. Sra. María de las Mercedes Matarredona Rico, que expresa el parecer del Tribunal, con fundamento en los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La presente causa se inició en virtud de denuncia interpuesta por la Fiscalía de Orihuela en virtud, a su vez, de la escrito-denuncia que les fue remitido por doña Trinidad, en representación del Ayuntamiento de Bigastro, por posibles delitos de fraude en la contratación, malversación de caudales públicos y falsedad documental, que por turno de reparto correspondió al Juzgado de Instrucción Número Dos de Orihuela, posteriormente Procedimiento Abreviado número 4524/2015, y una vez remitidas las actuaciones a esta Sección Séptima de la AP de Alicante, se ha celebrado el Juicio Oral los días 6 y 20 de octubre y 24 de noviembre de 2023, sesiones a las que comparecieron los representantes del Ministerio Fiscal, la acusación particular, y los acusados debidamente asistidos por sus respectivos Letrados.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de A) un delito continuado de prevaricación administrativa de los artículos 404 y 74 del CP; B) un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en los artículos 432.1 y

2 del CP, en relación con el artículo 433, párrafo segundo del mismo Cuerpo Legal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, al ser esta regulación más favorable para los acusados que la prevista en los artículos 432.1.2 y 3, en relación con los artículos 252.1 y 253.1 del CP, con la redacción dada a los citados artículos por la Ley 1/2015 de 30 de marzo y ello de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2 del CP. C)

un delito continuado de malversación de caudales públicos, previsto y penado en los artículos 432.1 y 2 en relación con el artículo 433, párrafo segundo y con el artículo 74 del CP, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, al ser esta regulación más favorable para los acusados que la prevista en los artículos 432.1.2 y 3, en relación con los artículos 252.1 y 253.1 del CP, con la redacción dada a los citados artículos por la Ley 1/2015 de 30 de marzo y ello de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2 del CP, de los que serían autores, del delito A) ambos acusados, en autoría directa y en comisión por omisión, conforme a lo previsto en el artículo 11 del CP; del delito B) el acusado Secundino y del delito C) el acusado Fermín, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se solicita, por el delito A) y para el acusado, Fermín, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público que suponga el desempeño de las funciones de alcalde, teniente de alcalde o concejal de cualquier corporación local por tiempo de 12 años y al acusado, Secundino, la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público que suponga el desempeño de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, así como las funciones de control y fiscalización económico financiera de cualquier corporación local durante 12 años; por el delito B) al acusado Secundino, la pena de 5 años de prisión, accesorias legales y 15 años de

inhabilitación absoluta y por el delito C) al acusado, Fermín, la pena de 7 años de prisión, accesorias legales y 20 años de inhabilitación absoluta. Abono de costas.

En vía de responsabilidad civil, el acusado, Sr. Fermín deberá ser condenado a indemnizar al Ayuntamiento de Bigastro en la cantidad de 162.000 euros, recibidos por el pago realizado por Giesco el día 9 de agosto de 2005, recibido por el Sr. Fermín en su condición de Depositario. Además, ambos acusados, Sr. Fermín y Sr. Secundino, deberán indemnizar conjunta y solidariamente, al Ayuntamiento de Bigastro la cantidad de

150.000 euros por el pago realizado por Giesco el día 4 de agosto de 2005 recibido por el Sr. Fermín, como depositario y Secundino como interventor. Dichas cantidades devengarán el interés legal del artículo 576 de la lce.

Por el Letrado de la acusación particular, se adhirió a la petición del Ministerio Fiscal, con expresa petición de condena en costas de los acusados de las que correspondan a esa acusación particular.

**TERCERO.-** La defensa del Sr. Fermín, en igual trámite se solicitó el dictado de una sentencia absolutoria y costas e oficio.

Igualmente, la defensa del Sr. Secundino, solicitó la absolución de su defendido y costas de oficio, y subsidiariamente, se apreciara la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada del artículo 21.6 del CP.

## HECHOS PROBADOS

Ha quedado probado y así se declara:

**"PRIMERO.-** El Plan General de Ordenación Urbana de Bigastro (en adelante PGOU) fue aprobado definitivamente por acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo el día 5 de febrero de 2002, siendo posteriormente modificado en cuatro ocasiones, que fueron objeto del Texto Refundido aprobado por el Conseller de Territorio y Vivienda el 22 de junio de 2005 (BOP nº47, de 25 de febrero de 2006).

En fecha 31 de enero de 2005, el Pleno del Ayuntamiento de Bigastro, **aprobó provisionalmente** el proyecto de modificación nº5 del PGOU de dicha localidad, en el que contemplaba la creación de un nuevo Sector, el D-12 y ordenaba su remisión al Órgano autonómico competente para su aprobación definitiva.

El **día 8 de agosto de 2005**, el Pleno del Ayuntamiento de Bigastro, acordó exponer al público el Programa para el desarrollo de la Actuación Integrada (en adelante PAI) del Sector D-12 de PGOU, que contenía el Programa y Anteproyecto de Urbanización, elaborado por la mercantil "Construcciones y Promociones Giesco, S.L" (en adelante, Giesco) por plazo de 20 días, con el fin de que pudiera ser examinado y se pudieran presentar alegaciones que se consideraran oportunas, de conformidad con el artículo 46 de LRAU.

Con fecha de entrada en el Ayuntamiento **24 de noviembre de 2005**, Giesco presentó "proposición jurídica económica y convenio urbanístico a la A.T. de PDAI para el desarrollo del "Sector D-12" del PGOU, en el que, en el apartado 5. Medidas Compensatorias, punto 2, "se oferta la adquisición por parte de este candidato a Urbanizador del 10% de cesión municipal obligatoria", aprovechamiento que se cifró en 1.502.530 euros, presentando un calendario de pago, a saber, 300.000 euros en agosto de 2005; 300.000 euros en diciembre de 2005; 300.000 euros en junio de 2006; y 602,530 euros en diciembre de 2006

y/o aprobación definitiva de la modificación nº5 del PGOU de Bigastro.

El **día 31 de julio de 2006**, el Pleno del Ayuntamiento de Bigastro, acordó aprobar definitivamente el PAI, cuyo contenido venía determinado por la Alternativa Técnica Formulada por la mercantil Giesco, aprobándose la Proposición Jurídica Económica presentada por dicha mercantil.

Igualmente, en dicho Pleno se acordó que el urbanizador adjudicatario del PAI debería suscribir los compromisos y obligaciones asumidas, así como prestar las garantías que para asegurar la ejecución y cumplimientos de dicho programan se fijan, en concreto, prestar un aval por importe de 382.269,05 euros.

Finalmente, el Pleno del Ayuntamiento acordó en fecha **11 de diciembre de 2012**, desistir de la continuación del expediente de modificación puntual nº5 del PGOU de Bigastro, en trámite de aprobación definitiva en el seno de la Consellería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente, con archivo de las actuaciones.

**SEGUNDO.**- El día 9 de agosto de 2005, don Baldomero, en nombre de Giesco entregó al acusado, Fermín, en su condición de Alcalde-Presidente, la cantidad de **300.000 euros**, emitiéndose "Carta de pago" por dicho importe, "en concepto de pago a cuenta de la cesión de derechos del 10% de aprovechamiento del Sector D-12 en su condición de Urbanizador según programa presentado en el Pleno de fecha 8 de agosto de 2005", firmando como depositario el citado Sr. Fermín, y como interventor una persona distinta a los acusados, constando el sello de "contabilizada".

Tras las comprobaciones pertinentes llevadas a cabo por doña Virginia, como Secretaria- interventora del Ayuntamiento de Bigastro desde 2013 a 2015, a quien se le solicitó un informe de la situación contable del citado Ayuntamiento por la Alcaldesa, doña Trinidad, y tras la aportación de documentación por los representantes de Giesco, se pudo determinar que de esos

300.000 euros, **138.000 euros** fueron abonados con el pagaré número NUM005 sin fecha de vencimiento, encontrándose contabilizada como operación 9412, con fecha 2- 09-05.

Sin embargo, el resto de dicha cantidad, **162.000 euros**, fueron entregados en efectivo, no constan contabilizadas en las cuentas municipales, ni fueron ingresadas en las arcas

municipales, no siendo tampoco destinadas a fines o necesidades públicas.

Igualmente, ha quedado acreditado que la mercantil Giesco, en pago de ese aprovechamiento, y antes la aprobación definitiva del PAI en julio de 2006, entregó las siguientes cantidades:

- **150.000 euros, en fecha 27 de diciembre de 2005**, emitiéndose "Carta de Pago" mecanizada o informatizada, constando contabilizada como operación 4730, que posteriormente, el 31 de diciembre de 2005, como operación número 9670, fue barrada o anulada.

Tras las comprobaciones pertinentes llevadas a cabo por doña Virginia, como Secretaria- interventora del Ayuntamiento de Bigastro y tras la aportación de documentación por los representantes de Giesco, se pudo determinar que dicho importe fue abonado por un pagaré, que luego se reveló que había sido cobrado en una cuenta titularidad de la mercantil Pavimentos asfálticos, que a esas fechas el Ayuntamiento tenía pendiente de abono de obras ejecutadas por la mercantil, por lo que, no puede descartarse que dicha cantidad fuera destinada al pago de dichas obras.

- **150.000 euros, en fecha 28 de marzo de 2006**, emitiéndose Carta de Pago en dicha fecha, con el concepto de "ingresos derivados de su condición de urbanizador en el Sector D-12, correspondiente a enero de 2006",

siendo firmado como Depositario por el Sr. Fermín y por el interventor, constando los sellos de la Alcaldía y de la Secretaria del Ayuntamiento, constando estampada “contabilizado”, constando efectivamente contabilizado como operación 9402, ingresado en las cuentas del Ayuntamiento.

- **150.000 euros, en fecha 21 de julio de 2006**, emitiéndose carta de pago en dicha fecha, por el concepto de “pago a cuenta del aprovechamiento urbanístico del Sector D-12 de Bigastro”, apareciendo firmada por el Depositario, Sr. Fermín y por el Interventor, constando estampada “contabilizado”, constando los hechos de la Alcaldía y de la Secretaria, dicha cantidad se encuentra contabilizada como operación número 2194.

Una vez aprobado, producida la aprobación definitiva del PAI por el Pleno del Ayuntamiento de fecha 31 de julio de 2006, por Giesco, se entregó:

- **150.000 euros, en fecha 4 de agosto de 2006**, emitiéndose Carta de pago, con esa fecha, en la que consta como concepto “pago a cuenta del aprovechamiento urbanístico del Sector D-12”, encontrándose firmada por el Depositario, Sr. Fermín y por el Interventor, Sr. Secundino, constando estampada “contabilizado”, que no fue contabilizada, cantidad que fue entregada en efectivo, no habiendo tenido entrada en las arcas municipales ni destinada al pago de fines o necesidades públicas

- **130.000 euros, en fecha 21 de diciembre de 2006**, emitiéndose Carta de Pago, con esa fecha, en la que consta como concepto “de entrega a cuenta del 10% de aprovechamiento medido del Sector D-12 del PGOU de Bigastro”, contado la firmado por el Interventor y por el Depositario, Sr. Fermín, constando contabilizada dicha operación con el número 9403, siendo ingresadas en las cuentas públicas.

**TERCERO.-** Don Arsenio, en nombre y representación de Giesco, SL presentó con fecha 18 de noviembre de 2009 un escrito en el Ayuntamiento en el que señalaba que había ingresado 1.030.000 euros sobre un total de 1.502.530 euros, aportando las correspondientes cartas de pago, y con fecha 20 de enero de 2010, solicitó al citado Ayuntamiento la devolución de los ingresos realizados, e interponiéndose por dicha Mercantil recurso contencioso administrativo, por el Juzgado Contencioso número Uno de Elche (procedimiento ordinario 1095/2010) se dictó Sentencia en fecha 27 de noviembre 2015, en la que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha mercantil, condenaba al Ayuntamiento de Bigastro al abono de 1.502.530 euros, en concepto de ingreso indebido.

Por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, se dictó con fecha 27 de febrero de 2018, Sentencia por la que estimando parcialmente el recurso planteado por el Ayuntamiento de Bigastro, revocó parcialmente la Sentencia de instancia, únicamente en la cantidad fijada en el fallo, quedando fijada en 1.030.000 euros, más los intereses legales.

**CUARTO.-** El acusado por esta causa, **Fermín**, con DNI NUM000, sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, ostentaba la condición de Alcalde-Presidente durante el tiempo al que se contraen los hechos anteriores, por lo que presidía los Plenos antes referidos, por lo que, con conocimiento de la tramitación y

aprobación del PGOU y del PAI que afectaba al Sector D-12, firmó como depositario las cartas de pago antes referenciadas, recibiendo el dinero de manos de Baldomero, en nombre de Giesco, en su despacho del Ayuntamiento.

El acusado, Sr. Fermín, al aceptar esos pagos se apartó del procedimiento previsto por la Ley, anticipando la condición de urbanizador a Giesco y enajenándole directamente el 10% de aprovechamiento urbanístico, sin que existiera ningún control y/o fiscalización sobre dicho precio ni del procedimiento a seguir, que en todo caso, debería asegurar la concurrencia pública, y sin que llegara a firmarse el convenio, ni se prestara el aval correspondiente.

Además, el acusado, Sr. Fermín, con ánimo de lucro, se apoderó de 162.000 euros pagados en efectivo correspondientes a la Carta de Pago de fecha 9 de agosto de 2005 y 150.000 euros pagados en efectivo, correspondientes a la Carta de pago de 4 de agosto de 2006, y ello, a pesar de que por su cargo, debía asegurarse de que el dinero era ingresado en las arcas municipales y destinado a fines o necesidades públicas.

**QUINTO.-** Por su parte, el acusado, **Secundino**, con DNI NUM002, mayor de edad, y sin antecedentes penales a efectos de reincidencia, ostentaba la condición de Secretario- Interventor del citado Ayuntamiento durante el tiempo al que se contraen los hechos anteriores, y, teniendo conocimiento de la tramitación y aprobación de la modificación 5º del PGOU y del PAI que afectaba al Sector D-12, y con pleno conocimiento de los pagos efectuados a Giesco en concepto del 10% del aprovechamiento urbanístico, firmando como Interventor, al menos en la Carta de Pago emitida con fecha 4 de agosto de 2006, no emitió ningún informe, ni formuló ninguna objeción, a pesar de que aceptar dichos pagos suponía actuar apartándose del procedimiento previsto en la Ley, ni realizó ningún informe en orden a fiscalizar el precio ofrecido en dicha operación, ni del procedimiento

a seguir, que en todo caso, debería asegurar la concurrencia pública, y sin que llegara a firmarse el convenio, ni se prestara el aval correspondiente.

Además, teniendo conocimiento de los pagos efectuados por Giesco, consintió que el Sr. Fermín se apoderada de las cantidades antes expresadas, y expresamente, la correspondiente a la Carta de pago de 4 de agosto de 2006, en la que firmó como interventor, a pesar de que, por razón de su

cargo, tenía obligación de asegurar que el dinero percibido fuera a las arcas públicas, y destinado a fines o necesidades públicas.

**SEXTO.-** La presente causa se inició por Auto de fecha 28 de octubre de 2015, teniendo lugar la declaración de investigado el día 13 de enero de 2016 e incoándose Procedimiento Abreviado en fecha 16 de abril de 2018, y habiendo sido remitida para su enjuiciamiento y fallo a esta Sección Séptima de la AP de Alicante con fecha 20 de noviembre de 2018, la celebración del acto del Juicio tuvo lugar los días 6 y 20 de octubre y 24 de noviembre de 2023 ”

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Como cuestión previa, al inicio del acto del Juicio, por el Letrado Sr. Peris Riera, actuando en defensa del acusado, Sr. Fermín, se planteó la nulidad de las actuaciones por dos motivos, a saber, por un lado se alegó que la falta de transcripción de las declaraciones, tanto de los propios investigados como de los testigos, que constan grabadas en las actuaciones, impiden o dificultan poder contrastarlas con las que se puedan prestar en el acto del Juicio, siendo necesario dicha transcripción para un mejor, eficaz y ágil ejercicio del Derecho Defensa de los acusados.

Por otro lado, se planteó la nulidad de las actuaciones ya que, se afirma por el Letrado, que su defendido no ha declarado sobre el objeto concreto de esta causa, lo que se puede apreciar ateniendo a los siguientes puntos:

- En la primera declaración que presta el Sr. Fermín, antes de que se acordara el desglose de la causa, no se le formula ni una sola pregunta referida al objeto de imputación en el presente procedimiento.
- Cuando es citado para declarar nuevamente, no se le ha hecho entrega de la documental, cuando, en palabras de la instructora eran fundamentales.
- Expresamente en dicha declaración el Letrado que asiste al Sr. Fermín hizo constar que, en virtud del artículo 118 de la Lecrim, no se podía practicar la declaración debido a la falta de la documentación.

Por otro lado, se añade por el Letrado que, conforme se puede apreciar en el video 3, dicha documentación, a la que no

se había dado traslado a las partes, se encontraba en poder del Ministerio Fiscal, lo que se afirma es “inadmisible”.

- El Letrado afirma que no se puede practicar la declaración por cuanto no está instruido del contenido de esos documentos, tratándose de una documentación voluminosa, realizándose por la Juez de instrucción “un mini procedimiento de alegaciones”, que es resuelto por la Juez a quo in voce, formulando protesta dicha parte.
- La declaración el acusado se suspende sin haberse producido, lo que es evidente si se tiene en cuenta que el Ministerio Fiscal invitó nuevamente a declarar a los acusados (ver folios 639, Tomo NUM006 y folio NUM007, vuelto).
- Es el propio Ministerio Fiscal quien, nuevamente, solicita la declaración de los acusados (ver folio NUM007, Tomo NUM006).

Se concluye por Letrado afirmando que habiendo transcurrido el plazo de instrucción previsto en el artículo 324 de la Lecrim, no es posible practicar la declaración en calidad de investigado.

Y, subsidiariamente, se aporta certificado médico sobre la imposibilidad de comparecer a la sesión del día 13 de octubre de 2023.

Por el Letrado, Sr. Porras, en defensa del Sr. Secundino, se adhiere a lo planteado por su compañero, y añade, específicamente para su defendido, que la denuncia inicial únicamente hablaba de prevaricación y se hacía referencia a efectos bancarios, pero en ese relato nada se dice del acto del pago que ha motivado la acusación a su mandante.

Añade que, su defendido solo se ha defendido de la prevaricación, y cuando se señala la declaración (ver en este sentido el contenido de su escrito de impugnación del recurso de reforma, al folio 374) faltaban por

aportar documentos e informes, que eran necesarios para saber de qué tenía que defenderse, sin que en esa primera declaración pudiera pensarse que iba a ser investigado por la apropiación del dinero en efectivo, sin que por estos hechos se le haya preguntado, por lo que ese defecto o déficit produce el efecto explicitado por su compañero.

Adicionalmente, se aportan documentos: extracto de otras diligencias previas, donde se le hizo una investigación patrimonial de su defendido y copia acta del Pleno del Ayuntamiento de Bigastro 29 de julio de 2013, en la que se

adopta decisión regularizadora o de corrección de la contabilidad.

Por el Ministerio Fiscal, quien no se opuso a la suspensión de la sesión del día 13 de octubre al tratarse de cuestiones médicas ni a la aportación de nueva documentación, sin perjuicio de la valoración que la Sala pudiera efectuar respecto de la misma, proponiendo como documental el oficio remitido por el TSJ en el que se certifica que la Sentencia dictada en el procedimiento entre Giesco y el Ayuntamiento de Bigastro es firme, afirmó que no concurre causa alguna de nulidad invocada por las defensas, ya que los acusados sí que han prestado declaración sobre los hechos objeto de imputación en el presente procedimiento, mostrándose profundamente contrariado ante las afirmaciones formuladas por los Letrados de que la documentación, de la que no se disponía antes de la declaración de los acusados del día 16 de octubre estuviera en sus manos por cuanto esa documentación la presentó el representante procesal de Giesco, se trataba de a penas 7 papeles, en los que, además, se pedía el sobreseimiento de sus clientes, ofreciéndose el Ministerio Fiscal para ir a coger dicha documentación al Juzgado para llevarla la sala de vistas donde estaban teniendo lugar las declaraciones.

Además, añadió que en la primera declaración tanto el Sr. Fermín como el Sr. Secundino declararon sobre los hechos, y, en todo caso, era tan esencial prestar nueva declaración, por qué no se solicitó en fase de instrucción?

En esa primera declaración, el Sr. Fermín, en el ejercicio legítimo de su derecho a no declarar, se negó a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, concluyendo que si no declaró es porque no quiso.

Una vez que se acuerda la división en piezas, en cierto que el Ministerio Fiscal presentó un escrito el 14 de julio de 2016 (folio 358) en el que se interesa nueva declaración de los acusados, pero en dicho escrito expresamente se deja constancia de que los acusados ya han declarado por estos hechos.

El día 16 de octubre, ya se ha explicado lo que sucedió con la documentación, pero ha de ponerse de relieve que acogiéndose a su derecho a no declarar, el Letrado de la defensa del Sr. Fermín manifestó que ya se pediría la declaración de su defendido en virtud de lo dispuesto en el artículo 400 de la Lecrim, una vez que estuvieran ilustrados, lo que nunca se verificó.

En cuanto a la alegación formulada por la defensa del Sr. Secundino, afirmó que ya en la denuncia inicial de la fiscalía se

habla de malversación de caudales públicos, citándose el delito en el Auto de incoación de Diligencias Previas y en la citación a declarar como investigados, siendo interrogado por estos hechos el Sr. Secundino por parte del Ministerio Fiscal, el que incluso se formulan preguntas directas del tipo si se había quedado dinero entregado por los urbanizadores.

El Ministerio Fiscal, a través de otros informes (folio 760 y ss; 774 y ss; 801 y ss; 879 y ss) ha ido recogiendo los hechos imputados y de las irregularidades advertidas en el plan, las cantidades que no se habían justificado, etc, por lo que se puede alegar que no estaban informados de la imputación, tratándose por ese Ministerio Público depurar hasta el último momento las cantidades y el destino dado a las mismas, debiendo de destacar en el primero de los informes citados no se pide nuevamente la declaración de los investigados sino que se remite a un informe anterior en el que se habían solicitado tales diligencias.

Finalmente, recordó que la LOPJ es clara en cuanto al tema de la transcripción de las declaraciones.

Por el Letrado de la acusación particular, Sr. Adsuar se adhirió a las manifestaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO.-** Admitidos todos los documentos aportados por las defensas y por el Ministerio Fiscal al inicio del acto del Juicio, y habiéndose renunciado por el Letrado Sr. Peris, en fase de informe, a la primera de las cuestiones previas formuladas (si bien ya había sido rechazada por este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 230.3 LOPJ) y acordada la suspensión de la sesión del Juicio del día 13 de octubre de 2023 por razones médicas, procede centrarse en la nulidad de las actuaciones planteadas por las defensas derivadas de la ausencia de declaración de los acusados en relación con los hechos objeto de la presente causa, y, en

relación únicamente al Sr. Secundino por no haber sido interrogado por los hechos que han dado lugar a la imputación por el delito de malversación, alegándose efectiva indefensión.

Entre otras muchas, la STC 47/2022, de 20 de marzo, expresa que *"la doctrina constitucional ha venido insistiendo en la exclusiva relevancia de la "indefensión material": "la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de [la] garantía [de la tutela judicial] y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 CE, ha de ser algo real, efectivo y*

*actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión 'material' y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías 'en relación con algún interés' de quien lo invoca ( STC 90/1988)" ( STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2). "Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" ( SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 2, y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7)".*

Examinadas las actuaciones, no procede la estimación de la cuestión planteada por los letrados defensa.

Debemos de partir del hecho de que las presentes actuaciones se inician como consecuencia de la **denuncia interpuesta por la Fiscalía de Orihuela** en la que se imputa a los acusados por esta causa, Sr. Fermín y Sr. Secundino, sin perjuicio de ulterior y definitiva calificación de delito de fraude en la contratación, artículos 436 y ss del CP; malversación de caudales públicos, artículos 432 y ss; falsedad documental, artículos 390 y ss, y/o prevaricación, artículos 404 y ss del CP, y de deja constancia de que se ha recibido un escrito-denuncia remitido por doña Trinidad, en representación del Ayuntamiento de Bigastro, en la que se expone una serie de "graves irregularidades administrativas dignas de reproche penal en relación a la tramitación, aprobación del Programa de Actuación Integrada del Sector D-12 del Plan General, así como en la venta del aprovechamiento urbanístico y parcelas de propiedad municipal, con grave perjuicio para el Ayuntamiento de Bigastro, a favor" entre otras, de la mercantil Giesco Sociedad Limitada".

En dicha denuncia se dice expresamente que "en el ámbito de los diferentes apartados de la denuncia se describen irregularidades, indiciariamente acreditadas a través de la documental que se adjunta a la denuncia, relativas no solo a cuestiones de índole urbanística" (...) "sino también que afectan de forma importante al erario público, y certificarse por la actual intervención municipal que no han tenido acceso alguno en las arcas del Ayuntamiento de Bigastro importantes cantidades de dinero que se obtenían como consecuencia de la enajenación de suelo público y/o aprovechamiento urbanístico sobre el mismo" (...) "hechos por los que podrían ser responsables quien ejercía las funciones de alcalde en la fecha de los hechos Fermín" y quién ejercía de funciones de secretario-interventor del ayuntamiento de Bigastro, Secundino".

A la denuncia del Ministerio Fiscal se acompaña de la **denuncia interpuesta por doña Trinidad, Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Bigastro**, en la que, en relación con los hechos que son objeto del presente procedimiento, se recoge de forma bastante extensa en el Punto I, "Sobre las actuaciones municipales en relación a la aprobación y adjudicación del programa de actuación integrada del Sector D-12 del PGOU de Bigastro (folios 3 a 10), al actuación las "graves irregularidades administrativas", en relación con la aprobación del programa de actuación integrada del Sector D-12 del Plan General, así como la venta de aprovechamiento urbanístico, con grave perjuicio para el Ayuntamiento de Bigastro, dirigiéndose la denuncia contra las autoridades y funcionarios municipales que hayan podido participar en los expedientes de venta de aprovechamiento urbanístico, así como "la indebida aplicación, contabilización e ingreso de las cantidades municipales percibidas en todos los expedientes relativos al Plan Parcial del Sector D-12 de Bigastro".

En el resto de los apartados de la citada denuncia se recogen otra serie de irregularidades, como son la relativa a la venta de una parcela propiedad municipal a una mercantil; en la permuta de suelo a favor de otra mercantil; actuaciones municipales en relación con las permutas relativas al sector D-12.

La denuncia de Fiscalía por turno de reparto correspondió al **Juzgado de Instrucción Número Dos de Orihuela, en el que, en el marco de las DP 4524/2015**, dictó Auto de fecha 28 de octubre de 2015, por los delitos, entre otros, de

prevaricación y malversación de caudales públicos, acordándose en la misma resolución, la declaración en calidad de investigados, entre otros, de Secundino y de Fermín, señalándose para su práctica el día 13 de enero de 2016 (folio NUM008, Tomo NUM009), librándose cédula de citación para cada uno de los acusados, en el que, expresamente, se hace constar los delitos imputados (caso de Sr. Secundino folio NUM010, Tomo NUM009).

En la grabación que consta en las actuaciones aportado como CD (sin perjuicio de que consten en la sistema Arconte- Aurea), comenzando en el vídeo 2, a partir de las 13:20 horas, la declaración del Sr. Fermín, en el que expresamente, tras lectura de sus derechos constitucionales y legales, y de los delitos que se le imputan, se le pregunta si conoce los hechos objeto de imputación y si conoce la denuncia, contestando afirmativamente el entonces investigado (de hecho dice que la ha "leído un poquito").

A continuación, y concedida la palabra por la instructora al Ministerio Fiscal para que comience el interrogatorio, el acusado, manifestó acogerse a su derecho a no declarar a las preguntas ni del Ministerio Fiscal ni del resto de los Letrados, incluyendo el suyo (sin perjuicio que, al final, sí responde a una pregunta que le formula éste), aceptando, no obstante, contestar a las preguntas que se le formulen por la instructora, quien, tras decirle que se le imputan "serie de hechos" en relación con el programa de actuación del D-12 de Bigastro, comienza preguntarle sobre la venta del aprovechamiento urbanístico.

Por tanto, al acusado, cuando fue a declarar por primera vez ante el Juzgado de Instrucción el día 13 de enero de 2016, tenía perfecto conocimiento de la denuncia de Fiscalía y del Ayuntamiento de Bigastro, y por tanto, de los hechos objeto del presente procedimiento, y se le ofreció la posibilidad de dar las explicaciones que hubiera considerado oportunas, si bien, en el ejercicio de su derecho constitucional a no declarar, declinara tal posibilidad.

En el mismo sentido, respecto del Sr. Secundino, en el vídeo 1, a partir del 12:32 se le informe por la Juez de instrucción de los delitos imputados (entre ellos la malversación) y se le pregunta si conoce la denuncia, respondiendo que sí, contestando las preguntas que le fueron formuladas tanto por el Ministerio Fiscal como por su Letrado y por la Juez de

instrucción, acogiéndose a su derecho a no declarar respecto a las preguntas de la defensa del Sr. Fermín.

Por providencia de fecha 7 de junio de 2016 se acuerda por la Juez instructora deducir testimonio y su remisión al Decanato para su reparto entre los distintos Juzgados de Instrucción, las diferentes irregularidades contenidas en la denuncia antes expuesta, quedándose el Juzgado de Instrucción Número Dos de Orihuela en las DP 4524/2015 las irregularidades en el ámbito de la aprobación y adjudicación del programa de actuación integrada del sector D12 del PGOU de Bigastro, folios 3 a 10, ordinal I.

En fecha 7 de octubre de 2016, a instancia del Ministerio Fiscal (ver escrito de fecha 14 de julio de 2016, en el que expresamente se dice que **"Pese a que ya se ha recibido declaración como investigados" a Fermín y a Secundino, que "una vez que se ha procedido a la división por piezas y para que los interrogatorios se centren solo sobre los hechos objeto de la presente causa, se reciba nueva declaración como investigados de los mismos"**), se procedió a su citación y debidamente informados de sus derechos, ambos acusados se acogieron a su derecho a no declarar, si bien en el caso del Sr. Fermín su Letrado afirmó que lo hacía debido a la falta de aportación de informes y de actuaciones respectos, por lo que no ha podido instruirse ese Letrado, y sin perjuicio de que una vez aportados a las actuaciones, se solicite por esa parte una nueva declaración de su defendido en los términos del artículo 400 de la Lecrim.

Respecto a esa documentación e informes, debemos de señalar que consta presentado el mismo día de la declaración,

7 octubre de 2016, en el Juzgado de Instrucción Número Dos y por la defensa de don Baldomero y don Arsenio, de la documentación que le había sido requerida con anterioridad por dicho Juzgado, consistentes en 4 documentos (aunque se numeren en 3) (ver folios 385 y ss, Tomo 2), respecto de los que previamente se había dado traslado por esa parte al resto (ver folio 399), y respecto de los cuales, algunos de ellos ya costaban en las actuaciones (caso del documento número 1).

Vista la grabación, vídeo 3 (a partir de las 11:20 horas) únicamente se desprende de que presentada la citada documentación, no constaba unida a las actuaciones y así lo hace constar la Juez de instrucción, y ante la petición del Ministerio Fiscal de que si se podrían traer a la Sala de

vistas, donde está teniendo lugar las declaraciones, así se acuerda con interrupción de la grabación, y una vez reiniciada no existe queja ni protesta por los Letrados ni petición de que se les exhibiera para tener conocimiento, teniendo lugar la vistilla únicamente en relación con la petición de sobreseimiento formulada por el Letrado de los hermanos Baldomero, que es resuelta en el acto, verbalmente por la instructora.

Consta que en fecha 10 de octubre de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de Instrucción el informe jurídico emitido por el Servicio de Régimen Jurídico e Inspección Territorial, teniendo entrada en la misma fecha de la documentación relativa a la aprobación y adjudicación del Programa de actuación Integrada del Sector D12 PGOU (folios 407 y ss), siendo proveídos por Providencia de fecha 19 de octubre de 2016.

Por escrito de fecha 26 de octubre de 2016, el Ministerio Fiscal instó que se diera traslado del conjunto de la diligencias practicadas a las defensas, por si instaban una nueva declaración de los investigados, Sr. Fermín y Sr. Secundino (folio 639), lo que fue acordado por Providencia de fecha 16 de noviembre de 2016, debiendo de llamar la atención además del escrito presentado por el Ministerio Fiscal, evacuando el traslado de las alegaciones del Sr. Secundino, en el que se recogen hechos por los que se formularon acusación por el Ministerio Fiscal, como son los pagos efectuados **en agosto de 2005 por importe de 300.000 euros que no constan contabilizado ni ingresado en las arcas municipales**; los pagos realizados a cuenta del 10% de aprovechamiento antes de la aprobación definitiva; **la falta de contabilización de los 150.000 euros a pesar de la existencia de la carta de pago suscrita por los investigados en fecha 4 de agosto de 2006, etc.**

Por providencias de fechas 23 de noviembre de 2016 (folio 644) y 28 de noviembre de 2016 (folio 650) se requirió a las defensas para que manifestaran si instaban nueva declaración, omitiendo cualquier manifestación la defensa del Sr. Fermín y presentando un escrito la defensa del Sr. Secundino declinado el ofrecimiento (folio 655).

Es cierto que con posterioridad a la denuncia inicial se han ido incorporando a las actuaciones nuevas diligencias de instrucción, que suponen un avance en el esclarecimiento de los hechos en los términos del artículo 299 de la Lecrim, y que no se produjo una nueva declaración de los acusados pero

ello no se traduce en indefensión material, pues además de tener conocimiento de tales diligencias, en los distintos informes aportados por el Ministerio Fiscal a lo largo de la instrucción se iban desgranando el resultado de dichas diligencias, y por tanto, los hechos objeto de imputación.

Por el contrario, se han garantizado plenamente su Derecho de Defensa, pues habiendo sido citados a declarar como investigados desde el principio de la instrucción, informándole de sus derechos, de los hechos de la imputación, y permitiéndole tener conocimiento del resultado de las diligencias de instrucción, se ha garantizado plenamente su Derecho de Defensa.

Además, se le ha instado, en varias ocasiones, a prestar nueva declaración en calidad de investigado a la luz del avance de la instrucción, no considerando oportuno hacerlo, lo que no puede ahora enarbolarse como motivo de nulidad de la instrucción.

Por otro lado, debemos de tener consideración que en fecha

16 de abril de 2018, se dictó Auto de Transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, en el que se recogen los hechos de imputación, siendo calificados entre otros delitos, de prevaricación y de malversación de caudales públicos, Auto que no fue recurrido por ninguna de defensas, alegando esa vulneración del Derecho de Defensa, por indefensión, al no haber prestado, supuestamente, declaración por los hechos, y conocido el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, se emitieron los correspondientes escritos de defensa, en los que expresamente la defensa del Sr. Secundino en su apartado II, se refiere al delito de malversación.

Por tanto, y como ya se había adelantado, la petición de nulidad de las actuaciones formulada por ambas defensas no puede ser acogida.

**TERCERO.**- Por el Ministerio Fiscal y la acusación particular se imputan a los acusados la comisión de un delito continuado de prevaricación administrativa.

En el artículo 404 del CP, en su redacción a la fecha de los hechos, castigaba "a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

Dice el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de fecha 18 de octubre de 2022 (ROJ: STS 3818/2022

ECLI:ES:TS:2022:3818) que: "El delito

*de prevaricación administrativa del art. 404 CP tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, que son: El servicio prioritario de los intereses generales; el sometimiento a la ley y al derecho y la objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines, conforme al artículo 108 de la Constitución ( STS 149/2015, de 11 de marzo).*

*La sanción penal de la prevaricación tiende a garantizar el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un estado social*

y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal ( SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo, 795/2016, de 27 de octubre; 373/2017, de 24 de mayo; 477/2018, de 17 de octubre). Con este delito no se pretende controlar la legalidad de la actuación de la Administración Pública, función que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino sancionar los supuestos más groseros en los que la actuación administrativa, además de ilegal, es injusta y arbitraria.

Del texto legal y de su interpretación jurisprudencial se desprende que el delito de **prevaricación** exige los siguientes presupuestos típicos:

(i) Una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo. El dictado de una resolución exige, en principio, una acción positiva, una resolución expresa, si bien esta **Sala ha admitido la realización del delito en casos de comisión por omisión, cuando sea imperativo realizar la acción y la omisión tenga efectos equivalentes a la acción.**

(ii) Por resolución se ha venido entendiendo, también como regla general, todo acto administrativo consistente en una declaración de voluntad, de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados.

(i) (ii) Que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal. La contradicción con el derecho o ilegalidad puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la falta de respeto a las

normas esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución por contravenir la legislación vigente o por constituir un supuesto de desviación de poder.

La STS. 259/2015, de 30 abril, recuerda cómo el Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de **prevaricación**, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho ( Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004).

(ii) Se precisa que la resolución ocasione un resultado materialmente injusto.

(iii) Y la resolución debe dictarse con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Por tanto, no es suficiente la mera ilegalidad de la resolución, ya que el control de la legalidad, incluso en supuestos de nulidad corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. La intervención del derecho penal ha de quedar restringida a los supuestos más graves ( SSTS 755/2007, de 25 de septiembre, y más recientemente, STS 871/2021, de 12 de noviembre, entre otras).

El delito de **prevaricación** administrativa se caracteriza, además, por las siguientes notas:

(i) Es un delito de infracción de deber que queda consumado, en la doble modalidad de acción u omisión, cuando la autoridad o el funcionario se apartan claramente de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad y por tanto, en arbitrariedad.

(ii) Es un delito especial propio en cuanto solamente puede ser cometido a título de autores por los funcionarios públicos ( art. 24 CP). Los "extraneus", es decir, quienes no reuniesen las cualidades especiales de autor que predica el tipo, serán, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad y podrá aplicárseles el art. 65.3 del Código

Penal rebajando en un grado la pena, aunque no sea preceptivo.

(iii) Es norma penal en blanco que exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base.

(iv) Y es un delito de resultado, no de mera actividad, pero en el que la actividad coincide con el resultado. La STS de 8 de mayo de 2014 recuerda que no es preciso, "(...) que la resolución injusta se ejecute y se materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración. De ahí que no sea fácil hallar en la práctica ni en la jurisprudencia casos concretos de tentativa, que solo podrían darse en supuestos extraordinarios en que la conducta típica de dictar la resolución se mostrara fragmentada en su perpetración (...)".

Declara la STS 303/2013, de 26 de marzo, que "(...) este delito, con independencia de que puede producir un daño específico a personas o servicios públicos, también produce un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, porque de custodia de la legalidad se convierten en sus primeros infractores con efectos devastadores en la ciudadanía. Nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo a la Ley, y por tanto el apartamiento de esta norma de actuación siempre supone una ruptura de esta

*confianza que lleva aparejada la más grave de las respuestas previstas en la sociedad democrática, la respuesta penal, y no puede servir de coartada a dicha respuesta penal la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (...)*".

Por otro lado, debemos de citar la Sentencia 493/2023 de

22 de junio que viene a avalar la posibilidad de apreciar la comisión por omisión en la prevaricación administrativa.

*Hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 25/2015 de 3 Feb. 2015, Rec. 10239/2014 que:*

*"La comisión por omisión requiere (STS de fecha 2 de julio de 2009 , entre otras muchas), de unos presupuestos:*

*"a) un presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico, al no evitar su producción.*

*b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión en la producción del resultado o bien de facilitar la ejecución; y*

*c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito, que es lo que se denomina encontrarse en la posición de garante.*

*Así pues, la posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, y en este caso ello era concurrente, y, pese a ello, no actuó y se negó a impedir lo que estaba pasando. Por ello, todo el proceso ocurre con su actuación colaborativa y responsable en el terreno del derecho penal en la forma objeto de condena de la comisión por omisión, no siendo admisible la permisividad y consentimiento colaboracional de un alcalde en el proceso de no sacar a licitación obras que deben serlo según la normativa administrativa..."*

*"Recuerda el tribunal en este caso que:*

*Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad.*

*Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación, porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver STS 771/2015, de 2 de diciembre)*

*Es evidente la arbitrariedad de la actuación del recurrente, porque en casos semejantes ya hemos reflejado que se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria, cuando omitir las exigencias procedimentales, suponga principalmente, la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su*

*actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución. Y si omite el impedir la irregularidad supone colaborar con ella cuando resulta palmario su conocimiento como en este caso se declara probado".*

**CUARTO.-** Por el Ministerio Fiscal y la acusación particular se imputa a los acusados la comisión de un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en los artículos 432.1 y 2 del CP, en relación con el artículo 433, párrafo segundo, del mismo Cuerpo Legal, de carácter continuado en el caso del Sr. Fermín, del artículo 74.1 del Código Penal, en redacción vigente en la fecha de los hechos por ser más beneficiosa, aspecto que no ha sido cuestionado por la defensa.

En el artículo 432.1 y 2 del CP se castiga a la *"1. 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, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

*2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas*

hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública”.

Por su parte, en el artículo 433 del CP, se castiga a “la autoridad o funcionario público que destinara a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones”

En este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 2018 (362/2018, de 18-7) que viene a recoger los presupuestos de este delito:

**“a) La cualidad del funcionario público o autoridad del agente, conceptos suministrados por el art. 24 CP , bastando a efectos penales con la participación legítima de una función pública.**

**b) Una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material, pero no se precisa una inmediata posesión o tenencia siendo suficiente la mediata, no exigiéndose que el funcionario tenga en su poder los fondos públicos.**

**c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocida por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionarios legitimados, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público.**

**d) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales la conducta típica "sustrayendo" o "consintiendo que otro sustraiga" supone dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales descritos que implican apropiación con separación y con ánimo de aprovechamiento defraudativo ("animus rem sibi habendi") en sentido idéntico al usado por otros delitos patrimoniales. La segunda modalidad comisiva, constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no solo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado.**

El término "sustraer" ha sido criticado por la doctrina, que considera más adecuado el de "apropiación sin propósito de ulterior reintegro", debiendo ser interpretado en el sentido de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos públicos apartándolos de su destino.

**e) Animo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción ( STSS 10 de octubre de 2009, 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013) se trata en definitiva de conductas de las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las presuntas actuaciones públicas, los separa de las mismas y extrayéndolas al control público, con ánimo de lucro, las incorpora a su patrimonio haciéndolos propios o consiente que otro lo haga.**

El segundo extremo a resaltar sería que este ánimo de lucro que hemos mencionado - STS 653/2013 de 15 de julio , se identifica como en los restantes delitos de apropiación, con el "animus rem sibi habendi", que no exige precisamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.

No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. (STS 506/2014 de 4 de junio ).

El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado. (STS 277/2015 del

3 de junio).

**En cuanto al tipo subjetivo, el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de actuar.** Según se desprende de la jurisprudencia relativa al delito de malversación de caudales públicos, el dolo genérico exigible comprenderá el conocimiento que los caudales que se sustraen pertenecen al Estado o a las administraciones públicas y que, por lo tanto, constituyen caudales públicos (SSTS 545/99 de 20 de marzo , 132/2010 de 18 de febrero ). Del mismo modo exigirá el conocimiento del que con la conducta que se ejecuta tales caudales se sustraen de una finalidad pública.

Elementos objetivo y subjetivo del tipo cuya concurrencia resulta incuestionable.

**Efectivamente de esta resolución se extrae la doctrina jurisprudencial en relación al delito de malversación de fondos públicos, que los depositarios, encargados o gestores de los mismos deben acreditar de forma cumplida el destino público dado a ellos, no exigiéndose que se acredite que tales fondos públicos hayan tenido un concreto fin privado, pues ello convertiría el delito de malversación en un delito de imposible acreditación.**

**Basta para la existencia del delito la acreditación de no haber sido destinados a su fin público sin explicación plausible.**

**QUINTO.-** Respecto a la continuidad delictiva, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2023 (ROJ: STS 3740/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3740) que dice

que: *"El motivo sostiene la improcedencia de considerar los hechos constitutivos de un delito continuado de prevaricación administrativa, argumentando para ello que nos encontramos*

*ante un supuesto de "unidad natural de acción" o "unidad típica de acción", dado que todas las resoluciones obedecían a un mismo designio y se ejecutaron en un marco espacio-temporal estrecho.*

6.2. *La STS 487/2014, de 9 de junio, deslindaba perfectamente lo que es la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado.*

*Decíamos en aquella resolución que "Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico (propinar un solo puñetazo). En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción (propinar una paliza integrada por varios puñetazos, que integra un solo delito de lesiones).*

*La jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal (especialmente en ciertos casos de delitos de falsedad documental y también contra la libertad sexual).*

*En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente o de intrusismo, entre otros). Pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto se valoran por el Derecho desde un punto de vista unitario.*

*Por último, el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 74 del Código Penal, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el legislador que las acciones*

*obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos".*

6.3. *En el presente supuesto, el relato de hechos probados proclama que el recurrente, aprovechando su capacidad decisoria como alcalde del municipio de Noja (Cantabria), dictó una serie de resoluciones injustas que pretendieron perjudicar la actividad empresarial de la entidad Nocanor Promociones SL. Las decisiones se sucedieron en el tiempo durante los varios años en los que se dilató el proyecto de construcción, y cada resolución introducía nuevas exigencias que se acumulaban a las trabas administrativas anteriores y retardaban sucesivamente la culminación de las obras. Consecuentemente, cada acción integró por sí misma el tipo penal de aplicación y no se aprecia que entre las decisiones exista la vinculación espacio-temporal que se aprecia en aquellas conductas prevaricadoras que se ejecutan en un único momento o circunstancia, de modo que no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado".*

**SEXTO.-** Partiendo de que los acusados se acogieron en el acto del Juicio a su derecho a no declarar, no contestado las preguntas de las partes, los hechos han quedado probado en virtud del resto de las pruebas practicadas en el acto del Juicio, que han sido valoradas conforme a los principios de inmediación, oralidad y contradicción.

Comenzado por el análisis de la prueba documental, que no ha sido impugnada, resultaría acreditado lo siguiente:

Del Expediente Administrativo (folios 407 y ss, del Tomo

2):

- El Pleno del Ayuntamiento de Bigastro acordó en fecha

**31 de enero 05**, punto 13, **aprobar provisionalmente la modificación número 5** efectuada en el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Bigastro, y remitir el expediente **para su aprobación definitiva por el órgano autonómico correspondiente** (folio NUM011, Tomo NUM006), y todo ello visto los informes del Servicio Técnicos Municipales y de **Secretaría Intervención**.

-. Igualmente, el citado Pleno acordó en **fecha 8 de agosto de 2005, el exponer al público el Programa** para el desarrollo de la Actuación Integrada del Sector D-12 del PGOU de

Bigastro, que contiene Programa y Anteproyecto de Urbanización elaborado por la mercantil Construcciones y Promociones Giesco, SL al objeto de que *“por plazo de veinte días, a contar desde la aparición de los correspondiente anuncios en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana puedan ser examinados en las dependencias de Urbanismo del Ayuntamiento de Bigastro”* y presentar alegaciones que se estimen oportunas, de conformidad con el artículo 46 de la LRAU (folio 412).

-. Se procedió a notificar el acuerdo del Pleno de fecha 8 de agosto de 2005, de exposición al público, **notificación que emitida y firmada por el Sr. Secundino el día 17 de octubre de 2005** (folio NUM012, Tomo NUM006), constando las fotocopias de los acuses de recibo remitidos a Construcciones y Promociones Giesco, SL, con fecha de entrega 31 de octubre de 2005 (folio

NUM013 y ss, Tomo NUM006).

-. En fecha 24 de noviembre de 2005, tuvo entrada en el Ayuntamiento de Bigastro un escrito presentado por Construcciones y Promociones Giesco, SL, en el que **se expresa su interés en obtener la adjudicación de la condición de urbanizador del referido Sector D-12 para lo que presenta una proposición jurídica económica y convenio urbanístico** a la A. T de P.D.A.I para el desarrollo del Sector D-12, debiendo de llamar la atención al hecho de que en el Apartado Segundo, del punto 5 “Medidas Compensatorias”, folio 9 de la proposición, se oferta “la adquisición por parte de este candidato a Urbanizador del 10% de cesión municipal obligatoria”, con el siguiente calendario (folio NUM014, Tomo NUM006):

-. 300.000 euros en agosto de 2005.

-. 300.000 euros en diciembre de 2006.

-. 300.000 euros en junio de 2006.

-. 602.530 euros en diciembre de 2006 y/o aprobación definitiva de la Modificación número 5 al PGOU de Bigastro.

-. El Pleno de Ayuntamiento de Bigastro en fecha **31 de julio de 2006, aprobó definitivamente el PAI del Sector D-12**, cuyo contenido viene determinado por la Alternativa Técnica formulada por la mercantil Construcciones y Promociones Giesco, SL, y aprobar la proposición jurídica-económica presentada por dicha mercantil (folio NUM015, Tomo NUM006 y 493, Tomo NUM006).

-. Se procedió a notificar el acuerdo del Pleno de fecha

31 de julio de 2006, de aprobación definitiva del PAI,

**notificación que emitida y firmada por el Sr. Secundino el día 21 de agosto de 2006 por el Sr. Secundino como Secretario- Interventor con fecha 21 de agosto de 2006**, con fecha de registro de salida el 28-11-2006 (folio NUM016, Tomo NUM006), constando las fotocopias de la notificación por correo certificado a la mercantil Giesco en fecha de entrega 4 de diciembre de 2006 (folio NUM017, Tomo NUM006)

-. Finalmente, por el Pleno del Ayuntamiento de Bigastro de **fecha 11 de diciembre de 2012, se acordó la anulación de la modificación 5ª del Plan General de Ordenación Urbana de Bigastro** (folio NUM018, Tomo NUM006).

**SEPTIMO.-** Del expediente administrativo antes citado así como del resto de documentos aportado a la causa a lo largo de la instrucción, que no fueron impugnados, resultaría probado lo siguiente:

-. **La existencia de una “Carta de pago” de fecha 9 de agosto de 2.005, por importe de 300.000 euros**, en la que consta como “El Depositario de Fondos de este Ayuntamiento”, recibe dicha cantidad, firmando **como depositario** y como interventor, haciéndose constar que ese dinero se entrega **“en concepto de pago a cuenta de la cesión de derechos del 10% de aprovechamiento del Sector-12 en su condición de Urbanizador según programa presentado en el Pleno de fecha 8 de agosto de 2.005”**, en el que, además, consta que *“De la referida cantidad firmo con esta fecha el equivalente Mandamiento de Ingreso bajo el mismo número, debiendo tomarse razón de la presente en la Intervención de dichos fondos, sin cuyo requisito no será válida esta Carta de Pago”*, constando estampado un sello de **“Contabilizado”**(folio NUM019, Tomo NUM006).

- **Del extracto de cuenta NUM020, titularidad de Giesco y del Libro Diario de la empresa Giesco** con el concepto de "Ayuntamiento de Bigastro, pago 10%", se desprende que con el pagaré número 2985581 se abonaron **138.000 euros** de esos 300.000 euros que recoge la anterior Carta de Pago (folios 700 y 709, Tomo 3).

- **Del Libro Diario de la empresa Giesco** (folio NUM021, Tomo NUM022) con el concepto de "entrega a CTA-12" "Caja", se desprende que 162.000 euros fueron entregados en efectivo por esta mercantil a favor del Ayuntamiento de Bigastro, lo que junto con la cantidad entregada con el pagaré de 138.000 euros, completan el importe contemplado en la Carta de Pago de fecha

9 de agosto de 2005.

- **La existencia de una "Carta de Pago" de fecha 27 de diciembre de 2005**, por importe de 150.000 euros, tratándose de una carta de pago informática del programa de contabilidad, en la que consta como concepto "enajenación de solares", (folio NUM023, Tomo NUM006)

- **La existencia de una "Carta de pago" de fecha 28 de marzo de 2006** correspondiente a un cheque por importe de

150.000 euros, en concepto de "ingresos derivados de su condición de urbanizador en el Sector D-12, correspondiente a enero de 2006" firmando por el depositario de fondos y por el interventor, "De la referida cantidad firmo con esta fecha el equivalente Mandamiento de Ingreso bajo el mismo número, debiendo tomarse razón de la presente en la Intervención de dichos fondos, sin cuyo requisito no será válida esta Carta de Pago", constando estampado el sello de la Alcaldía de Bigastro y el sello de la Secretaria-Intervención, y estampado contabilizado (folio NUM024, Tomo NUM006).

- Hoja de contabilidad del Ejercicio 2006, del Ayuntamiento de Bigastro de fecha 30 de marzo de 2006, correspondiente a "enajenación de solares", por importe de

150.000 euros, del aprovechamiento urbanístico D-12 (folio NUM025, Tomo NUM006).

- Resguardo de ingreso de la Caixa por importe de 150.000 euros (folio NUM026, Tomo NUM006).

- **Carta de pago de fecha 21 de julio de 2006**, correspondiente por importe de 150.000 euros, en concepto de "pago a cuenta aprovechamiento urbanístico del Sector D-12 de Bigastro", firmando depositario de fondos y como interventor, "De la referida cantidad firmo con esta fecha el equivalente Mandamiento de Ingreso bajo el mismo número, debiendo tomarse razón de la presente en la Intervención de dichos fondos, sin cuyo requisito no será válida esta Carta de Pago", constando estampado el sello de la Alcaldía de Bigastro y el sello de la Secretaria-Intervención, y estampado contabilizado (folio 502), existiendo unas letras a mano que no se pueden leer.

- Hoja de contabilidad del Ejercicio 2006, del Ayuntamiento de Bigastro de fecha 27-07-2006, correspondiente a "aprovechamiento urbanístico sector D-12", por importe de

150.000 euros, (folio 503).

- **Carta de pago de fecha 4 de agosto de 2006** por importe de 150.000 euros, satisfechos en "la caja municipal" por Giesco, en concepto de "pago a cuenta aprovechamiento urbanístico del Sector D-12", firmando depositario de fondos y

como interventor, "De la referida cantidad firmo con esta fecha el equivalente Mandamiento de Ingreso bajo el mismo número, debiendo tomarse razón de la presente en la Intervención de dichos fondos, sin cuyo requisito no será válida esta Carta de Pago", constando estampado el sello de la Alcaldía de Bigastro y el sello de la Secretaria-Intervención, y estampado contabilizado (folio 504).

- **Carta de pago de fecha 21 de diciembre de 2006** por importe de 130.000 euros en concepto de "entrega a cuenta del 10% de aprovechamiento medio del Sector D-12 del PGOU de Bigastro, firmando depositario de fondos y como interventor, "De la referida cantidad firmo con esta fecha el equivalente Mandamiento de Ingreso bajo el mismo número, debiendo tomarse razón de la presente en la Intervención de dichos fondos, sin cuyo requisito no será válida esta Carta de Pago", constando estampado el sello de la Alcaldía de Bigastro y el sello de la Secretaria-Intervención (folio 512).a

- Pagaré de fecha 22 de diciembre de 2006 por importe de

130.000 euros (folio 513).

- Hoja de contabilidad del Ejercicio 2006, del Ayuntamiento de Bigastro de fecha 22-12-2006, correspondiente a "enajenación de solares", por importe de 150.000 euros, (folio 503).

**OCTAVO.-** En el acto del Juicio declararon como testigos:

- Doña **Trinidad, Alcaldesa-Presidente del Ayuntamiento de Bigastro desde el 2011 y 2015**, manifestó que fue ella quien interpuso la denuncia ante Fiscalía y que la ratifica; que si bien no recuerda el motivo del desistimiento en la tramitación de la modificación del Sector D-12 afirmó que siempre se ha realizado con el informe jurídico de intervención y de secretaria, sin que se debiera a “un interés político”; que no recordaba si se debió a los defectos que hubiera pero que si está su firma en el acta del Pleno así sería; en cuanto a las funciones de Secretario- Interventor, **afirmó que coincidió brevemente con Secundino como interventor y que a este le corresponde como función la contabilidad**; que había mandamientos de pago, pero a mano cree que no, que las operaciones contables las sacaba el programa informático; que se trabajaba con transferencias bancarias; preguntada por si era habitual en el año 2012 los pagos en efectivo, manifestó que no, que había una caja contabilizada con poco dinero, para gastar en folios, gasolina, etc, pero que no tenía seguridad para guardar grandes cantidades de

dinero, pero que, en todo caso, el dinero en efectivo se tenía que contabilizar, al menos, desde que ella llegó; que cuando ella llegó al Ayuntamiento en el banco no había dinero, no había dinero ni para gasolina de la Policía; que tuvieron que hacer un informe contable para saber la situación porque llegaban facturas de proveedores sin cobrar; **que no había en el banco cantidades de dinero sin ser reflejadas en las cuentas contables; que la contabilidad era un desastre; que en el Ayuntamiento había facturas en los cajones, no contándole a ella que hubiera documentos en cajas**; que desconoce cómo funcionaba el Ayuntamiento en el año 2006; que no sabe en la época en la que el Sr. Fermín era Alcalde quien se encargaba de la contabilidad; que no recuerda que siendo la declarante Alcaldese se acordara en pleno la supresión de casi 600.000 euros.

- **Don Baldomero, socio y administrador de Giesco**, afirmó en el acto del Juicio que estaban interesado por la compra del aprovechamiento urbanístico del D-12, así como que se le adjudicara la condición de urbanizador; que negocio este tema con el Ayuntamiento, en concreto con el Alcalde; que lo fue a través de un abogado de urbanismo, Jose Ángel, que era conocido de su Arquitecto; que los documentos técnicos los presentó su abogado; que el declarante se limitó a pagar lo que ponía el programa de pagos, pues ellos eran constructores; que preguntado para que explique cómo es posible que el día 9 de agosto de 2005 entregara la primera cantidad y el día anterior se había acordado la exposición pública, respondió que lo desconoce; que él no sabía si era legal o no, limitándose a seguir el programa de pagos; que él iba al Ayuntamiento a pagar, unas veces en efectivo, dándole cartas de pago.

Con exhibición de los folios 385 y ss, del Tomo NUM006, y en concreto el folio NUM027, afirmó que él fue al Ayuntamiento a pagar, reconociendo el cheque que aparece al folio 393, y afirmando que “seguramente” se pagó en efectivo el resto.

Con exhibición de los folios 692 y ss del Tomo 3, resultaría que, efectivamente, consta en el extracto de cuenta el cargo del pagaré número 29855581 por importe de 138.000 euros (folio 700) y en Libro Diario de la contabilidad de la mercantil, pago 10% Ayuntamiento de Bigastro de 138.000 euros (ver folio 709).

Finalmente, el testigo reconoció que el dinero lo entregó materialmente en el despacho del Alcalde al Sr. Fermín, no recordando si el interventor estaba delante.

En relación con el pago efectuado el 4 de agosto de 2006, (carta de pago al folio NUM028, Tomo NUM006), se acreditó su pago en efectivo con la exhibición del Libro Diario de la Contabilidad de la mercantil (ver folio 716), afirmando el Sr. Baldomero que siempre pagaba en el despacho del alcalde, recordando que fue al Alcalde, aunque no estaba seguro.

Con exhibición de los folios 525 y ss del Tomo 2, se le preguntó si es cierto que, habiendo hecho entrega de 1.030.000 euros, comenzó a pedir la devolución al Ayuntamiento, afirmando que no lo recordaba.

No obstante, efectivamente en dichos folios consta los escritos de la mercantil Giesco (si bien encabezados por su hermano), en los que se comienza a reclamar la devolución de las cantidades entregadas al Ayuntamiento, afirmándose que se trataba de ingresos indebidos, dando lugar a la interposición de una demanda, ante el Juzgado Contencioso de Elche, aspecto al que posteriormente nos referiremos.

- **Don Arsenio, socio y administrador de Giesco**, afirmó que todo lo relativo a este tema lo llevaba su hermano, estando él en la obra, no habiendo ido nunca a pagar; que las cantidades que se adelantaron con cargo del aprovechamiento urbanístico, y seguramente se entregaron al Alcalde, ya que su hermano le decía que se las había entregado a Fermín, aunque dado el tiempo transcurrido no está seguro; que pagaron en efectivo y con pagarés y que él siempre le decía a su hermano que se trajera la carta de pago; que ellos lo apuntaban en sus Libros de contabilidad; que no se acuerda de las fechas y pagos que hicieron, pero que constan en la Sentencia del TSJ; que en total pagaron 1.030.000 euros; que solicitaron la devolución de las cantidades en el Ayuntamiento porque se lo dijo su hermano.

- **Don Jose Ángel, letrado especialista en urbanismo, que fue contratado por Giesco**, encargándose de la parte jurídica del programa y la plica, afirmó que la modificación fue aprobada provisionalmente en enero de 2005; que en el programa de actuación había una oferta del 10% del aprovechamiento urbanístico pues era la práctica habitual en esas fechas, siendo normal que constara en la plica, aunque no recuerda los documentos; que no se acuerda si había una oferta para la adquisición de ese 10% pero debe de haberla porque se

adquirió; que tiene conocimiento de los hechos por el contencioso que se ha seguido; que en relación a que el primer pago se hiciera en agosto, afirma que son cuestiones económicas decididas por el cliente, no siendo cierto que él las hablara con el Sr. Fermín; no sabía lo del primer pago ni Giesco se lo manifestó; que con exhibición del escrito que consta al folio NUM029, del Tomo NUM006, en la que se afirma que se ha anticipado el pago del precio pactado, no lo recuerda, tratándose, en todo caso, de una negociación entre sus clientes con el Ayuntamiento, haciéndose él "eco" de ese acuerdo, no participando en ese acuerdo; que en esas fechas los Alcaldes exigían la anticipación del pago de las obligaciones y este es un ejemplo, pudiendo hacerse al amparo de la Ley; que el Ayuntamiento ha pagado con cargo al fondo y terminó hace unos meses, habiendo peleado por no pagar; que la Sentencia del TSJ entra a valorar lo que se hizo y dice que es legítimo; el Ayuntamiento aprobó provisionalmente el cambio de calificación y luego lo aprueba la Consellería; que luego no cuajó y se solicitó la devolución del dinero; que el Ayuntamiento desistió de la tramitación y hasta entonces había una expectativa; que conoce al acusado, Sr. Fermín desde hace mucho tiempo, teniendo una relación estrecha con él pero no tiene relación con el Sr. Secundino.

- **Doña Melisa, Alcaldesa- Presidente del Ayuntamiento de Bigastro** desde 2015 al 2019, y también en la actualidad, en el acto del Juicio afirmó que desconocía el motivo por el que el Ayuntamiento decidió desistir de la modificación del D-12; que tras la Sentencia del TSJ tenía que devolver una cantidad a Giesco; en el año 2015, recibieron la sentencia de primera instancia y decidieron recurrir ante el TSJ, quien resolvió a finales del 2019, que estimando parcialmente, rebaja la cantidad a abonar; el Letrado del Ayuntamiento solicitó declaración de prejudicialidad, pero se desestimó, no considerándose oportuno recurrir en casación; que incluyeron esa cantidad en el Fondo especial para incluirlo en el año 2019, y se ha pagado, terminándose el pago en el año 2021, incluyendo la reclamación de intereses, reclamando el Ayuntamiento por las cantidades distraídas.

Además, añadió que a esas fechas el Ayuntamiento tendría un presupuesto de unos 3 millones de euros, e incluso menos; que han tenido varios procedimientos con Giesco, incluido uno de responsabilidad patrimonial.

**NOVENO.**- En el acto del Juicio también declaró como testigo, doña Virginia, Secretaria- Interventora del Excmo. Ayuntamiento de Bigastro, entre mayor de 2013 a mediados de 2017.

- **Doña Virginia afirmó que es Secretaria interventora, con habilitación estatal**, y que se le solicitó por la Alcaldesa una serie informes relacionados con las irregularidades en la tramitación y aprobación del programa de actuación integral del Sector D-12, de los pagos para adquirir la condición de urbanizador; de la constitución de la garantía, etc, para lo cual examinó la documentación, la contabilidad y las cuentas del Ayuntamiento, debiendo de destacar que el primer informe que emitió consta a los folios

78 y ss del Tomo 1 (documentos todos ellos que se acompañaban a la denuncia de la Alcaldesa que da origen al presente procedimiento), constando el resto de informes a los folios 669 y ss del Tomo NUM006 y folio NUM030 y ss, del Tomo NUM022).

En el acto del Juicio la Sra. Virginia fue interrogada por los informes que emitió, incidiéndose en cada una de las cartas de pago que constan en el expediente administrativo, resultando acreditado lo siguiente:

**1º Carta de pago, fecha 9 de agosto de 2005, por importe de 300.000 euros, no se encontraba contabilizada**, si bien del análisis posterior de la documentación aportada por Giesco, se emitió un nuevo informe que consta al folio NUM031, Tomo NUM006, en el que se deja constancia de que:

- La mercantil Giesco aportó justificante de pago realizado correspondiente a la carta de pago que consta en el expediente municipal de fecha 9-08-05, correspondiente a 300.000 euros, y que no se encuentra contabilizada por el ayuntamiento, **un cheque bancario con número NUM005 por importe de 138.000 euros** y sin fecha de vencimiento.

- Comprobada la contabilidad municipal consta la operación número 9412, con fecha 2-09-05, por importe de 138.000 euros, en el que si bien la operación no tiene como interesado a la mercantil sino las oficinas municipales y el concepto no se corresponde a entrega a cuenta de aprovechamiento urbanístico del Programa para el Desarrollo de Actuación Integrada del Sector D-12 sino "VTA", no obstante, por la similitud de la operación se considera necesario ponerlo en conocimiento del Juzgado

(cantidad que no es reclamada por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular).

Finalmente, interrogada sobre **los 162.000 euros restantes, manifestó que no se encontró ningún apunte contable que se refiera al mismo.**

2º Carta de pago, de fecha 27 de diciembre de 2005, por importe de 150.000 euros, si bien se encontraba contabilizada (operación número 4730), posteriormente fue barrada (anulada) por operación número 9670 de fecha 31 de diciembre de 2005 (ver informe folio NUM032, Tomo NUM009).

Conforme a la documentación aportada por Giesco, dicho importe fue abonado por un pagaré, que luego se reveló que había sido cobrado en una cuenta titularidad de la mercantil Pavimentos asfálticos.

En este sentido, debemos de tener en consideración el informe de la Sra. Virginia que consta al folio NUM030 y ss, del Tomo NUM022, en el que se afirma que respecto a las posibles deudas pendientes con la mercantil Pavimentos Asfálticos del Mediterráneo, SL que justifiquen el ingreso del pagaré número 6404180 por importe de 150.000 euros, se concluyó que:

- A la fecha del pago realizado al Ayuntamiento tenía pendiente de desembolso obras ejecutadas por la mercantil Pavimentos Asfáltico por obras ejecutadas por la mercantil, cuya imputación podría justificar el ingreso realizado.

- No obstante, no consta en la contabilidad municipal contabilización del pago del citado pagaré, adjuntado la relación de pagos efectuados a dicha mercantil, en el que no se encuentra ningún pago efectuado el 4-01-2006, por importe de 150.000 euros.

**3º Carta de pago de fecha 28 de marzo de 2006** (aunque por error material se haga constar en el informe 20 de marzo de 2006, corrigiéndose la fecha en el acto del Juicio, lo que, en todo caso, se colige de lo que consta al folio NUM033, Tomo NUM009), por importe de 150.000 euros, **sí que consta contabilizada (operación 9402).**

**4º Carta de pago de fecha 21 de julio de 2006**, por importe de 150.000 euros, **fue contabilizado** (operación contable 2194 de fecha 27 de julio de 2006).

5º Carta de pago de fecha 4 de agosto de 2006, por importe de 150.000 euros en efectivo, no se contabilizó (ver folio NUM032, Tomo NUM009).

**6º Carta de pago de fecha 22 de diciembre de 2006**, por importe 130.000 euros, **fue contabilizada** (operación número 9403 de 22 de diciembre de 2006).

Finalmente, con fecha 10 de abril de 2007, se contabilizaron con número de operación (11862, 11863 y 11864, por importes de 50.105,00 euros; 12.760 euros; 17.855 euros)

Por otro lado, realizó las manifestaciones de interés para la causa:

- Su informe lo emitió atendiendo a la documentación obrante en la contabilidad municipal.

- **Los pagos en efectivo no eran un ingreso ordinario de la Administración**, y ahora no estaría permitido, pero en todo caso debería estar contabilizado en las cuentas tesoreras, y constar en la caja propia del Ayuntamiento o en las cuentas bancarias.

- No consideró necesario examinar las cuentas corrientes del Ayuntamiento para comprobar el ingreso de este dinero en efectivo por cuanto en el momento que se cierra contabilidad municipal y se aprueba la cuenta general del correspondiente ejercicio, la cuenta tesorera, el remanente tesorería y la cuenta de fondos líquidos tienen que coincidir exactamente con las operaciones que aparecen contabilizadas.

- En relación con las operaciones de agosto de 2005 y de 2006, en dinero en efectivo, no constan contabilizado, ni siquiera en la cuenta formalización, como posible compensación de deudas.

- **El responsable de la contabilidad y de la contabilización adecuada era del secretario-interventor que estuviera en esas fechas.**

- Le solicitaron la emisión de los informes el mismo año que se incorporó al Ayuntamiento en el año 2013, que no emitió los informes de oficio y que cuando descubrió información relevante en relación con los pagos de Giesco lo puso en conocimiento del Juzgado.

- La contabilidad del Ayuntamiento cuando ella llegó era caótica, y algunos casos no ha podido ni determinar si había habido un ingreso.

- **Cuando se cierra el ejercicio contable es posible modificarlo mediante un expediente, sucediendo así, por ejemplo en el caso de Sogeinsa**, en el que partidas contables puestas en duda aparecía el soporte documental.

- La custodia material del dinero es de Tesorería, y la intervención que realiza el Sr. Secundino respecto de la carta de pago de agosto de 2006 es toma de razón, lo que se traduce en la fiscalización o control interno, de que se ha contabilizado el ingreso, no es un acto de fe pública.
- En cuanto al personal de contabilidad del Ayuntamiento estaba el Sr. Carlos Ramón, quien incluso firmaba como interventor.
- En agosto de 2005 el PAI fue expuesto al público, para que los interesados pudieran presentar alegaciones y propuestas.
- No consta que se firmara el convenio urbanístico ni que se presetara el aval.
- Según su entender no era posible la venta por parte del Ayuntamiento del 10% del aprovechamiento urbanístico antes de la aprobación definitiva del planeamiento, porque nunca llegó a materializarse el aprovechamiento.
- El Ayuntamiento desistió de la modificación 5º del PGOU por problemas técnicos.
- El dinero obtenido por la venta del aprovechamiento debe destinarse al patrimonio municipal del suelo.

**DECIMO.-** Finalmente, declararon como testigos, **don Cristóbal, Jefe del Servicio de Régimen Jurídico e Inspección Territorial, y don Nemesio, destinado en dicho servicio**, que es quien emitió el informe, con el visto bueno del primero.

De dicho informe y de la declaración de los mismos en el acto del Juicio podemos extraer las siguientes conclusiones:

- **Conforme la LRAU de 1994, de la Comunidad Valenciana es posible la simultánea tramitación del planeamiento urbanístico y la programación**, dándose la circunstancia de que es posible la aprobación de la programación sea anterior al planeamiento, pues el primero depende del ayuntamiento y el segundo, requiere la aprobación sucesiva del ayuntamiento (provisional) y de la Comunidad Autónoma (definitiva), lo que consume más tiempo.
- **La aprobación provisional del programa tiene validez plena pero carece de eficacia**, no pudiendo producir efectos hasta que aprueba el planeamiento urbanístico.
- La adjudicación de la condición de urbanizador previa a la aprobación definitiva del planeamiento tiene validez plena y eficacia condicionada a esa aprobación definitiva del planeamiento.
- No es posible enajenar el aprovechamiento lucrativo antes de la aprobación definitiva del PAI, por cuanto el aprovechamiento se crea a través del planeamiento urbanístico, y por tanto, hasta que no recaiga la aprobación definitiva del planeamiento y éste empiece a producir efectos (con su publicación) será cuando ha “nacido” el aprovechamiento como bien inmueble susceptible de ser patrimonializado por propietarios y administración actuante.
- No es posible la enajenación directa del 10% de aprovechamiento urbanístico.

En todo caso, como pusieron de manifiesto dichos testigos a preguntas del Letrado Sr. Peris, se tratan de contestaciones “académicas”, emitidas con carácter general, por lo que ha de estarse a lo resuelto en el presente caso, primero, por el Juzgado de lo Contencioso Número Uno de Elche, y posteriormente, el TSJ de la Comunidad Valenciana, resoluciones a las que haremos referencia en un momento posterior.

**UNDÉCIMO.-** Los anteriores hecho serían constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del artículo 432 1 y 2 del CP.

De lo expuesto hasta ahora resultaría claramente acreditado que antes de que el Pleno del Ayuntamiento aprobara definitivamente el PAI del Sector D-12 en julio de 2006, cuyo contenido viene determinado por la Alternativa Técnica formulada por la mercantil Construcciones y Promociones (lo que tuvo lugar por el Pleno de Ayuntamiento de 31 de julio de 2006) y de aprobar la proposición jurídico-económica presentada por dicha mercantil, e incluso antes de que se procediera a notificar dicha resolución a los interesados, y, por tanto, antes de adquirir la condición de urbanizador, la mercantil Giesco de la mano de don Baldomero, procedió a realizar entregas de dinero en pago del 10% del aprovechamiento urbanístico que dicha mercantil debía ceder al Ayuntamiento de forma gratuita, una vez que adquiriera la condición de urbanizador, lo que se traduce en una

adjudicación directa de dicho aprovechamiento a la mercantil Giesco por parte del Sr. Fermín, como Alcalde de Bigastro, antes del trámite administrativo oportuno para ello, sin que, por otro lado, dicha venta se sometiera a ningún tipo de fiscalización previa ni justificación de su precio o del procedimiento a seguir, y sin que previamente se firmara el convenio ni se prestara el aval correspondiente, y sin que, por parte del Sr. Secundino,

en cuanto Secretario-interventor, y con pleno conocimiento de la tramitación y aprobación de la modificación de 5º del PGOU y del PAI referente al Sector D- 12, no realizó, debiendo de haberlo hecho por razón de su cargo, informe ni efectuó objeción alguna, a pesar de que suponía actuar fuera del procedimiento, ni realizó ningún informe con el objeto de fiscalizar el precio que se estaba abonando por la enajenación del 10% del aprovechamiento, del procedimiento seguido, ni tampoco formuló objeción alguna, a pesar de que ni siquiera se había firmado el convenio urbanístico ni prestado el aval correspondiente.

Dicha actuación supone una infracción grave, grosera y arbitraria de las normas del procedimiento, del que se prescinde de forma absoluta, afectando de forma notable al correcto funcionamiento de la función pública, atentando claramente a los principios de imparcialidad, objetividad y legalidad que debía inspirar la actuación del Sra. María Milagros y del Sr. Secundino, pues si bien se siguió una tramitación administrativa que, en principio o superficialmente podría considerarse ajustada a Derecho, por debajo de ella y al margen de la misma, se estaban llevado a cabo actos que suponían prescindir totalmente de este procedimiento, al aceptar pagos en pago del 10% de aprovechamiento.

Sin embargo, la Sala entiende que no estamos ante un delito continuado de prevaricación, sino en una unidad típica de acción, por cuanto, si bien es cierto que se recibieron pagos a lo largo del tiempo, emitiéndose las correspondientes cartas de pago, y siguiéndose los trámites correspondientes, mediante los acuerdos de los Plenos del Ayuntamiento, todo formaría de un único expediente administrativo que tendrían un único fin que era el pago anticipado del 10% del aprovechamiento urbanístico que debía ser cedido de manera gratuita al Ayuntamiento.

**DUODÉCIMO.-** Por otro lado, también quedaría acreditado, sin sombra de duda, que parte del dinero entregado por Giesco

en pago de ese aprovechamiento habría sido distraído del patrimonio municipal, con ánimo lucro del Sr. Fermín y consentido el Sr. Secundino, cuando ambos, por razón de sus respectivos cargos, tenían la obligación de asegurar que dicho dinero era ingresado en las cuentas públicas destinado a fines o necesidad públicas, considerándose continuado en el caso del Sr. Fermín, revistiendo este delito especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas (162.000 euros y 150.000 euros).

**DECIMO-TERCERO.-** Del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del CP y del delito continuado de malversación de caudales públicos del artículo 432, 1 y 2 del CP, es penalmente responsable en concepto de autor el Sr. Fermín, conforme al artículo 28 del CP, al haber quedado acreditada su participación directa y material en los hechos que se han declarado probado por lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior.

En concreto:

- En la fecha a la que se contraen los hechos, el Sr. Fermín era el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Bigastro, máxima autoridad en el Ayuntamiento, y conforme a la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en su art. 21, al establecer las atribuciones del Alcalde Presidente, compete a este la dirección del gobierno y administración municipal y más concretamente en lo que ahora concierne "Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales".
- Como Alcalde-Presidente estuvo presente, como es puede comprobar en el expediente administrativo, en todos y cada uno de los Plenos en los que se decidieron aspectos fundamentales a la modificación 5º del Plan Municipal de Bigastro y de la tramitación y aprobación del PAI correspondiente al D-12.
- Por lo tanto, era perfectamente conocedor de los trámites relativos a la aprobación de la modificación 5º del Plan y del PAI del D-12.
- A pesar de ese conocimiento, aceptó pagos por parte de Giesco, prescindiendo absolutamente del procedimiento administrativo, adelantándole, al admitir dichos pagos, la condición de urbanizador y adjudicándole directamente el 10% de aprovechamiento, prescindiendo el procedimiento correspondiente que garantizase la concurrencia pública y la transparencia.

Este extremo ha quedado acreditado por la declaración de los hermanos Baldomero, pues si bien es cierto que Baldomero declaró, aunque con ciertas reticencias, que entregó el dinero al Sr. Fermín, esas entregas vienen avaladas por lo dicho por su hermano, Arsenio, pero también con la documental aportada en las actuaciones, tratándose de documentación que constaba en el expediente municipal con los sellos oficiales del Ayuntamiento y de la Secretaria, y contrastada con todos los documentos y datos contables.

- Ha quedado acreditado que habiendo recibido el total del dinero entregado por Giesco, se apropió, las siguientes cantidades:

- De 162.000 euros abonados en efectivo, correspondientes a la carta de pago de 9 de agosto de 2005.

- 150.000 euros abonados en efectivo, correspondientes a la carta de pago de 4 de diciembre de 2006.

Este extremo habría quedado acreditado a través de la documental aportada por Giesco, en la que se acreditaría la entrega del dinero, pero también de los informes periciales de la Sra. Virginia basándose en los documentos existentes en el expediente administrativo, con los sellos oficiales, y contrastada con los documentos y datos contables y de su declaración en el acto del Juicio.

Como hemos visto, a la Sra. Virginia se le encargó la realización de informes de la situación del Ayuntamiento de Bigastro ante el caos de contabilidad que existía, sin que, a pesar de esos esfuerzos, en los que también hay que reconocer el papel del Ministerio Fiscal en el impulso de la instrucción judicial, se haya acreditado que ese dinero tuvo ingreso en las arcas públicas o que se destinara a fines públicos, aunque fuera distinto al previsto por la Ley (fines de patrimonio público del suelo).

- En el presente caso, el Sr. Fermín se acogió a su derecho a no declarar, por lo que no fue posible exhibirle las Cartas de pago para que se pronunciara si reconocía su firma en ellas.

Sin embargo, dicha actitud del acusado, de mera pasividad, no puede favorecerle, por cuanto habiéndosele imputado que en esos documentos constaba su firma, como depositario, no constando impugnación por su parte al respecto, y habiendo quedado acreditado que se le hizo entrega de las cantidades, en su condición de Alcalde-Presidente, tenía obligación de

garantizar que ese dinero fuera ingresado en las arcas municipales.

No obsta a lo anterior, el hecho de la existencia de un caos en la contabilidad municipal, ya que, precisamente a la Sra. Virginia se le encargó realizar informes sobre la situación, examinando la total documentación que fueron hallados sin contabilizar en las oficinas municipales, sin que, de nuevo en situación de caos haya de favorecer a ninguno de los acusados dada su responsabilidad municipal, debiendo de tenerse en cuenta que estos informes que se emitieron mucho tiempo después de la ocurrencia de los hechos, lo que ha permitido, como hemos visto, que cantidades que inicialmente no constaban contabilizadas, fueran justificadas por la Sra. Virginia, lo que no ha ocurrido en relación con estas cantidades.

Tampoco desdice lo anterior la documentación aportada por la defensa del Sr. Secundino con carácter previo al inicio del acto del Juicio por cuanto no vienen referidas esas cantidades concretas, consistiendo el primero un documento correspondiente a un informe sobre las cuentas del Sr. Secundino correspondiente a otro procedimiento, y el segundo, en Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bigastro de fecha 29 de julio de 2013, referente, entre otras, a la ratificación de la resolución de la Alcaldía de dar de baja en la contabilidad de obligaciones pendientes correspondientes a los ejercicios 1996-2008 y 2009-2012, viendo en este último documento a reforzar la idea de caos en la contabilidad, pero no puede admitirse que, bajo ese caos, en la que ambos tendrían responsabilidad por sus respectivos cargos, se diluya la responsabilidad penal exigida en el presente caso.

**DECIMO-CUARTO.-** Del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del CP y del delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 y 2 del CP, es autor el Sr. Secundino, en el primero de ellos por comisión por omisión del artículo 11, y en ambos casos, conforme al artículo 28 del CP, al haber quedado acreditada su participación directa y material en los hechos que se han declarado probado por lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior.

En este sentido, debemos de partir del hecho de que el Sr. Secundino era el interventor-Secretario del Ayuntamiento de Bigastro en la fecha de los hechos.

En el acto del Juicio se acogió a su derecho a no declarar, no dando explicaciones de las graves imputaciones formuladas en su contra.

Si bien se echa de menos un informe concreto sobre las funciones correspondientes al Sr. Secundino, no obstante, en la Ley vienen claramente definidas **las funciones propias del Secretario-interventor**.

Así, en el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en la redacción vigente a la fecha de los hechos (posteriormente modificada por la Ley 27/2013 y RD Ley 10/2015) que: **“3. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional:**

a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación”.

Por su parte, en el **Real decreto 1174/87 de 18 de septiembre, regulador de las funciones de la Administración local con habilitación de carácter nacional**, después de reiterar en su artículo 1 las funciones públicas necesarias de las Corporaciones Locales antes referidas, señala en su punto

3 que “Quien ostente la responsabilidad administrativa de cada una de las funciones referidas en el apartado 1 tendrá atribuida la dirección de los servicios encargados de su realización, sin perjuicio de las atribuciones de los órganos de gobierno de la Corporación Local en materia de organización y dirección de sus servicios administrativos”.

Por su parte, en el artículo 2 se establece que *“La función de fe pública comprende:*

a) *La preparación de los asuntos que hayan de ser incluidos en el orden del día de las sesiones que celebren el Pleno, la Comisión de Gobierno decisoria y cualquier otro órgano colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma, de conformidad con lo establecido por el Alcalde o Presidente de la Corporación y la asistencia al mismo en la realización de la correspondiente convocatoria, notificándola con la debida antelación a todos los componentes del órgano colegiado.*

b) *Custodiar desde el momento de la convocatoria la documentación íntegra de los expedientes incluidos en el orden del día y tenerla a disposición de los miembros del respectivo órgano colegiado que deseen examinarla.*

c) *Levantar acta de las sesiones de los órganos colegiados referidos en el apartado a) y someter a aprobación al comienzo de cada sesión añ de la precedente. Una vez aprobada, se transcribirá en el Libro de Actas autorizada con la firma del Secretario y el visto bueno del Alcalde o Presidente de la Corporación.*

d) *Transcribir al Libro de Resoluciones de la Presidencia las dictadas por aquélla y por los miembros de la Corporación que resuelvan por delegación de la misma.*

e) *Certificar de todos los actos o resoluciones de la Presidencia y los acuerdos de los órganos colegiados decisorios, así como de los antecedentes, libros y documentos de la Entidad.*

f) *Remitir a la Administración del Estado y a la de la Comunidad Autónoma, en los plazos y formas determinados reglamentariamente, copia o, en su caso, extracto de los actos y acuerdos de los órganos decisorios de la Corporación, tanto colegiados como unipersonales.*

g) *Anotar en los expedientes, bajo firma, las resoluciones y acuerdos que recaigan.*

h) *Autorizar, con las garantías y responsabilidades inherentes, las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la Entidad.*

i) Disponer que en la vitrina y tablón fijen los que sean preceptivos, certificándose así fuera preciso.	de anuncios su resultado	se si
--	--------------------------	-------

j) *Llevar y custodiar el Registro de Intereses de los miembros de la Corporación y el Inventario de Bienes de la Entidad.*

Por su parte, en el artículo 3 se establece que: **“La función de asesoramiento legal preceptivo comprende:**

a) *La emisión de informes previos en aquéllos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de Concejales o Diputados con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán*

*señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.*

b) *La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial. En estos casos, si hubieran informado los demás Jefes de servicio o dependencia u otros asesores jurídicos, bastará consignar nota de conformidad o disconformidad, razonando esta última, asumiendo en este último caso el firmante de la nota la responsabilidad del informe.*

c) *La emisión de informes previos siempre que un precepto legal expreso así lo establezca.*

d) *Informar, en las sesiones de los órganos colegiados a que asista y cuando medie requerimiento expreso de quien presida, acerca de los aspectos legales del asunto que se discuta, con objeto de colaborar en la corrección*

jurídica de la decisión que haya de adoptarse. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión sobre cuya legalidad pueda dudarse podrá solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación.

e) Acompañar al Presidente o miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras y, si así lo demandaren en sus visitas a autoridades o asistencia a reuniones, a efectos de asesoramiento legal”.

En el artículo 4 se establece que “1.La función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria comprende:

a) La fiscalización, en los términos previstos en la legislación, de todo acto, documento o expediente que dé lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico o que puedan tener repercusión financiera o patrimonial, emitiendo el correspondiente informe o formulando, en su caso, los reparos procedentes.

b) La intervención formal de la ordenación del pago y de su realización material.

c) La comprobación formal de la aplicación de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones y servicios.

d) La recepción, examen y censura de los justificantes de los mandamientos expedidos a justificar, reclamándolos a su vencimiento.

e) La intervención de los ingresos y fiscalización de todos los actos de gestión tributaria

f) La expedición de certificaciones de descubierto contra los deudores por recursos, alcances o descubiertos.

g) El informe de los proyectos de presupuestos y de los expedientes de modificación de créditos de los mismos.

h) La emisión de informes, dictámenes y propuestas que en materia económico-financiera o presupuestaria le hayan sido solicitadas por la Presidencia, por un tercio de los Concejales o Diputados o cuando se trate de materias para las que legalmente se exija una mayoría especial, así como el dictamen sobre la procedencia de nuevos servicios o reforma de los existentes a efectos de la evaluación de la repercusión económico-financiera de las respectivas propuestas. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión sobre cuyas repercusiones presupuestarias pudiera dudarse, podrán solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación,

i) La realización de las comprobaciones o procedimientos de auditoría interna en los Organismos autónomos o Sociedades mercantiles dependientes de la Entidad con respecto a las operaciones no sujetas a intervención previa, así como el control de carácter financiero de los mismos, de conformidad con las disposiciones y directrices que los rijan y los acuerdos que al respecto adopte la Corporación.

2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, aquellas Entidades locales que tengan implantado un sistema informático de gestión y seguimiento presupuestario podrán establecer que las funciones de control y fiscalización interna se efectúen por muestreo o por los medios informáticos de que disponga la Entidad local”.

Finalmente, en el artículo 6, “1. La función de contabilidad comprende:

a) La coordinación de las funciones o actividades contables de la Entidad local, con arreglo al Plan de Cuentas a que se refiere el artículo 114 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, emitiendo las instrucciones técnicas oportunas e inspeccionando su aplicación.

b) La preparación y redacción de la Cuenta General del Presupuesto y de la Administración del Patrimonio, así como la formulación de la liquidación del presupuesto anual.

c) El examen e informe de las Cuentas de Tesorería y de Valores Independientes y Auxiliares del Presupuesto.

2. La responsabilidad administrativa de las funciones contables propias de la Tesorería corresponderá a funcionarios con habilitación de carácter nacional en los supuestos en que, de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto, esté reservada a los mismos la responsabilidad del conjunto de la función de Tesorería”.

Además de lo fijado en la Ley, la intervención material del Sr. Secundino, como Secretario-Interventor, queda acreditada por la prueba practicada en el acto del Juicio, tanto por testifical, de su propia declaración del acusado en fase de instrucción y de la documental aportada.

En efecto, como hemos visto varios testigos, han declarado que entre las funciones del Sr. Secundino se encontraba la contabilidad municipal, como es el caso de la Sra. Melisa, de la Sra. Virginia y de la Sra. Trinidad.

En su declaración en fase de instrucción del día 13 de enero de 2016, tras ser informado de sus derechos y de los delitos imputados (incluyendo el delito de malversación de caudales públicos) afirmó que conocía la denuncia interpuesta; que no es experto en urbanismo, sin que el Alcalde la haya pedido ningún informe sobre

estos temas, siendo su participación formal de notificación y/o publicación; que en la Alcaldía había una oficina técnica y se lo bajaban todo ya preparado; **que materialmente el Concejal de Urbanismo era el Alcalde**, aunque formalmente no; que al Sr. Fermín “le gustaba mucho”; preguntado si llegó a haber un convenio urbanístico, afirmó que no lo recordaba; **que sí comprobaba la regularidad de los pagos efectuados; que fiscalizaba los pagos y los cobros; que La Carta de pago es un resguardo de haber hecho un ingreso, siendo su función comprobar que se ha contabilizado; que allí (en el Ayuntamiento) “no se ha perdido ni un céntimo”; cuando él firmaba un mandamiento de ingreso, comprobaba que llevaba adjunto un talón o apunte bancario, que debían coincidir perfectamente; preguntado por la falta de ingreso de dinero en las cuentas, afirma que es posible que una parte se ingresara y otra “se sacara en metálico para pagar cosas”, pero que “en todo caso, se hacía constar en la contabilidad”; que no hay dinero en efectivo que no se haya contabilizado; que nadie ha ido con fajos de billetes para que él lo contara, y que es imposible que alguien se “lo haya llevado a su casa”; con exhibición de una de las cartas de**

**pago reconoce su firma, pero no lo que consta manuscrito, no reconociendo su firma en otra;** preguntado si ha hecho dejación de funciones, permitiendo que el Sr. Carlos Ramón o el Sr. Fermín confeccionara los documentos, manifiesta que no, que solo puede ser que estuviera de vacaciones y/o de vacaciones; en relación con los contratos administrativos, preguntado si verificada si se había prestado el aval?...dice que sí; que solo ha pagaba en efectivo 1.000 o 2.000 euros, nunca 90.000 o

100.000 euros; que los de Giesco siempre estaban en el Ayuntamiento, visitando al Alcalde; **que cuando estaba de vacaciones o de baja, siempre le daban cuenta y se fiaba de todos lo que estaban allí;** que son su consentimiento nadie se ha llevado dinero; que la carta pago, podía ser manual o informática; preguntado por la discrepancia entre las cartas de pago y la contabilidad, manifestó que sigan buscando, que tiene que estar seguro; que antes de emitir la Carta de pago, hay el ingreso, con el talón del banco, e ingreso lo hace el equipo de contabilidad; al 100% tiene que coincidir de los movimientos del banco y la contabilidad; que ellos hacían las cuentas, mensuales y trimestrales, y las liquidaciones, y no ha visto discrepancias de dinero por importe de 90.000 euros, y con una discrepancia de menor importancia se le daban vueltas hasta que aparecía; que se hubieran dado cuenta de esa discrepancia; si no cuadraba se buscaba.

Finalmente, de la documental, si bien hubiera sido deseable la aportación de las actas originales (o testimonios de dichas actas originales) y no solo la certificación de las mismas, a los efectos de constancia de la presencia del Sr. Secundino en dichos Plenos, existe documentos donde consta su nombre, como Secretario-Interventor, como son:

- Al folio NUM012, Tomo NUM006, notificación del acuerdo adoptado por el Pleno del día 8 de agosto de 2002.
- Al folio NUM016, Tomo NUM006, notificación del acuerdo adoptado por el Pleno del día 31 de julio de 2006.

De todo lo anterior, se puede concluir, a pesar de que en el acto del Juicio el Sr. Secundino se acogió a su derecho a no declarar, su participación en los hechos:

- El acusado, Sr. Secundino, como Secretario-Interventor en la fecha de comisión e los hechos, tenía perfecto conocimiento de la tramitación y aprobación tanto de la modificación 5º como de la tramitación y aprobación del PAI, pues si bien afirmó en su declaración de fase de instrucción, que desconocía los temas urbanísticos, lo cierto y verdad, es que

entre sus funciones se encontraba la de preparar del orden del día de los asuntos a tratar en los Plenos y Levantar actas de la Sesión, emitir informes, etc.

- Existen documentos relativos a la tramitación del procedimiento que fueron emitidos a su nombre, y que, aunque se trate de meras notificaciones, acredita que tuvo perfecto conocimiento de la tramitación y aprobación de la modificación 5º y de la tramitación y aprobación del PAI.

- Si bien no ha quedado acreditado que los hermanos Baldomero o al menos el Baldomero, tuviera contacto directo con el Sr. Secundino cuando éste le entregó el dinero al Sr. Fermín, el acusado tuvo perfecto conocimiento de las entregas de dinero para el pago del 10% de aprovechamiento, a través de las Cartas de pago que constaban en el propio Ayuntamiento, siendo su obligación la fiscalización y control contable de las mismas.

- Por razón de su propio cargo, tenía la obligación de garantizar que el total del dinero entregado fuera ingresado en las arcas públicas y destinado a los fines públicos previstos por la Ley, aunque el Ministerio Fiscal, únicamente le impute el delito de malversación de caudales respecto del dinero referido a una Carta de pago en concreto.

- Como en el caso del Sr. Fermín ante la imputación formulada por el Ministerio Fiscal de que, al menos la Cartas de pago de 4 de agosto de 2006 había sido firmada por él como interventor, no constando impugnación alguna al respecto, hemos de considerar firmadas por el mismo.

- En su declaración en fase instrucción afirmó que hacían las cuentas mensuales y trimestrales, y la liquidación, y que con cualquier descuadre en la contabilidad, buscaban hasta encontrarlo, de manera que dado el descuadre tan evidente y notable, por unas cantidades nada desdeñables, en la contabilidad podemos concluir que el Sr. Secundino tenía conocimiento de que ese dinero no había sido ingresado en las cuentas públicas, dándose la circunstancia de que se trataba en ambos casos de dinero en efectivo, a pesar de que en su declaración dijo que nunca se recibía en el Ayuntamiento cantidades de dinero tan elevadas en efectivo, lo que ha de ponerse en relación con lo manifestado por otros testigos, como es el caso de la Sra. Trinidad (sobre la caja en efectivo

sin seguridad) y de la Sra. Virginia (el pago en efectivo no era un ingreso ordinario de la Administración, ni siquiera en las fechas de comisión de los hechos).

- Por razón de su propio cargo, y habiendo manifestado en su declaración en fase de instrucción que nunca hizo dejación de sus funciones y que cuando no estaba, las personas que formaban el equipo le daban cuenta, el acusado debía comprobar la legalidad y regularidad de todos los pagos, y, especialmente, la regularidad del pago de 300.000 euros, en pago del 10% del aprovechamiento urbanístico, cuando se acaba de abrir la fase de exposición al público, de lo que él mismo se encargaba, y antes de la notificación a los interesados, pero también del resto de pagos efectuados por el mismo concepto, pues tuvieron lugar antes de haberse adjudicado la condición de urbanizador, de la firma del convenio urbanístico y de prestar el aval correspondiente.

- El Sr. Secundino teniendo perfecto conocimiento de las entregas de dinero, que como hemos visto suponía prescindir total y absolutamente del procedimiento, debiendo de darse aquí por reproducido todo lo ya dicho en relación con el Sr. Fermín, y ante un grave desfase entre las Cartas de Pago existente en el propio Ayuntamiento, emitidas a nombre del interventor y con los sellos del Ayuntamiento, constando en algunas de ellas la palabra contabilizado, no realizó actuación alguna para impedirlo, no emitiendo ningún informe ni formuló objeción alguna, como tampoco llevó a cabo ningún tipo de fiscalización o control sobre el precio abonado, ni realizó ninguna objeción al procedimiento seguido para la enajenación, ni tampoco en relación a la falta de firma del convenio urbanístico ni de prestación del aval, cuando, por razón de su cargo, debió de hacerlo.

**DECIMO-QUINTO.-** Por último resta hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 27 de febrero de 2018, que estimando parcialmente el recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento de Bigastro contra la Sentencia número 693/2015, de 27 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado Contencioso número Uno de Elche, que estima el recurso frente a la desestimación presunta-luego expresa- de la solicitud formulada por Giesco el 22 de enero de 2010 por la cantidad de 1.030.000 euros, correspondiente a parte del precio de adquisición del 10% de aprovechamiento lucrativo municipal del Sector D-12, más los intereses de demora, por cuanto se ha sostenido por la defensa de los acusados que con dicha Sentencia y con la de

primera instancia, se determina la legalidad de la actuación objeto del presente procedimiento.

Dicha pretensión no puede ser acogida por cuanto el objeto de uno y otro procedimiento son distintos y así se desprende de la fundamentación jurídica de la citada Sentencia del TSJ así como del Auto de fecha 17 de febrero de 2017 del mismo Tribunal, por el que desestima la prejudicialidad penal instada por el Ayuntamiento.

En ambas resoluciones se dice que el objeto del proceso contencioso es determinar procedencia de la devolución de un ingreso indebido correspondiente al 10% de aprovechamiento lucrativo municipal del Sector D-12 del PGOU de Bigastro valorado en 1.502.530 euros, que la mercantil Giesco había adelantado al Ayuntamiento para cuya resolución se atiende a cuestiones jurídicas, y en concreto, si conforme la normativa administrativa, Giesco había o no adquirido la condición de urbanizador, a pesar de no haber firmado el convenio ni prestado el aval, concluyendo que la entrega de cantidades por Giesco había quedado acreditada por las Cartas de Pago, firmadas por el Depositario y por el Interventor, y que dichas entregas eran conformes a lo que constaba en la proposición jurídica-económica aprobada, admitiendo dicho tribunal la posibilidad de la venta del 10% del aprovechamiento como cosa futura.

Por el contrario, no entra a valorar la actuación de los acusados en este procedimiento, Alcalde y Secretario-Interventor, que procedieron a percibir pagos de la enajenación de ese 10% de aprovechamiento al margen del procedimiento administrativo (antes de adjudicar la condición de urbanizador), como ha quedado acreditado en el presente procedimiento, ni tampoco que parte de ese dinero entregado por Giesco no fue ingresado en la arcas públicas.

De hecho la Sentencia del TSJ, si bien admite la posibilidad de la venta de la cosa futura, y por tanto, declara que es conforme a Derecho la enajenación del 10% del aprovechamiento antes de la aprobación del planeamiento, también nos da unas claves muy importantes a tener en consideración en el presente procedimiento, como son:

- El PAI, como programa de gestión y ejecución, es un instrumento de gestión de aprobación municipal pero cuando la alternativa técnica-supuesto que nos ocupa lleva una modificación del planeamiento que debe aprobar la Generalitat se diferencian dos fases. En la primera, el Ayuntamiento

aprueba el programa y adjudica la condición de agente urbanizador, que está sometida a condición resolutoria y en el caso de que no se aprueba el instrumento de planeamiento, que sería la segunda fase, se cumple la condición resolutoria y pierde la condición de urbanizador.

- El 10% de aprovechamiento correspondía al Ayuntamiento, en cuanto que era obligatorio la cesión obligatoria y gratuita a la Administración actuante del suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito conforme al artículo 14.2.c) de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen de suelo y valoraciones, como deber básico de los propietarios del suelo que iban a ser objeto de transformación.

- El Ayuntamiento que adquiría el aprovechamiento podía enajenarlo a condición de destinarlo a los fines de patrimonio público del suelo (artículo 99.3.C) de la Ley Valenciana 6/1995, reguladora de la actividad urbanística.

**- El hecho de enajenarlo era facultativo para la Administración Pública, pero debía hacerlo en condiciones de pública concurrencia y no estaba obligado a enajenarlo al agente urbanizador.**

En el presente caso, como se ha expuesto hasta ahora, el hecho de admitir los pagos del 10% de aprovechamiento urbanístico fuera del procedimiento, antes de adquirir la condición de urbanizador, supone de facto una enajenación directa, sin pública concurrencia.

**DECIMO-SEXTO.-** Concorre en la presente causa, dilaciones indebidas como muy cualificada alegada por la defensa del Sr. Secundino.

La sentencia núm. 924/2022 de fecha 24 de noviembre (ponente D. Javier Hernández García) establece *"No cabe duda que el transcurso indebido y extraordinario del tiempo en la tramitación del proceso -el abuso del proceso, en terminología anglosajona-, hace que la persona acusada sufra por adelantado las consecuencias de su sometimiento al proceso. La excesiva prolongación del proceso comporta una suerte de pena natural que debe ser compensada, como fórmula que permita mantener el equilibrio retributivo entre la gravedad de la conducta y la pena impuesta.*

*La reforma del Código Penal operada por la L.O. 5/2010 ofrece una útil guía de valoración normativa de la proyección del paso del tiempo en la medición de la*

*responsabilidad penal del autor del delito, del todo conforme, por otro lado, con los estándares elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. por todas, SSTEDH, caso Milovanovic c. Serbia, de 8 de octubre de 2019; caso Raspopovic y otros c. Montenegro, de 26 de marzo de 2020- de los que se nutre esencialmente nuestra propia jurisprudencia*

*-vid. STS 688/2020, de 14 de diciembre-*

*Como se precisa en la norma, el tiempo de tramitación debe ponerse en relación con la complejidad de la causa y de ahí, medida la correlación funcional entre las actuaciones practicadas, las necesarias, el tiempo empleado para producirlas y la diligencia en su ejecución se puede obtener una suerte de cociente.*

*Lo extraordinario de la dilación que reclama el tipo como fundamento de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe "medirse" en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal.*

*De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporal de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo.*

*Debiéndose recordar, de conformidad a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no cabe reprochar a la persona acusada su falta de colaboración activa para el adecuado desarrollo del proceso, pues esta nunca es exigible. Solo puede tomarse en cuenta su conducta procesal cuando se identifica una estrategia de obstrucción deliberada -vid. SSTEDH, Sociedade de Construções Martins & Vieira y otros c. Portugal, de 15 de enero de 2015; caso I.A c. Francia, de 23 de septiembre de 1998-.*

*Por otro lado, quien invoca la atenuación ha de satisfacer una cualificada carga descriptiva, como es la de precisar el "iter" de actuaciones procesales que se consideran no ajustadas al canon de la razonabilidad temporal de producción -vid. STS 126/2014, de 21 de febrero-. Y ello para que podamos evaluar normativamente las causas que pueden explicar la duración del proceso y calificar la dilación, si se identifica, como extraordinaria o no, atribuyéndole el efecto de atenuación procedente."*

En el presente caso, son datos objetivos que los hechos tuvieron lugar entre los años 2005 y 2006, iniciándose las Diligencias Previas por Auto de 28 de octubre de 2015, tomándose declaración en calidad de investigados el día 13 de enero de 2016, dictándose Auto de Procedimiento Abreviado el

16 de abril de 2018, y siendo remitidas las actuaciones para su enjuiciamiento en fecha 20 de noviembre de 2018, no han tenido lugar las sesiones del acto del Juicio hasta los días 6 y 20 de octubre y 24 de noviembre de 2023.

Por tanto, atendiendo a la duración total desde la incoación de Diligencias Previas y la toma de declaración en calidad de investigados, hasta el dictado de la presente Sentencia, así como el tiempo de paralización a la espera del señalamiento, existe una dilación extraordinaria e indebida del artículo 21.6 del CP, que ha de ser apreciada como muy cualificada, con efecto de reducir la pena en un grado.

**DECIMO-SEPTIMO.-** En el presente caso, atendiendo a la pena prevista en el artículo 404 del CP, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, redacción LO 10/1995, de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 7 a 10 años, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 66.1 2ª CP, al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas, apreciada como muy cualificada (bajándose la pena en un grado), se impone a cada uno de los acusados la pena de 4 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que suponga, para el Sr. Fermín, el desempeño de las funciones de alcalde, teniente alcalde o concejal de cualquier corporación municipal, y para el Sr. Secundino el desempeño de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, así como control y fiscalización de cualquier corporación local.

Por lo que respecta al delito de malversación de caudales públicos, de los artículos 432.1 y 2 del CP, atendiendo a la redacción vigente a la fecha de los hechos, redacción LO

10/1995 (prisión de 4 a 8 años y inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años), así como a lo previsto en el artículo

66.1 2ª CP, al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas, apreciada como muy cualificada (reduciendo la pena en un grado), procede imponer al Sr. Fermín, al tratarse de un delito continuado del artículo 74 del CP, la pena de prisión 4 años, 6 meses y 1 día, y la pena de inhabilitación absoluta 11 años, 3 meses y 1 día, y al Sr. Secundino, se le impone la pena de 2 años de prisión y la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 5 años.

**DECIMO-OCTAVO.-** En materia de responsabilidad civil, de conformidad con los artículos 109 y ss del CP, el acusado Fermín deberá indemnizar al Ayuntamiento de Bigastro en la cantidad de 162.000 euros, recibidos por el pago realizado por Giesco el día 9 de agosto de 2005, distraída de su legítimo fin, y ambos acusados, Sr. Fermín y Secundino, deberá indemnizar conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de Bisgatro en la cantidad de

150.000 euros recibidos por el Sr. Fermín como depositario y el Sr. Secundino como Interventor, correspondiente al pago efectuado por Giesco el día 4 de agosto de 2006, distraída de su legítimo fin.

Dichas cantidades devengarán el interés legal del artículo

576 de Lec.

**DECIMO-NOVENO.-** Conforme el Art. 123 del Código Penal, las costas procesales se impondrán por Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, incluyendo las de la acusación particular.

**VIGÉSIMO.-** Establece el artículo 58 del Código Penal que el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

Por todo lo cual, VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLO

Que debemos condenar y condenamos a **Fermín**, como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación administrativa, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 4 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que suponga el desempeño de las funciones de alcalde, teniente alcalde o concejal de cualquier corporación municipal, con expresa imposición de costas.

Que debemos condenar y condenamos a **Secundino**, como autor penalmente responsable (por comisión por omisión), de un delito de prevaricación administrativa, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 4 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que suponga el desempeño de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, así como control y fiscalización de cualquier corporación local, con expresa imposición de costas.

Que debemos condenar y condenamos a **Fermín**, como autor penalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de prisión 4 años, 6 meses y 1 día, y la pena de inhabilitación absoluta 11 años, 3 meses y 1 día, y con expresa imposición de costas.

Que debemos condenar y condenamos a **Secundino**, como autor penalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de prisión de 2 años y la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 5 años y con expresa imposición de costas.

El acusado, **Fermín** deberá indemnizar al Ayuntamiento de Bigastro en la cantidad de 162.000 euros, recibidos por el pago realizado por Giesco el día 9 de agosto de 2005, distraída de su legítimo fin, y ambos acusados, **Sr. Fermín y Secundino**, deberá indemnizar conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de Bisgatro en la cantidad de 150.000 euros recibidos por el Sr. Fermín como depositario y el Sr. Secundino como Interventor, correspondiente al pago efectuado por Giesco el día 4 de agosto de 2006, distraída de su legítimo fin.

Dichas cantidades devengarán el interés legal del artículo

576 de Lec.

El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

Notifíquese la presente sentencia, a las partes instruyéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de 5 días siguientes al de la última notificación de la sentencia ante el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de sala y se anotará en los registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por los Srs. Magistrados que la refrenda, habiendo celebrado audiencia pública en el día de su fecha; de lo que doy fe