



SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 64
Fax.: 928 42 97 78

Rollo: Procedimiento abreviado
Nº Rollo: 0000071/2014
NIG: 3500441220140004781
Resolución: Sentencia 000008/2016

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000003/2014-00
Jdo. origen: Juzgado de Primera Instancia Nº 5 (antiguo P. Inst. e Instr. Nº 5) de Arrecife

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Imputado	Jose Miguel Rodriguez Sanchez	Alejandro Rodriguez Cabrera	Alejandro Valido Farray
Imputado	Carlos Saenz Melero	Marcial Francisco Hernández Cabrera	Octavio Esteva Navarro
Imputado	Juan Rafael Arrocha Arrocha		Ana Teresa Kozlowski Betancor
Imputado	Jose Daniel Hernandez Arraez		Gerardo Perez Almeida
Perjudicado	AYUNTAMIENTO	Orlando David Betancort Montero	Maria De Las Mercedes Ramirez Jimenez
R C Subsidiario	PROSELAN		Gerardo Perez Almeida

SENTENCIA

Ilmos Sres

Presidente: D. Emilio J.J. Moya Valdés

D. José Luis Goizueta Adame

D. Carlos Vielba Escobar (ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria a dieciocho de enero de dos mil dieciséis

Vista en Juicio Oral y Público el Rollo 71/2014 ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas la causa procedente del Juzgado de Instrucción Nº5 de Arrecife seguido por delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación, fraude y falsificación, frente a **CARLOS FRANCISCO SAENZ MELERO**, con D.N.I. 429044705E. nacido Arrecife el 17 de octubre de 1955, hijo de Emilio y de Antonia, sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra Lemes Rodríguez y asistido por el letrado Sr Hernández Cabrera **JOSE MIGUEL RODRIGUEZ SANCHEZ**, con D.N.I. 45530403V, nacido en San Bartolomé de Lanzarote el 14 de enero de 1970, hijo de José Miguel y de María Belén, sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra Franchy Lang-Lenton, y asistida por el letrado Sr Rodríguez Cabrera, **JUAN RAFAEL ARROCHA ARROCHA** con D.N.I. 42902994J, nacido en Arrecife el 3 de junio de 1954, hijo de Marcial y de Carmen, sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra Cabrera de la Cruz y asistido por la letrada Sra Beatriz Aranda y **JOSE DANIEL HERNANDEZ ARRAEZ** con D.N.I. 45554143K, nacido en Arrecife el 21 de octubre de 1976, hijo de José María y de María de los Angeles, sin antecedentes penales, representado por el procurador Sr Cabrera Fernaud y asistido por el letrado Sr. Cabrera Cruz, actuando como responsable civil subsidiaria la mercantil PROSELAN S.L. Representada por el procurador Sr Ronda Moreno y asistida por el letrado Sr Viera Silva, habiendo intervenido el **MINISTERIO FISCAL** y ejercitando la acción civil el **EXCMO AYUNTAMIENTO DE**





ARRECIFE representado por la procuradora Sra Hernández Manchado y asistido por el letrado Sr Sáez Reyes, actuando como responsable civil subsidiaria la mercantil **PROYECTOS Y SERVICIOS DE LANZAROTE 2008 S.L.U. (PROSELAN 2008)** representada por el procurador Sr Ronda Moreno y asistida por el letrado Sr Viera Silva. Siendo ponente el Illmo Sr D Carlos Vielba Escobar, quién expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- El Juzgado de Instrucción N°5 de Arrecife por auto de fecha 6 de julio de 2008 acordó la incoación de las Diligencias Previas 697/2008 en virtud de atestado instruido por la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil.

Por auto de fecha 27 de agosto de 2012 se acordó la formación de pieza separada con el número 12 y una vez practicadas las actuaciones acordadas para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, personas responsables de los mismos y procedimiento aplicable, se acordó continuar por los trámites del Procedimiento Abreviado con el número y dar traslado al Ministerio Fiscal quien presentó escrito solicitando la apertura del juicio oral y formulando conclusiones provisionales, calificando los hechos como constitutivos de delitos continuados de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 en relación con el artículo 74, fraude a la administración del artículo 436 en relación con el artículo 74, prevaricación del artículo 404 en relación con el artículo 74, en concurso del artículo 77, y de falsificación en documento mercantil del artículo 392 y 390,1,2ª en relación con el artículo 74, interesando las siguientes penas:

Al acusado José Daniel Hernández Arraez en concepto de inductor del delito de prevaricación, de autor del delito de falsedad y de cooperador necesario de los delitos de fraude y malversación, las penas de cinco años y seis meses de prisión con la accesoria de Inhabilitación absoluta por espacio de nueve años.

Al acusado José Miguel Rodríguez Sánchez como autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación, las penas de las penas de seis años de prisión con la accesoria de Inhabilitación absoluta por espacio de diez años.

Al acusado Juan Rafael Arrocha Arrocha como cooperador necesario de los delitos de prevaricación y malversación y como autor del delito de fraude las penas de las penas de las penas de seis años de prisión con la accesoria de Inhabilitación absoluta por espacio de diez años.

Y al acusado Carlos Francisco Saenz Melero como cooperador necesario de los delitos de prevaricación y malversación y como autor del delito de fraude las penas de las penas de las penas de seis años de prisión con la accesoria de Inhabilitación absoluta por espacio de diez años

Interesando una indemnización a favor del Ayuntamiento de Arrecife de 251.293,60 euros, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil Proselan respecto de José Daniel Hernández Arraez en la cantidad de 126.674,10 euros. Igual solicitud de indemnización inteteso el Ayuntamiento de Arrecife.

Por su parte las defensas interesaron la libre absolución.





SEGUNDO.- En los días 23 y 24 de noviembre y 11 de diciembre de 2015 se celebró el juicio oral. En dichos actos, después de practicadas las pruebas, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones en el sentido que consta en las actuaciones, a la que se adhirió la defensa de José Miguel Rodríguez Sánchez, modificando igualmente las defensas de Carlos Francisco Saenz Melero y elevando el resto de las partes a definitivas sus conclusiones provisionales, y, tras los trámites de informe y de concesión de la última palabra al acusado, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Probado y así se declara que los acusados José Daniel Hernández Arraez cuya actividad comercial giraba bajo la denominación “Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez”, creando posteriormente la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L (Proselan 2008 S.L.), de la que era administrador único, cargo que en el que le sucedió su cónyuge en fecha posterior al año 2009; Carlos Francisco Saenz Melero, Interventor del Ayuntamiento de Arrecife; José Miguel Rodríguez Sánchez, Concejal de Hacienda y Urbanismo del mismo Ayuntamiento y Juan Rafael Arrocha Arrocha, Responsable de la Oficina Técnica del citado Ayuntamiento, en fecha no determinada del año 2008 se concertaron para que, previa presentación de facturas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de las mismas con cargo a fondos públicos y favor de José Daniel Hernández o de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L.

Guiados por esta finalidad los acusados aparentaron la contratación directa de Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez al calificar las prestaciones que dicha entidad simularía ejecutar como contrato menor de obras, evitando de esta manera la tramitación ordinaria del expediente de contratación, evitando de esta manera la necesidad de la externalización de tales servicios y la consiguiente contratación pública de forma que se enmascarase el verdadero fin pretendido, sin tramitar realmente para ello ningún expediente administrativo de contratación legalmente exigible que garantizase la transparencia, objetividad, igualdad, concurrencia y legalidad en su adjudicación, y soslayando íntegramente la normativa administrativa reguladora del abono de obligaciones contraídas por el Ayuntamiento establecidas en las Bases de Ejecución del Presupuesto Municipal.

Siempre guiados por esta finalidad de menoscabar los fondos públicos, los acusados crearon la apariencia de la ejecución de de diversas prestaciones en las Fiestas de Carnaval y en la de diferentes barrios del municipio de Arrecife, sin que en el referido Ayuntamiento se tramitara expediente alguno para la adjudicación de las referidas prestaciones, bien a Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez, bien a la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L. (Proselan).

SEGUNDO.- Igualmente se declara probado que en ejecución de este plan preconcebido, y a fin de aparentar la realidad de la contratación, el acusado José Daniel Hernández Arraez, a nombre de Instaladora Eléctrica José Daniel Hernández Arraez, confecciono una serie de presupuestos, que no respondían a proyecto alguno de obra, documentos que no fueron presentados en Registro alguno del Ayuntamiento de Arrecife, constando en los mismos únicamente la firma de su redactor, así como, a fin de aparentar la regularidad administrativa de su presentación, la firma del acusado Juan Rafael Arrocha Arrocha, así como el sello de la Oficina Técnica, careciendo, en cualquier caso, de fecha de registro, siendo los siguientes:





Instalación en el Carnaval de 2008 de fecha 15 de enero de 2008 por importe de 28.754,25 euros.

Desmontaje de la instalación anterior de fecha 21 de enero de 2008, por importe de 26.717,25 euros

Instalación en las Fiestas de San José Obrero de fecha 15 de febrero de 2008, por importe de 23.320,50 euros.

Desmontaje de la instalación anterior de fecha 20 de febrero de 2008 por importe de 20.863,50 euros

Instalación en Valterra de fecha 10 de junio de 2008 por importe de 26.208 euros

Desmontaje de la instalación anterior, de fecha 13 de junio de 2008, por importe de 29.993,25 euros

Instalación en Chaxiraxi, de fecha 18 de agosto de 2008, por importe de 21.141,75 euros.

Desmontaje de la instalación anterior, de fecha 21 de agosto de 2008, por importe de 23.086,35 euros.

Instalación en San Francisco Javier, de fecha 28 de octubre de 2008, por importe de 25.195 euros.

Desmontaje de la instalación anterior, de fecha 31 de octubre de 2008, por importe de 26.013,75 euros.

Guiado siempre por esta voluntad de obtener de forma indebida el pago con cargo a fondos públicos y con perjuicio del erario público, el acusado bien a nombre de Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez, bien a la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L. (Proselan), presentó en la Intervención del Ayuntamiento de Arrecife durante el ejercicio 2008 las siguientes facturas:

1- Factura número. 131211 de fecha 1 de septiembre de 2008, por trabajos de montajes y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de San José Obrero del 10 al 24 de marzo de 2008”, siendo el beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 23.320,50 euros.

2- Factura número 131212 de fecha 1 de septiembre de 2008, por trabajos de montajes y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de carnaval del 9 al 23 de febrero de 2008”, siendo el beneficiario “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 28.754,25 euros.

3- Factura número 131213 de fecha 1 de septiembre de 2008 por trabajos de montajes y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de Valterra del 10 al 28 de julio de 2008”, constando como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 26.208 euros.

4- Factura número 131215 de fecha 30 de noviembre de 2008 por trabajos realizados de montajes y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de Chaxiraxi en Argana Baja del 26 de septiembre al 6 de octubre de 2008”, constando como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 21.141,75 euros.





5- Factura número 10116 de fecha 30 de agosto de 2008, por trabajos realizados de desmontaje de líneas, postes, proyectores, cuadros, y accesorios en la fiesta de San José Obrero en Titerroy del día 10 al 24 de marzo de 2008”, siendo el beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS PROSELAN”, y por un importe de 20.863,50 euros.

6- Factura número 10117 de fecha 30 de marzo de 2008, por trabajos realizados de desmontaje de líneas, postes, proyectores, cuadros, y accesorios en la fiesta de Carnaval de Arrecife del día 9 al 23 de febrero de 2008”, describiendo como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS PROSELAN”, y por un importe de 26.717,25 euros.

7- Factura número 10118 de fecha 30 de agosto de 2008. trabajos realizados de desmontaje de líneas, postes, proyectores, cuadros, y accesorios en la fiesta del Carmen de Valterra del día 10 al 28 de julio de 2008”, siendo beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS PROSELAN”, y por un importe de 29.993,25 euros.

8- Factura número 10119 de 30 de agosto de 2008. trabajos realizados de desmontaje de líneas, postes, proyectores, cuadros, y accesorios en la fiesta de San Francisco Javier del día 27/11 al 9/12 de 2008”, constando como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS PROSELAN”, y por un importe de 26.013,75 euros.

9- Factura número 10120 de 30 de octubre de 2008. trabajos realizados de desmontaje de líneas, postes, proyectores, cuadros, y accesorios en la fiesta de Chaxiraxi en Argana Baja del día 26/9 al 6/10 de 2008”, siendo el beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS PROSELAN”, y por un importe de 23.086,35 euros.

Registradas todas ellas en la Intervención con fecha 4 de diciembre de 2008

10- Factura número 131214, de 30 de noviembre de 2008. trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de San Francisco Javier del 10 al 27-12-2008”, describiendo como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 25.195 euros.

Registrada en la Intervención el 5 de diciembre de 2008.

Dichas facturas fueron elaboradas y presentadas por el acusado José Daniel Hernández Arraez con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno.

Ni con carácter previo a la presentación de dichas facturas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para la ejecución de la prestación por parte del acusado José Daniel Hernández Arraez, amparándose la presentación en exclusiva en el concierto alcanzado por los acusados.

En dichas facturas figuraba la firma de los acusados Juan Rafael Arrocha Arrocha y José Miguel Rodríguez Sánchez, siendo concedores de la inexistencia de prestación ni de contrato alguno que justificase su conformidad con dichas facturas.

Las citadas facturas habían sido fraccionadas, facturando separadamente las labores de montaje y desmontaje, pese a que respondían a una misma operación, con la única finalidad de no sobrepasar las cantidades que las Leyes de Contratos de las Administraciones Públicas y de Contratos del Sector Público como límite para el contrato menor, impidiéndose de esta manera la correcta fiscalización de los pagos indebidamente efectuados.

Estas facturas se presentaron al cobro en el mes de diciembre de 2008 al ser perfectos concedores los acusados de la práctica del Ayuntamiento de Arrecife de liquidar en dicho





mes la totalidad de los créditos a proveedores en el caso de existir disponibilidad presupuestaria y con la finalidad de evitar, una vez más, su correcta fiscalización.

TERCERO.- Igualmente se declara probado que los acusados Carlos Francisco Saenz Melero y José Miguel Rodríguez Sánchez firmaron los documentos contables, que habían sido redactados por el primero, de reconocimiento de la obligación y de ordenación de pago, siendo conocedores de la inexistencia de prestación ni de contrato alguno que justificase su conformidad con dichas facturas, ejecutándose la orden de transferencia de la respectiva cuantía a la cuenta corriente del BBVA nº 01826360410201515759 titularidad del acusado José Daniel Hernández Arraiz el día 26 de diciembre de 2008, sin que se hubiera elaborado por parte del acusado Carlos Francisco Saenz Melero con carácter previo a este abono el documento de retención de crédito. La cantidad transferida fue reintegrada en Caja por parte del acusado José Daniel Hernández Arraiz, desconociéndose el destino dado a dicha cantidad.

Ni con carácter previo al abono de dichas facturas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para la ejecución de la prestación por parte del acusado José Daniel Hernández Arraiz, amparándose el abono, que no respondía a obra o servicio alguno, en exclusiva en el concierto alcanzado por los acusados.

CUARTO.- Se declara también probado que con fecha 21 de abril de 2009 el acusado José Daniel Hernández Arraiz, presentó en la intervención municipal las siguientes facturas:

Factura número 14250 de 28 de febrero de 2009. trabajos de electricidad fiestas San José y Carnaval”, describiendo como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 23.430,75 euros.

Factura número 14276 de 28 de febrero de 2009. trabajos de electricidad fiestas San José y Carnaval”, describiendo como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 27.180,30 euros.

Factura número 14277 de 5 de marzo de 2009. trabajos de electricidad fiestas San José y Carnaval”, describiendo como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 23.367,75 euros.

Factura número 14280 de 5 de marzo de 2009. trabajos de electricidad fiestas San José y Carnaval”, describiendo como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 23.887,50 euros.

Las citadas facturas fueron firmadas por el acusado Juan Rafael Arrocha Arrocha siendo perfecto conocedor de la inexistente prestación de los servicios.

Los acusados José Miguel Rodríguez Sánchez y Carlos Francisco Saenz Melero firmaron los documentos contables de, reconocimiento de la obligación y orden de pago elaborados por el segundo, siendo perfectos conocedores de la inexistencia de contrato o prestación alguna que justificara el abono, ordenándose el pago, previa retención de crédito, con fecha 18 de mayo, pago que no llegó a efectuarse

A través de tal proceder, prescindiéndose a conciencia del deber de servicio público y de gestión leal de los fondos públicos que estaban bajo su custodia, se presentaron catorce facturas al cobro por un importe total de 349.159,90 euros entre el 2 de diciembre de 2008 y el 21 de abril de 2009, abonándose, con el consiguiente quebranto para las arcas públicas, el día 26 de diciembre de 2008 por el Ayuntamiento de Arrecife cinco facturas al acusado José Daniel Hernández Arraiz por la cantidad total de 124.619,50 euros, y otras cinco facturas a la





sociedad administrada por él "Proyectos y servicios de Lanzarote 2008 S.L.U." (PROSELAN 2008 S.L.) por la cantidad total de 126.674,10 euros, haciendo un total de 251.293,60 euros abonados por tales servicios de electricidad, los cuales efectivamente nunca se ejecutaron, con el consiguiente lucro personal y correlativo quebranto para las arcas públicas municipales, sin que fueran abonadas cuatro facturas por importe total de 97.866,30 euros al detectarse por la Concejalía de Festejos dichas ilegalidades y suspenderse el pago material de esas facturas en virtud del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de julio de 2009.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se invoca como cuestión previa por parte de la defensa de José Daniel la nulidad del procedimiento al carecer de firma el auto que abre esta pieza separada de fecha 27 de agosto de 2012. Es evidente que no existe nulidad alguna y es que como ya anunciamos en el acto de la vista a los folios 1 a 4 del presente procedimiento se incorpora no es el original del auto ordenando la formación de pieza separada, incorporándose al presente procedimiento el testimonio que solo cuenta con la firma del Letrado de la Administración de Justicia (en la actual denominación de tal cargo) dando fe de que dicho testimonio se corresponde con el original y véase que la parte no señala que aquella resolución, el auto que ordena la formación de esta pieza, no exista, sino que carece de firma. Parece que tal alegación intenta poner de manifiesto que la Magistrado Instructora desconocía la formación de esta pieza, falta de conocimiento que es palmario no existe, no solo porque el auto se dictó, como acredita la fehaciencia del Letrado de la Administración de Justicia, sino también porque a raíz del mismo se practicaron una serie de diligencias instructoras por la Misma Magistrado, dicho sea de paso, sin queja de nulidad alguna por las defensas.

En cualquier caso debemos recordar que no todo defecto procesal daría lugar a la nulidad, sino que solo conlleva tal sanción aquellas irregularidades procesales que causen indefensión material a la parte que invoca la nulidad, y desconocemos que perjuicio al derecho fundamental de defensa se hubiera podido causar con la ausencia de firma, ausencia que, además, esta Sala niega. Y es que como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2015:

"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)".

Por otro lado, y aún cuando no se ha invocado indefensión alguna por la ausencia en el juicio de la representante de responsable civil subsidiaria Proselan (aún cuando si acudió su letrado) si debemos resolver cualquier atisbo de duda, pues es evidente que no se procedió a la citación de la misma, en este sentido señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012:

"Ciertamente la falta de citación, aun cuando sea por error, para asistir al juicio -de alguna de las partes procesales que relaciona el art. 850.2 LECrim, constituye una infracción ordinaria de Ley y una vulneración a la vez del principio de contradicción inherente a la tutela judicial efectiva, de tal manera que sólo la incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por





negligencia imputable, a la propia parte, justificarán en principio una resolución "inaudita parte" (SSTC 8.6.89, 14.4.88, 2.10.86. Es así que la parte afectada tiene conocimiento, por cualquier medio, del señalamiento efectuado, la diligencia exigible le obliga a personarse, subsanando así la posible infracción cometida por el órgano jurisdiccional (STC. de 4 de junio de 1990).

La presencia de una acusación, la acusación pública, y a la vez del acusado, o acusados, también si lo son en concepto de responsables civiles, constituye la base del proceso puesto que sin esos supuestos fácticos el juicio carece de razón y sentido. Pero si de la ausencia del acusado se trata o si de algún modo se dificulta u obstaculiza la función defensiva que la mismo le afecta, entonces se incide directamente en los derechos fundamentales acogidos en el artículo 24 de la Constitución porque si el proceso se desenvuelve con todas las garantías ha de respetarse cuanto representa la contradicción para oír a las partes con objeto de que cada una de ellas defienda sus posiciones y refute las ajenas, si no se quiere incidir en indefensión de parte. El principio de contradicción en cualquiera de las instancias es pues exigencia imprescindible de ese derecho al proceso con todas las garantías antes consignado, de ahí el deber de los órganos jurisdiccionales para hacer posible que las partes adoptar "in situ" la postura procesal que más les interese. La citación y el emplazamiento, en la medida en que hacen posible la comparecencia del interesado, no son meros requisitos de forma sino instrumentos ineludibles para la observancia de las exigencias constitucionales (ver la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de noviembre de 1.990).

Por tanto la condena a un responsable civil subsidiario que no fue parte en la causa o no fue citado para el juicio oral origina un vicio esencial en el procedimiento acogible casacionalmente en el art. 850.2 LECrim, como quebrantamiento de forma. En efecto -como dice ATS 4-12-2008, los actos de comunicación procesal -notificaciones, citaciones, emplazamientos son esenciales para la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). Con la llamada al proceso de todas las partes personadas se hace posible, no sólo el derecho de acceso a la jurisdicción, sino el principio de contradicción y, por medio de éste, el derecho a defensa. Se trata de derechos del máximo rango axiológico, sin cuya vigencia el proceso se aparta de algunos de sus verdaderos principios legitimadores.

Precisamente por ello, la concepción de las normas reguladoras de tales actos como principios de valor burocrático, y, como tales prescindibles, implica una irremediable degradación de su verdadera naturaleza.

La llamada al proceso de todos cuantos han exteriorizado su deseo de ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, es un presupuesto estructural para la validez de los actos procesales (STS 630/2010 de 29-6. Falta citación del responsable civil subsidiario.

"El art. 852.2 LECrim. prevé como causa de nulidad el juicio oral la omisión de la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora, o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas.

La finalidad del precepto es la de asegurar la correcta celebración del juicio oral con citación de todas las partes del enjuiciamiento, evitando la indefensión de aquélla que, habiendo adquirido la condición de parte, no hubiere sido citada para el juicio oral.

Sobre la falta de citación del responsable civil subsidiario, como parte procesal existe una jurisprudencia que no ha sido unánime pues, mientras en una primera corriente jurisprudencial se acuerda la nulidad del juicio, al tratarse de un defecto esencial del procedimiento, en una





segunda se considera subsanado por la citación, como acusado, del consejero delegado al entender que no ha existido indefensión.

La más reciente jurisprudencia se inclina por no declarar la nulidad cuando tal omisión pueda entenderse suplida por la citación de la persona que la representa de manera que puede entenderse correctamente formulada la citación en la persona de su representación legal y pueda articularse la defensa de los intereses del acusado como responsable civil subsidiario. Así, si la STS 546/ 2006 de 4-5, estimó que no habiendo sido llamada al proceso se le ha producido indefensión por lo que hay que anular la declaración al tenerla como parte y darle oportunidad de ejecutar sus derechos, la STS 109/2007 de 7-7, declara que la citación al consejero delegado, como imputado conociendo que la empresa que regentaba había sido declarada responsable civil subsidiaria ya si no interesó prueba y se defendió en el juicio por causa exclusivamente imputables a su inacción procesal. "Se dice en la argumentación que en ningún momento se le ha dado intervención directa en el procedimiento a dicha entidad, que por ello ha sido condenado como responsable civil sin poder haberse defendido ni proponer prueba...y en la entidad no se personase ni propusiese prueba en defensa de sus derechos, es cuestión que sólo es atribuible a la inactividad del propio recurrente en su condición de representante de dicha mercantil, por lo que no puede alegar vulneración alguna".

En el caso presente no puede entenderse producida la indefensión denunciada, dada la dependencia de las sociedades civilmente responsables con el recurrente, tal como se ha razonado en el motivo precedente, y como recuerdan las SSTC. 25/2011 de 14.3 y 62/2009 de 9.10: «la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre; 116/1995, de 17 de julio; 107/1999, de 14 de junio; 114/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas)». Por ello, tal como hemos venido reiterando, el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE. la indefensión debida a la pasividad, de interés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas SSTC. 109/2002 de 6.5, 141/2005 de 6.6, 160/2009 de 29.6)".

Pues bien en nuestro caso tampoco cabría invocar nulidad alguna, por más que no se procediera a la correcta citación, pues no solo compareció el letrado de la defensa, sino que la representante legal conocía la celebración de la vista, habiendo podido comparecer, si así hubiera interesado el los señalamientos sucesivos. Y este conocimiento se deriva no solo de la presencia del letrado, sino sobre todo, de la relación matrimonial que une a la representante legal con el acusado José Daniel quién, además, en el momento de los hechos era quién ostentaba tal representación legal, habiendo señalado que cesó voluntariamente en ese cargo en febrero del año 2009 con problemas con hacienda y para evitar embargos, siendo nombrada su mujer.





SEGUNDO.- Sostiene el Ministerio Fiscal, la comisión de delitos de prevaricación, malversación, fraude y falsificación en documento mercantil y para la resolución de esta alegación partimos de lo que esta misma Sala manifestó en la sentencia de fecha 22 de enero de 2015 dictada en la pieza separada número 3 del conocido como “Caso Unión” en la que dijimos

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014 declara:

“Es doctrina de esta Sala, SSTS 310/2003 de 7 de Marzo, 867/2013 de 22 de Septiembre y 9 de Junio de 2007, que los delitos de malversación, prevaricación y de falsedad documental están en relación de concurso de delitos y no de normas, ya que se integran por acciones diferentes que atentan a bienes jurídicos distintos y autónomos, y ninguno de los tres tipos penales aplicados extiende su protección al del otro, por lo que cuando además de la apropiación indebida de los caudales públicos, pues en definitiva el delito de malversación es un delito de apropiación indebida cualificado por la condición pública de los caudales distraídos, concurre una falsedad documental, deben pensarse ambos delitos, bien que de acuerdo con las normas del concurso ideal, y si a ello se añade una resolución administrativa prevaricadora existirá, como es el caso actual, un concurso ideal de tres delitos.

El bien jurídico atacado por el delito de malversación son los caudales públicos que están encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender a necesidades del bien común.

El bien jurídico atacado por el delito de falsedad documental es la autenticidad documental. Toda falsedad supone una mutación de la verdad cometida por alguno de los procedimientos previstos en la Ley, máxime cuando tales falsedades tienen relevancia en el tráfico jurídico por tener una trascendencia extramuros al cerrado ámbito en el que se producen.

El bien jurídico atacado por el delito de prevaricación son aquellas conductas del funcionario público o autoridad que no adecua su actividad a los parámetros de legalidad, objetividad e imparcialidad, en definitiva supone una actividad arbitraria y un abuso de poder que supone la negación de los principios que deben regir la función pública”.

A lo que debemos añadir que no existe unanimidad respecto a cual es el bien protegido por el delito de fraude, pues un sector opina el bien jurídico protegido en la malversación y el fraude es idéntico y una segunda corriente afirma que en el delito del artículo 436 predomina como bien jurídico la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos. Por eso no se exige el efectivo perjuicio. Si éste se produce entrará en juego el otro bien jurídico lesionado: el de la malversación. La malversación no abarca el total desvalor de la conducta consistente tanto en el artificio y concierto con terceros (se lesionan los principios de objetividad y transparencia) como en el efectivo perjuicio del patrimonio público

Como nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2014:

“El artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro, equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios. En definitiva, se trata de conductas en 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 previstas atenciones





públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga”.

Debiendo partir de la base, como señala la Sentencia de 15 de julio de 2013, "no existe delito cuando se ha procedido a realizar el trabajo contratado".

Ciertamente no existe un concepto legal de "fondos, caudales o efectos públicos, a diferencia de otros ordenamientos como el francés singularmente (derniers publics). La progresiva ampliación del sector público con la aparición en su seno de entidades que vienen a prestar servicios de responsabilidad pública o sencillamente a desplegar actividades económicas, ni uno y otro caso en régimen de Derecho privado, acrecienta la dificultad. Con carácter general son efectos públicos los dineros de titularidad estatal, autónoma, local, institutos autónomos o los depositados por particulares en entidades públicas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2006. Y cuando los entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el capital por ella manejado pertenece al ente público matriz, los fondos de aquella son fondos públicos.

TERCERO.- Debemos mencionar igualmente la compatibilidad entre los delitos de malversación y fraude, la invocada sentencia de 18 de noviembre de 2013 señala:

“La relación en que se encuentra el tipo penal de fraude y el de malversación es en el de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 C.P.) es de progresión cuantitativa, como acabamos de decir.

En esa progresión intensificadora del injusto se consume en el delito de malversación el desvalor de acción del acuerdo previo, produciéndose una unidad típica de acción, en la que se funden en una única valoración jurídica, las dos infracciones, y mucho más, cuando conforme con la opinión doctrinal mayoritaria en ambas se infringe el mismo bien jurídico. Ello hace que la apreciación de una sola realización típica (la malversación) capte el contenido de injusto y culpabilidad de todo el hecho lo que no puede hacer el delito de fraude porque en él no se ha previsto el perjuicio.

La escasa jurisprudencia aplicable al caso, no excluye, sino que al contrario refuerza la tesis que esta Sala mantiene. Las tres sentencias dictadas sobre el particular se contraen a:

1) STS 566/1995 de 16 de febrero. En ella se precisa la naturaleza jurídica del delito de fraude, tratando de delimitar el momento consumativo como delito de simple actividad que es. La proclamación efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito, por lo que no sería necesaria para la existencia del delito consumado.

2) La STS número 1537/2002 de 27 de septiembre, explica que es posible la condena por fraude y por malversación, cuando los hechos enjuiciados, unos no pasaron del concierto para defraudar y en otros se produjo efectivamente la defraudación.

3) La STS nº 257/2003 de 18 de enero, se limita a remitirse a la precedente de 2.002.

De esta escueta jurisprudencia se concluye, que es posible la concurrencia de ambos delitos (concurso medial) cuando en unas actuaciones delictivas se realizan conductas objeto del concierto previo, que luego se consuman y otras que quedan en ese proyecto delictivo, que no pudo ser concluido.





En nuestro caso, sin apartarse de tales principios jurisprudenciales, se ha producido la plena consunción en el delito consumado de malversación de caudales, porque todos los pactos estaban única y exclusivamente dirigidos al objetivo malversador, que se consiguió plenamente. La concertación para defraudar se ha traducido en una lesión efectiva del patrimonio público, situación global, única que debe ser sancionada.

El motivo debe estimarse

En el desarrollo argumental del motivo número décimoprimer o las alegaciones impugnativas se agrupan en los tres apartados siguientes:

a) La doctrina, generalmente, distingue los supuestos en que entre las lesiones de preceptos penales cometidas por un autor existe una relación de exclusión recíproca, es decir, un concurso aparente de leyes, de aquellos casos en que varias prescripciones reclaman su aplicación conjunta, diciéndose entonces que concurren auténticamente. Por lo tanto, la diferencia entre el concurso de leyes y el de delitos, señaladamente el ideal, depende de que las diversas normas penales que entran en la múltiple valoración de hecho no se excluyan entre sí.

La relación en la que se encuentran el tipo penal de fraude y el de malversación es una relación de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales es - como tenemos dicho- de progresión cuantitativa.

B) La propia sentencia afirma que no es concebible una malversación de la que participa un tercero sin concierto para ello. Pues la participación como cooperador necesario en un delito de funcionario público, aquí la malversación, tiene como presupuesto el concierto de voluntades inherente a toda situación de participación conjunta en el hecho.

Por ello, sin desconocer que la jurisprudencia ha admitido en ocasiones el concurso entre los delitos de fraude y malversación, lo ha sido en ocasiones en las que no se ha producido perjuicio efectivo con relación a determinados hechos, que concurren con otros en los que sí se ha producido. Es el caso de la STS 1537/2002, de 27 de septiembre.

Pero la cuestión aquí planteada es diferente: en opinión del recurrente se produce un concurso de normas, no de leyes, entre (i) el hecho de participación por cooperación necesaria del extraneus en el delito de malversación de caudales públicos y (ii) el concierto del particular del delito de fraude, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringir el principio non bis in idem, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

C) En consecuencia, para la valoración de la conducta del partícipe resulta de aplicación el art. 8.3 del Código Penal, conforme al cual, el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. El concierto para el fraude, desde la perspectiva del extraneus que participa en un delito de malversación es un hecho típico acompañante, pues no es posible definir el dolo del cooperador necesario sin la referencia a ese acuerdo de voluntades previo.





O, *alternativamente, conforme al art. 8.2, entendiendo que únicamente es posible la sanción como cooperador necesario en un delito de fraude, cuando no sea posible aplicar la norma penal de la cooperación necesaria en un delito de malversación de caudales públicos, entendiendo que puede apreciarse subsidiariedad entre el hecho de la participación en un delito de peligro (el fraude) y de resultado (la malversación).*

Al recurrente no le falta razón según demuestra en la amplia fundamentación que desarrolla, que por cierto pone el acento en la naturaleza de la conducta de participación en el hecho de otro (cooperación necesaria)

A su vez, si la actividad delictiva del fraude se refiere a la concertación con los interesados (con exclusión del empleo de cualquier otro artificio), es obvio que si el concierto es para malversar y efectivamente se malversa, el concierto, en tanto actúa el tercero como cooperador necesario, ello ya implica concierto para defraudar, que constituye la esencia del delito de fraude. El delito de fraude es un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) con la finalidad de llevarlo a cabo. "En todos los casos imputados la concertación llegó a ejecutarse mediante el pago por los responsables del dinero público de las facturas presentadas por los extranei respectivos", según reza la sentencia".

Esta cuestión también ha sido abordada por la Sentencia de 7 de mayo de 2014:

"Este motivo, por error de derecho, plantea una cuestión estrictamente jurídica que no ha sido resuelta de forma unívoca por la jurisprudencia de esta Sala. El recurrente apoya su pretensión de error en la STS 841/2013, de 18 de noviembre que sin llegar a excluir la concurrencia de delitos, considera que en los supuestos que identifica como de "progresión cuantitativa", se produce un concurso de normas de manera que el delito de malversación, art. 432, consume el de fraude, art. 436 Cp, que referenciado a la conducta de concertarse con los interesados o utilizar un artificio para defraudar a la administración, esta conducta queda absorbida por el posterior delito de malversación cuando éste se consuma pues, de alguna manera, los actos de fraude son actos previos a la malversación.

Lo anterior es plausible y puede concurrir en aquellos supuestos de fraude en su modalidad de concierto con el interesado y la posterior malversación en los supuestos de consentimiento en la sustracción. En estos supuestos el consentimiento típico requiere una previa concertación. Pero esa posibilidad que expresamos no juega con esta intensidad en la modalidad de fraude por la utilización de artificios para defraudar a la administración a los que se refieren este hecho probado.

Lo pusimos de manifiesto en la STS 166/2014 de 28 de febrero en la que dijimos que la anterior Sentencia, la 841/2013, abre una brecha en lo que parecía -solo parecía- doctrina consolidada. Pero salva expresamente los precedentes jurisprudenciales. Habría concurso de delitos cuando hay operaciones diferenciadas: junto a las que culminan con la apropiación o desvío de fondos (delito de malversación) otras abortadas en un estadio anterior, que por sí solas conformarían el fraude como delito autónomo.

Esa tesis presenta algún flanco débil. Significaría que cuando hay pluralidad de operaciones sería más leve el castigo (solo un delito de malversación continuado) si en todas las





operaciones se hubiese alcanzado el fin ilegítimo pretendido; frente a los casos en que algunas quedaron frustradas (lo que en principio supone un menor desvalor), en que reaparecería el delito de fraude, como acto previo de la malversación no alcanzada. Doble penalidad cuando el desvalor es inferior. Esa secuela por su incomprensibilidad merece una reflexión.

La STS 199/2012, de 15 de marzo, abordaba también esta cuestión. Aunque no ofrece soluciones tajantes sugiere más bien la tesis del concurso de delitos: "En el segundo de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la no aplicación del tipo penal previsto en el artículo 436 del Código Penal (que no 439, como postulaba sólo provisionalmente en la instancia) imputando la autoría de dicho delito D. J.R.F. y la responsabilidad penal como cooperadores de los otros dos coacusados. Delito que, afirma, estaría en relación de concurso medial con los demás delitos imputados.

La también reciente STS 696/2013, de 26 de septiembre se decanta abiertamente por la compatibilidad de ambas infracciones: " 1 . Sostiene la recurrente que se ha producido el error iuris en la medida en que la aplicación de la norma penal de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la conducta, infringiéndose en otro caso el principio ne bis in idem. Así la inducción al fraude queda absorbida en la autoría del delito de malversación de caudales públicos, conforme al art 8.3 CP. Se considera que existe un concurso de normas, no de delitos, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringirle citado principio, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consuma con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida, (STS. 16.2.1995).

Y, en efecto, como ya vimos, con relación al motivo sexto, es el de fraude un delito de mera actividad, que se consuma con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación (Cfr. SSTS 7-9-2002, y 1537/2003, de 27 de septiembre)".

La malversación del art. 432 Cp es un tipo de resultado en el que la acción típica consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga. La acción típica no requiere de ninguna otra acción por parte del autor que, como funcionario público, debe velar por los caudales públicos a su cargo. Se protege el patrimonio del Estado a través del deber de probidad del funcionario.

Por otra parte, el delito de fraude del art. 436 Cp, se estructura como delito de mera actividad al consistir la acción en concertarse con otros, en principio particulares, o en usar cualquier artificio para defraudar a un ente público. El delito no requiere la efectiva producción de un resultado sino que la mera para despatrimonializar al Estado realizado por un funcionario ya rellena la tipicidad del delito del art. 436 Cp.

En principio ambos delitos pueden concurrir pues el ámbito respectivo no produce solapamiento alguno que sí existiría por ejemplo, con respecto al delito de fraude y de estafa a la administración. En este supuesto existe una doble previsión legal respecto a la





maquinación, típica de la estafa y del fraude, supuesta la concurrencia de los demás elementos típicos. Esa doble previsión actúa como fundamento de un concurso aparente de normas.

En este sentido, podemos señalar la correlación del delito de malversación con el delito de administración desleal, con la diferenciación derivada de la naturaleza pública de los caudales en la malversación y privados en la administración desleal. En ambos se produce una despatrimonialización a partir de una disposición, o su consentimiento, fuera del ámbito autorizado.

La malversación no requiere engaño, maquinación o artificio en la disposición. Su concurrencia no aparece en la tipicidad de la malversación, por lo que es factible la subsunción en el delito de fraude, usar artificios, maquinaciones, para defraudar al Estado y en el delito de malversación cuando se produce la sustracción. Se trata de una conducta de mera actividad que no requiera la efectiva despatrimonialización por lo que su concurrencia dará lugar a otra tipicidad, en este caso en la malversación, bien entendido que, como antes se señaló, puede producirse esa progresión que el recurrente postula en los supuestos de malversación por consentimiento y la modalidad de favorecer por connivencia, supuesto que no es el concurrente es el caso de esta casación”.

Concluyendo que “El concurso es de delitos y es un concurso real, por la pluralidad de acciones, siendo el fraude medio para la comisión de la malversación lo que comporta la previsión penológica del art. 77 Cp”.

Modalidad de concurso que confirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015 al declarar:

“El delito de fraude seguido de malversación debe sancionarse, ordinariamente, en relación de concurso medial, consolidando con ello la doctrina establecida en la STS 806/2014, de 13 de diciembre, entre otras”.

CUARTO.- Por lo que hace a la prevaricación, resulta especialmente adecuada al caso sometido a nuestra consideración la transcripción parcial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2015 que señala:

“Como recuerda la reciente STS 259/2015, de 30 de abril, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales; 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E).

Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) “el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un





injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...".

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 como 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, caso Intelhorce).

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;

2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;

3º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;

5º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho".

Respecto a lo que se ha de entender como resolución la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2014 señala:

"Decía esta Sala de lo Penal, en su STS 787/2013, de 23 de octubre, con citación de otras, que el concepto de resolución administrativa no está sujeto, a nuestros efectos prejudiciales debemos añadir, a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva; lo que como hemos dicho no era el caso".

La última Sentencia citada aclara el concepto de arbitrariedad

"Decíamos respecto de la arbitrariedad en la STS 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras muchas, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones Interpretativos admitidos.

Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin





fundamento técnico-jurídico aceptable”.

Abundando en la prevaricación y por su importancia y paralelismo con los presentes hechos es de obligada mención la Sentencia de 3 de septiembre de 2014:

“La condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo del delito, en este caso de Clemente, ni siquiera ha sido cuestionada, basta recordar que a la sazón era Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, se trata de un delito especial propio, solo de posible comisión por quien debe la condición de autoridad o funcionario público. En relación a los otros dos condenados y recurrentes, Inocencio y Roberto, es claro que no tienen tal condición, lo que no es óbice para que de acuerdo con el art. 28 del C penal , como tales "extraneus" puedan ser no autores materiales del delito de prevaricación, pero sí autores por cooperación necesaria como así les califica la sentencia recurrida, siendo unánime la jurisprudencia de esta Sala en relación a la punición del extraneus. En tal sentido, SSTS 1493/1999 ; 501/2000 ó 627/2006 , entre otras, bien que de acuerdo con el art. 65 del C penal incurran en una penalidad inferior "...los jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado....”

La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta por parte de Inocencio en el primer caso, y con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y el contrato laboral en el tercero. Hay que recordar que por resolución administrativa debe de entenderse cualquier resolución, escrita o no, que tenga carácter decisorio. En definitiva debe de tratarse de un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, STS 627/2006. Tal acto administrativo no está sujeto a un rígido esquema formal "...admitiendo la existencia de actos verbales....” . STS de 8 de Junio 2012 .

En relación al caso de autos resulta igualmente claro que la decisión del recurrente de conceder las cantidades reflejadas en el factum a dos miembros de su partido afectan a la colectividad en general por cuanto supone un claro perjuicio para los intereses públicos de la colectividad en materia tan sensible como son los caudales públicos. Los contratos y órdenes de pago dados por el recurrente constituyen a no dudar una resolución de carácter decisorio que afectó a los intereses de la comunidad

La condición arbitraria de la resolución es un aliud cualitativamente diferente de la mera ilegalidad que puede ser revisada vía recurso contencioso administrativo. La contradicción patente y clamorosa con el derecho puede manifestarse según reiterada jurisprudencia, a) bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, b) bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, c) bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente y d) suponga una grave desviación de poder, STS 727/2000. En definitiva, se está ante una decisión prevaricadora como se dice en la sentencia recurrida (pág. 10) cuando se está ante un ejercicio arbitrario del poder; arbitrariedad que es la misma negación del derecho y que está expresamente prohibida en el art. 9-3 de la Constitución .

Como recuerda esta Sala en las SSTS de 23 de Mayo de 1998; 4 de Diciembre de 1998; 766/1999;2340/2001; 730/2008 ;725/2009; 340/2012, y más recientemente 743/2013 de 11 de Octubre:

"...Se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, sino,





pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa....".

En definitiva y como también se dice en otras resoluciones de esta Sala, la condición arbitraria de la resolución y su manifiesta contradicción con el derecho, se manifiesta cuando lo decidido no es sostenible ni admisible desde ningún método aceptable de interpretación de la Ley, STS 1497/2002, porque, como se dice en el propio hecho probado con reiteración, solo en la voluntad del funcionario encuentra su justificación la decisión concernida .

Basta recordar que en el presente caso, se prescindió de todo procedimiento, se obvió todo trámite para la "contratación", y el soporte contractual solo fue el intento, inútil, de dar apariencia a lo que solo fue la voluntad del recurrente. El mero voluntarismo erigido como única fuente de la decisión , estando lo decidido en función del mero clientelismo político (beneficiar a un militante del partido) y en las antípodas del correcto funcionamiento de las instituciones.

Existió un evidente daño a la causa pública .

También existió un daño no por inmaterial menos efectivo y de claro contenido demoledor, constituido por la pérdida de confianza de la ciudadanía en sus instituciones , en tal sentido retenemos la siguiente reflexión citada en la sentencia recurrida, procedente de la STS 1382/2002 de 17 de Julio:

"....Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas deben merecerle porque como custodios de la legalidad, son (autoridades y funcionarios) los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota....".

Hay que recordar que el delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el art. 9-1º de la Constitución Española que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública, y por tanto también a la Local, en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho , por ello, como se recuerda en la STS de 5 de Abril de 2000 que cita otra anterior nº 1526/99 de 2 de Noviembre, "...se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular....".

Finalmente, en relación a la nota de que la resolución sea dolosa, es decir a sabiendas de la injusticia es claro que este elemento debe ser exigido en clave objetiva, es decir, no que la persona concernida reconozca tal ilegalidad, lo que supondría entronizar a la conciencia de la autoridad como conciencia de la Ley , sino que dada la clamorosa arbitrariedad de la resolución y su apartamiento de toda justificación aceptable de la interpretación de la Ley, tal conocimiento de la ilegalidad debe ser declarado, con independencia de que la persona concernida alegue estar actuando correctamente.





En el presente caso, la triple decisión del recurrente solo se sustenta en su exclusiva voluntad situada extramuros de toda justificación que pudiera tener un apoyo normativo, y por otra parte, se trata de una persona acreditadamente conocedora de la administración pública, lo que supone un plus de conocimiento superior al de la mayoría de los ciudadanos y al respecto, basta recordar, como se hace en la sentencia que se trata de una persona que durante muchos años ha sido Alcalde de una ciudad tan importante como Jerez, líder del PSA, y está acreditada situación le sitúa muy por encima del nivel medio de conocimiento de cualquier ciudadano en relación al ejercicio del poder y a los límites y reglas que debe observar, toda persona que se dedica a la actividad política, por lo que la creencia de que actuaba de acuerdo a la Ley no deja de ser una estrategia defensiva que se agota en su mera expresión.

Como se dice en la STS 648/2007, el delito de prevaricación administrativa es el negativo al deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico, por ello el delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso administrativa en su genérica labor de control y verificación del sometimiento de la Administración a la Ley, sino que propio campo de la respuesta penal que lleva aparejada la prevaricación es la sanción ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ven convertidos a sus representantes políticos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos son los primeros custodios.

En el presente caso, está ante una total simulación de un nombramiento que solo tiene por finalidad dar la apariencia que pudiera justificar las órdenes de pago dadas a los beneficiados. Es decir se está ante una ausencia total de procedimiento, se está ante un comportamiento que en su globalidad es fraudulento porque las órdenes dadas son no solamente ilegales sino absolutamente arbitrarias, careciendo de competencia el recurrente, sin que existiera contraprestación alguna, y solo como medio para aparentar las órdenes de pago dadas a los beneficiarios. Es obvio que se está ante una resolución prevaricadora no ante un nombramiento ilegal. En tal sentido STS 357/2012 de 16 de Mayo

En tal sentido, SSTS 406/2004 de 31 de Marzo y más recientemente 18/2014 de 23 de Enero”

QUINTO.- Y por lo que hace a la falsificación nos dice la Sentencia de 17 de diciembre de 2014:

“Y asimismo recuerda que según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad, la simulación consistente en la completa creación «ex novo» de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno (Sentencias 1212/2004, de 28 de octubre, 1345/2005, de 14 de octubre; 37/2006, 25 de enero; 298/2006, de 8 de marzo). Se añade en esta Sentencia que la despenalización que la decisión del legislador adoptó en 1995 respecto a faltar a la verdad en la narración de los hechos, como delito de falsedad, con relación al comportamiento de los particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles ha de restringirse a la razón de tal proceder. Antes de nada, conviene señalar que no habrá falsedad cuando el documento no tenga vocación para entrar en el tráfico jurídico, de modo que se trate de afirmaciones dirigidas a otros ámbitos de la vida social, de mero contenido personal, familiar o afectivo, en donde no exista ninguna necesidad de hacer entrar al derecho penal para depurar las posibles discrepancias entre la verdad o la falta de ella. Sin embargo, la destipificación de la denominada falsedad ideológica operada por particulares en documentos





de la clase que hemos citado anteriormente (fuera de los estrictamente privados), ha de interpretarse bajo otros parámetros, pues su vocación jurídica es incuestionable y la narración de la verdad afecta en consecuencia a la correcta aplicación de las normas jurídicas que rigen las relaciones intersubjetivas entre las partes, dada su función probatoria, o de la sociedad con sus componentes individuales. Y claro es que el Estado no puede mantenerse ajeno cuando de la protección de la verdad se trata, como sustrato de aplicación de las leyes, pues ésta (la verdad) irradia justicia en la aplicación del Derecho. De modo que cuando se falte a la verdad en la narración de los hechos por un particular en un documento público, oficial o mercantil lo ha de ser con efecto de mera interpolación no esencial, es decir, un elemento falsario de estricta aportación personal, introducido mendazmente en un documento que, a su vez, debe ser auténtico, o verdadero, si se quiere. Por ejemplo, una falsa introducción de un dato que no es real (el precio, pongamos por caso), en una escritura de compraventa (documento público), otorgada por notario. Una manifestación mendaz en la obtención de una licencia administrativa o el suministro de un dato en una liquidación con trascendencia tributaria (documento oficial), o la intencionadamente errónea descripción de datos en una factura o en un contrato de adhesión (documentos mercantiles). Pero nunca, si no quedamos dejar vacío de contenido el número segundo del art. 390.1 del Código penal, podrá producirse la aludida atipicidad si lo que se lleva a cabo es una simulación completa del documento, de modo que, en apariencia, se trate de un documento verdadero, siendo falso en su totalidad, o en su mayor parte, de manera que la mendacidad suponga simular "un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Es, pues, la mutación de la autenticidad, que no es más que el atributo máspreciado de la verdad, lo que confiere trascendencia penal a la conducta del autor. Cuando lo falso, se hace pasar por auténtico, induciendo, pues, a confusión a los demás, que es la razón de la penalización de este delito, ya que más que un pretendido derecho a lo verdadero (a la verdad, se ha dicho con frecuencia), existe un derecho a no ser sorprendido por la confusión de lo aparentemente existente como tal, por la confianza que los documentos generan en la ciudadanía cuando son suscritos por quien emite una declaración de voluntad o de constancia, de manera que si todo o la mayor parte ("en todo o en parte", dice la ley penal) induce a error sobre su autenticidad, existirá delito de falsedad del antedicho párrafo del artículo 390.1 del Código penal".

Añadiendo la Sentencia de 27 de junio de 2012, respecto de las facturas:

"Ello no obstante, la naturaleza mercantil del documento de referencia, tal como reconoce la sala de instancia, no merece duda.

A propósito de la consideración de las facturas como documentos mercantiles, la STS 35/2010, de 4-2, dice lo siguiente: " En efecto es consolidada jurisprudencia que, al analizar el concepto jurídico-penal de documento mercantil, ha declarado ya desde la STS. 8.5.97, seguida por muchas otras, de las que son muestra las SSTS, 1148/2004, 171/2006 y 111/2009, que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales "no solo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad. Como documentos expresamente citados en estas leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de





porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos: también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas confines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial, finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes (STS. 788/2006 de 22.6)".

Señalando la Sentencia de 18 de noviembre de 2013, al respecto de minutas que no se correspondían con trabajo alguno:

“Es cierto que el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de febrero de 1999 consideró delictiva la conducta cuando la mendacidad del documento afecta a su conjunto, recogiendo un acto inexistente, es decir, cuando es absolutamente inveraz. El Tribunal Constitucional ha recogido esta idea avalando la interpretación lata del concepto de autenticidad (art. 390.1.2 C.P.) en la aplicación de la modalidad falsaria de simulación documental, declarando que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad (STC 123/2001 de 4 de junio).

La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de forma reiterada que no se precisa para que opere el tipo penal que la falsedad cause un perjuicio determinado en el caso concreto en el tráfico jurídico, sino que es suficiente un perjuicio meramente potencial en la vida del derecho a la que está destinado el documento (SSTS 279/2010, de 22-3 ; 888/2010, de 27-10 ; y 312/2011, de 29-4 , entre otras). No resulta, pues, necesario acreditar que el documento en este caso haya ocasionado finalmente unos perjuicios tangibles al presentarlo ante el Colegio de Abogados o ante cualquier organismo público o entidad privada.

Y en lo que respecta al tema del bien jurídico protegido, tiene ya reiterado esta Sala de Casación en ocasiones precedentes que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas (SSTS 349/2003, de 3-3 ; 845/2007, de 31-10 ; 1028/2007, de 11-12 ;377/2009, de 24-2 ; 165/2010, de 18-2 ; y 309/2012, de 12-4 , entre otras). Y también se ha establecido, contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24-9 ; 845/2007, de 31-10 ; 165/2010, de 18-2 ; y 309/2012, de 12-4 , entre otras)”.

SEXTO.- Sentadas las anteriores premisas jurisprudenciales ya anunciamos, como es de ver por el relato de hechos probados, que estimamos como acreditados los hechos objeto de acusación y es que no existe documento alguno que acredite la ejecución de las obras o servicios (la discusión que enseguida abordaremos al respecto resulta ciertamente baladí) sino tampoco que acredite la “contratación” o en términos administrativos la “adjudicación” a José Daniel y menos aún a Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L. (en adelante Proselan).

Abordemos la cuestión de la prestación de un servicio como entiende el Ministerio Fiscal o bien la ejecución de una obra como señalan las defensas. A este respecto la Ley 31/2007 de Contratos del Sector Público define en su artículo 6 a los contrato de obra como:





“1. Son contratos de obras aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante”

Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”

Y en su artículo 10 defina el Contrato de servicios.

“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”.

Considerando como menos los contratos de obra que no superen los 50.000 euros o los 18.000 erso cuando se trate de otros contratos, y si el contrato se califica como menor el artículo 95 solo exige

“1. En los contratos menores definidos en el artículo 122.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 109 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.

Por fin en el Anexo I se incluyen, como clase 45.21 las instalaciones eléctricas que comprenden.

“La instalación en edificios y otras obras de construcción de:

Cables y material eléctrico. Sistemas de telecomunicación. Instalaciones de calefacción eléctrica. Antenas de viviendas. Alarmas contra incendios. Sistemas de alarma de protección contra robos. Ascensores y escaleras mecánicas. Pararrayos, etc.

Mientras que en el Anexo II se se incluye como “cajón de sastre”, la categoría 27 la rubrica de “otros servicios”.

Así conforme al texto del citado Anexo I el montaje ye desmontaje de líneas de refuerzo bien pudiera entenderse en la clase 45.21, por más que nosotros nos inclinamos, con el Ministerio Fiscal y el dictamen de la Audiencia de Cuentas de Canarias, por estimar que se trata de un contrato de servicios (la Audiencia de Cuentas lo califica como un contrato mixto en el informe obrante a los folios 873 y siguientes y que fue debidamente averado en el acto del juicio), pues estimamos que aquella Clase 45.21, o para ser más correctos, la instalación de los materiales eléctricos, conlleva una vocación de permanencia, esto es, que dichas instalaciones se efectúan como partes integrantes del inmueble en el que se colocan, vocación de permanencia que no ostentan las líneas de refuerzo que nos ocupan (y desde luego mal cabe entender como obra la “vigilancia nocturna”, abonada en cada transferencia).

Es evidente que si se califica como contrato de servicios (o mixto) la tramitación del expediente, en atención a las cuantías pues todas las facturas superan los 18.000 euros,





requería la forma ordinaria, más si se califica como de obra, teniendo en cuenta que ninguna de las facturas supera los 50.000 euros (aunque más adelante volveremos a esta cantidad) la tramitación (al igual que la adjudicación del contrato) del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, y en base a esta previsión legal las defensas entienden salvados los obstáculos de la ausencia de documento alguno que acredite la realidad de la contratación, pues entienden que no se supera la cuantía de 50.000 euros fijados por el citado 122.3 como límite para los contratos de obras. Y así las cosas la correcta calificación del “contrato” celebrado resulta discutible y por lo tanto sería posible negar la comisión de la prevaricación administrativa pues no concurriría el requisito de la patente y flagrante arbitrariedad de la resolución administrativa.

A la vista de los preceptos transcritos, y teniendo en cuenta los apartados en que se insertan dentro de la estructura de la Ley de Contratos del Sector Público, podemos obtener las siguientes conclusiones: En la actual Ley, al igual que la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se establece un excepcional régimen jurídico para los contratos menores que, atendiendo a su finalidad, va dirigido a atender la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo en aquellos supuestos en que ha de primar la agilidad con que han de ser atendidas determinadas necesidades de reducido importe económico, así como su adecuación a los usos habituales del mercado respecto de determinados bienes y servicios.

En consonancia con tal finalidad, la Ley de Contratos del Sector Público articula una regulación excepcional para la tramitación de los contratos menores, a los que, configurándolos como una modalidad abreviada de adjudicación directa de los contratos públicos de importe reducido, exime de la tramitación del procedimiento de adjudicación, y para los que los únicos requisitos exigibles son los que se preceptúan de forma expresa en el artículo 95, sin que resulte necesaria la mención expresa de la no exigencia o exclusión de los restantes requisitos exigidos con carácter general para los procedimientos de contratación en que es preceptiva la tramitación de los procedimientos ordinarios de adjudicación del contrato.

De esta forma, partiendo de la exigencia general de capacidad exigida por el artículo 43 de la Ley para contratar con el sector público, sin embargo los requisitos documentales de los expedientes de los contratos menores, exentos de tramitar procedimiento de adjudicación, difieren de los exigidos en los expedientes de contratación que requieren tramitar dicho procedimiento, tal y como se constata en los términos que se recogen en los artículos 122.3 y 130 de la Ley. De acuerdo con tales preceptos, en los expedientes con procedimiento de adjudicación el cumplimiento de los requisitos generales de capacidad se ha de acreditar en los términos que se detallan en el artículo 130 de la Ley, mientras que en los contratos menores tan sólo se ha de acreditar documentalmente lo expresado en el artículo 95, de acuerdo con la remisión contenida en el artículo 122.3, es decir, la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente. Cuando por la especial naturaleza o complejidad de determinadas modalidades contractuales, el legislador ha considerado necesaria la inclusión preceptiva en los contratos menores de otra documentación complementaria, así lo ha dispuesto expresamente, como ocurre con los contratos menores de obras, para los que exige, además, el presupuesto de las obras, el proyecto, cuando normas específicas así lo requieran, y el informe de supervisión, cuando lo obra afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad del inmueble.

Por tanto, la Ley de Contratos del Sector Público, igual que la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, confiere preponderancia a la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo de los contratos menores, en virtud de la finalidad que persiguen





y que constituye su razón de ser, primando tal simplificación sobre la acreditación formal del cumplimiento del conjunto diverso de requisitos que en todo caso resultarían exigibles, tanto para contratar con el sector público, como para dar cumplimiento a todo el conjunto normativo regulador de los distintos aspectos de la actividad empresarial (normativa laboral y de Seguridad Social, normativa fiscal, normativa reguladora de determinadas actividades empresariales o profesionales, etc.), cumplimiento cuya constatación, no resultando adecuada al expediente simplificado de un contrato menor al que se exime de las fases de preparación y adjudicación, compete, no obstante, a los órganos que, en cada uno de los correspondientes sectores normativos, tengan atribuidas las funciones de vigilancia y control de la materia de que se trate.

Como anticipamos, y por muy interesante doctrinalmente hablando que resulte la calificación del “contrato” en cuestión, resulta baladí. De entrada y aún cuando lo calificamos como contrato de obra, ya nos encontramos con la ausencia de uno de los requisitos que se exige para el contrato menor de obras, la incorporación al expediente del presupuesto, y si es cierto que tales documentos constan en los autos, no lo es menos que los mismos carecen de sello de entrada en el Ayuntamiento, por lo que mal cabe entender que los mismo se presentaron ante la corporación municipal, constando en los mismos únicamente la firma del Jefe de la Oficina Técnica, el acusado Juan Rafael Arrocha Arrocha y un sello de de dicha Oficina. Y sobre todo resulta baladí la discusión cuando la prestación (sea obra o servicio) ni se ha contratado (de ahí que utilicemos las comillas cuando hablamos del “contrato”) y menos aún se ha ejecutado.

Y surge, además, una tercera cuestión que abunda en lo irrelevante de la calificación del “contrato” y es que la Ley de Contratos del Sector Público no es la aplicable a la totalidad de los “contratos”, así la Disposición Transitoria Primera de la repetida Ley de Contratos del Sector Público señala que:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

“La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo la disposición transitoria séptima, que entrará en vigor el día siguiente al de la publicación. Y esta publicación se efectuó en el BOE”.

Publicación efectuada en el BOE 261/2007, de 31 de octubre de 2007 , por lo tanto la Ley. contratos del Sector Público entro en vigor el 30 de abril de 2008, esto es cuando alguna de las prestaciones se dice que ya se habían ejecutado (ejecución inexistente), así la factura 131211 de fecha 1 de septiembre de 2008 girada por el concepto de “trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de San José Obrero del 10 al 24 de marzo de 2008”, o la siguiente factura 10116 de 30 de agosto de 2008 por el desmontaje de la anterior instalación por importe de 20.863,50 euros. Y del mismo modo la factura 131212 por “trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros,





accesorios y mantenimiento en la fiesta de Carnaval del 9 al 23 de febrero de 2008” por importe de 28.754,25 euros y la consiguiente correspondiente al desmontaje por importe de 26.717,25 euros, por lo que la Ley aplicable (en el caso de asumir la existencia de contratación) sería el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.

Y esta Ley en su artículo 55 prohíbe los contratos verbales en el ámbito de la contratación pública, salvó que el contrato tenga carácter de emergencia, si bien en su artículo 56 establece la misma sumariidad de trámites que el artículo 95 antes visto de la Ley de Contratos del Sector Público, fijando para los contratos de obra en su artículo 121 una cuantía de 30.050,61 euros (ciertamente no superada cuantitativamente por las facturas, aunque más adelante hablaremos de estas cuantías).

En cualquier caso podríamos pensar que la inexistencia por lo que hace a las facturas antes reseñad de un contrato escrito, y por lo que hace a la totalidad de las facturas y consiguientes ordenes de pago, de la ausencia del presupuesto, en un “olvido” del procedimiento, más se trata de un pensamiento pasajero, pues para ser cierto pasaría por determinar a la persona que contrato a José Daniel y esta persona no se ha identificado.

SEPTIMO.- Hasta el momento no hemos efectuado más que una somera mención a las pruebas de cargo que nos han llevado en primer lugar al relato de hechos probados y ahora a la fundamentación de la condena, y entre estas, y como se antoja evidente, se alzan en primer lugar las facturas giradas por el acusado José Daniel Hernández Arraez a Ayuntamiento, facturas que dieron lugar al reconocimiento de la obligación, y posteriormente a la orden de pago que desembocó en el efectivo abono por medio de transferencia bancaria y son las siguientes:

1- Folio 1051 (así como al folio 20), orden de pago (Documento P) asentada en el libro diario el 4 de diciembre de 2008, efectuándose la transferencia el 26 de diciembre a favor de Instalaciones Eléctricas José D. Hernández, por importe de 23.320,50 euros.

Orden de pago soportada por la factura obrante al folio 1053 (también a los folio 22 y 74) número 131211 por trabajo de montaje “trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de San José Obrero del 10 al 24 de marzo de 2008” de fecha 1 de septiembre de 2008, constando un sello de la Oficina Técnica y un Sello de Intervención de 2 de diciembre de 2008.

Obrando al folio 1052 (también al folio 21) el reconocimiento de la obligación, Documento O

2- Folio 893 (también al 23) Orden de pago, Documento P, sentada en el libro diario el 4 de diciembre de 2008 fecha por importe de 20.863,50 euros a favor de Instalaciones Eléctricas Proselan.

Se soporta por la factura obrante al folio 895 número 10116 (también a los folios 25 y 78) de fecha 30 de septiembre de 2008 por trabajos realizados de desmontaje de líneas, postes, proyectores y accesorios en la Fiesta de San José Obrero en Titeroy, del día 10 al 24 de marzo de 2008, constando un sello de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Arrecife.

Obrando al folio 894 (también al 24) el reconocimiento de la obligación, Documento ADO

3- Folios 1057 y 26 orden de pago, Documento p, de la misma fecha a favor de Instalaciones Eléctricas José D. Hernández, por importe de 26.208 euros.





Orden de pago soportada por la factura obrante al folio 1059 número 131213 (también a los folios 28 y 76) por trabajo de montaje “trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de Valterra del 10 al 28 de julio de 2008” de fecha 1 de septiembre de 2008.

Obrando a los folios 1058 y 27 el reconocimiento de la obligación, Documento P.

4- Folio 899 (también al folio 29) orden de pago, Documento P, de la misma fecha a favor de Proselan, por importe de 29.993,25 euros.

Orden de pago soportada por la factura obrante al folio 901 número 10118 (también a los folios 31 y 71) de fecha 30 de agosto de 2008 por el desmontaje de la instalación anterior.

Obrando al folio 900 (también al folio 30) el reconocimiento de la obligación, Documento ADO.

5- Folio 1054 (también al folio 32) orden de pago, Documento P, de la misma fecha a favor de Instalaciones Eléctricas José D. Hernández, por importe de 28.754,25 euros.

Orden de pago soportada por la factura obrante al folio 1056 (así como al folio 34) número 131212 (también al folio 75) por trabajo de montaje “trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de Carnaval del 9 al 23 de febrero de 2008” de fecha 1 de septiembre de 2008, constando un sello de la Oficina Técnica y un Sello de Intervención de 2 de diciembre de 2008

Obrando al folio 1055 (y al folio 33 el) reconocimiento de la obligación, Documento O.

6- Folio 896 (también al 35) orden de pago, Documento P, de la misma fecha a favor de Instalaciones Eléctricas Proselan, por importe de 26.717,25 euros.

Orden de pago soportada por la factura obrante al folio 898 número 10117 (también a los folios 37 y 79) por el desmontaje de la instalación anterior de fecha 30 de marzo de 2008 constando un sello de la oficina técnica.

Obrando al folio 897 (también al 36) el reconocimiento de la obligación, Documento ADO.

7- Folios 1060 y 38 orden de pago, Documento P, de la misma fecha (asentada en este caso el 9 de diciembre de 2008) a favor de Instalaciones Eléctricas José D. Hernández, por importe de 25.195 euros.

Orden de pago soportada por la factura obrante al folio 1062 número 131214 (también a los folios 40 y 77) por trabajo de montaje “trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de San Francisco Javier del 10 al 27 de diciembre de 2008” de fecha 30 de noviembre de 2008. constando un sello de la Oficina Técnica y un Sello de Intervención de 2 de diciembre de 2008

Obrando a los folios 1061 y 39 el reconocimiento de la obligación, Documento ADO.

8- Folio 902 (también al 41) orden de pago, Documento P, de la misma fecha a favor de Instalaciones Eléctricas Proselan, por importe de 26.013,75 euros.

Orden de pago soportada por la factura obrante al folio 904 número 10119 (también a los folios 43 y 72) por desmontaje de la instalación anterior de fecha 30 de septiembre de 2008, constando un sello de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Arrecife.

Obrando al folio 903 (así como al 42) el reconocimiento de la obligación, Documento ADO.

9- Folios 1063 y 44 orden de pago, Documento P, de la misma fecha a favor de Instalaciones Eléctricas José D. Hernández, por importe de 21.141,75 euros.





Orden de pago soportada por la factura obrante a los folios 1065 y 46 número 131215 por trabajo de montaje “trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de Chaxiraxi en Argana Alta del 26 de septiembre al 6 de diciembre de 2008” de fecha 30 de noviembre de 2008, constando un sello de la Oficina Técnica y un Sello de Intervención de 2 de diciembre de 2008.

Obrando a los folios 1064 y 45 el reconocimiento de la obligación, Documento ado.

En este caso entendemos que la fecha de celebración de las fiestas es erróneo y donde dice 6 de diciembre habría de decir 6 de octubre.

10- Folio 905 (también al folio 47) orden de pago, Documento P, de la misma fecha a favor de Proselan, por importe de 23.086 euros.

Orden de pago soportada por la factura obrante al folio 907 número 10120 (también a los folios 49 y 73), por desmontaje de la instalación anterior de fecha 30 de octubre de 2008, constando un sello de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Arrecife.

Obrando al folio 906 (así como al 48) el reconocimiento de la obligación, Documento ADO.

Constando al folio 1050 el documento AD (Autorización y compromiso sobre créditos retenidos), por importe de 78.282,75 euros, si bien no consta en las actuaciones el documento RC de retención de créditos respeto de las cantidades facturadas y efectivamente abonadas en el año 2008.

Igualmente se incorporan al presente procedimiento diversos presupuestos que tienen las siguientes notas en común, todos los presupuestos de desmontaje son emitidos por Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández, mientras que, como acabamos de ver, las facturas se presentaron y abonaron a Proselan; los mismos presupuestos de desmontaje incluyen, en cada uno de ellos, una partida de “servicio de guardia nocturna” de 3.000 euros. Y en tercer lugar y como ya dijimos, todos y cada uno de los presupuesto carecen de cualquier sello de presentación en el Ayuntamiento, bien el de Registro General, bien el de la Concejalía de Festejos, o en su caso en la Concejalía de Alumbrado Público (que a priori parecería esta última la Competente), bien en la de Hacienda (que fue la encargada según los acusados de la “tramitación” el expediente), constando únicamente en tales documentos la firma de los coacusados José Daniel Hernández Arraez y Juan Rafael Arrocha Arrocha.

Estos presupuestos obran a los folios 52, montaje de líneas de refuerzo para las fiestas de Carnaval, de fecha 12 de enero de 2009, por importe de 23.430,75 euros.

Folio 53, desmontaje de la anterior, de fecha 14 de enero de 2009, por importe de 27.180,30 euros.

Folio 54, presupuesto para la instalación en las fiestas de San José Obrero en Titeroy, de fecha 9 de febrero de 2009 por importe de 23.367,75 euros.

Folio 55 Desmontaje de la anterior de fecha 12 de febrero de 2009 por importe de 23.887,50 euros.

Folio 56 Instalación en el Carnaval de 2008 de fecha 15 de enero de 2008 por importe de 28.754,25 euros

Folio 57, desmontaje de la instalación anterior de fecha 21 de enero de 2008, por importe de 26.717,25 euros





Folio 59 Instalación en las Fiestas de San José Obrero de fecha 15 de febrero de 2008, por importe de 23.320,50 euros.

Folio 60, desmontaje de la instalación anterior de fecha 20 de febrero de 2008 por importe de 20.863,50 euros

Folio 62 Instalación en Valterra de fecha 10 de junio de 2008 por importe de 26.208 euros

Folio 63, desmontaje de la instalación anterior, de fecha 13 de junio de 2008, por importe de 29.993,25 euros

Folio 65 Instalación en Chaxiraxi, de fecha 18 de agosto de 2008, por importe de 21.141,75 euros.

Folio 66, desmontaje de la instalación anterior, de fecha 21 de agosto de 2008, por importe de 23.086,35 euros.

Folio 68, Instalación en San Francisco Javier, de fecha 28 de octubre de 2008, por importe de 25.195 euros

Folio 69, desmontaje de la instalación anterior, de fecha 31 de octubre de 2008, por importe de 26.013,75 euros.

Constan igualmente facturas aportadas y que no han sido abonadas:

Al folio 970 la factura 14250 por “trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de Carnaval de Arrecife del 9 al 23 de febrero de 2009” de fecha 28 de febrero de 2009, por importe de 23.430,70 euros, sellada en intervención el 21 de abril, contando con el sello de la Oficina Técnica.

Constando al folio 968 la orden de pago “FR 14250 de 28/2/09 trabajos electricidad fiestas de San José y Carnaval”, Documento P.

Y al folio 969 se incorpora la Autorización, compromiso y reconocimiento de la obligación, Documento ADO.

Al folio 973 se incorpora la la factura 14276 de fecha 28 de febrero de 2009 por importe de 27.180,30 euros, por el desmontaje de la instalación anterior, con las mismas firmas y sello que la anterior.

Constando al folio 971 la Orden de Pago, Documento P y al 972 el Documento ADO

Consta al folio 976 la factura 14277 de fecha 5 de marzo de 2009 trabajos de montaje y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la Fiesta de San José Obrero en Titerroy del día 5 al 20 de marzo de 2009”, con idénticos sellos y firmas que las anteriores.

Constando al folio 974 la orden de pago, Documento P y al siguiente folio el documento ADO.

Al folio 979 se incorpora la la factura 14280 de fecha 5 de marzo de 2009 por importe de 23.887,50 euros, por el desmontaje de la instalación anterior, con las mismas firmas y sello que las anteriores, si bien la fecha del sello fe intervención es de 7 de mayo.

Constando al folio 977 la Orden de Pago y al 978 el Documento ADO.

Y consta al folio 980 la Retención de Crédito, Documento RC pendiente de utilización, por importe de 97.866,30 euros, con fecha 16 de abril de 209 por “trabajos electricidad en las fiestas de San José Obrero y Carnaval”





En todas las facturas obraba la firma de los acusados Juan Rafael Arrocha, junto con el sello de la Oficina Técnica, y de José Miguel Rodríguez, así como el sello de Intervención.

En todos los Documentos P, O, ADO, así como en el RC, figuraba la firma de los acusados Carlos Francisco Saenz y José Miguel Rodríguez.

Costa igualmente al folio 890 informe del departamento de contratación del Ayuntamiento de Arrecife de fecha 16 de octubre de 2013 que expresamente señala que “Desde el departamento de Compras y en relación a las facturas objeto de este procedimiento, no se han realizado Propuestas de Gastos ni tenemos constancia de la documentación solicitada en oficio a nombre de PROYECTOS Y SERVICIOS DE LANZAROTE 2008 S.L.”

Al folio 908 se incorpora informe a requerimiento del Juzgado Instructor que solicitaba la aportación de los expedientes administrativos originales relativos a las cantidades abonadas a Proselan en los años 2008 y 2009, respondiendo el Ayuntamiento con fecha 17 de octubre de 2013 que en el ejercicio contable de 2009 a favor de la mercantil “No existe obligación reconocida, pago ordenado y realización del pago por el importe que se detalla”, informe que, curiosamente, suscribe el acusado Carlos Saenz Melero (y que más curiosamente aún más tarde no reconoce en el juicio).

Para acabar con la prueba documental consta al folio 14 informe del Coordinador de Festejos del Ayuntamiento de Arrecife, que señala que en las Fiestas de Carnaval de 2008, prestaron servicios las empresas Leyce e Inlecon, en las de San Gines de dicho año, la empresa Leyce y en las de Carnaval de 2009 le empresa Inelcon. Añadiendo que en las fiestas de los barrios los trabajos los realiza el departamento de alumbrado de la Institución pues no requieren mucho montaje.

Y consta a los folios 16 a 19 informe redactado por el Coordinador de Alumbrado Público del Ayuntamiento que desglosa los trabajos llevados a cabo en las diferentes barriadas

OCTAVO.- Sin duda constituye prueba de cargo el reconocimiento efectuado por el acusado José Miguel Rodríguez, cuyo valor niegan las defensas. Al respecto de la declaración del coimputado la Sentencia del Tribunal Supremo 29 de octubre de 2014 señala:

“La jurisprudencia de la Sala Segunda ha establecido con reiteración que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio , entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala Segunda ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de





razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

Pues bien, en el examen de las características de la declaración del coimputado, el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998 , 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC nº 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001 , es que "la declaración quede «mínimamente corroborada» (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido»".

En relación a esta declaración la Sentencia de 7 de mayo de 2014 expone:

"También refiere que en otros supuestos el Fiscal, presente en la declaración, informó de la aplicación de la atenuación por confesión si reconocía los hechos. Esta última conducta es, desde luego, inadecuada pues si bien se ampara en una información de derechos sobre las posibilidades que ofrece la legislación, de la misma resulta, y así se denuncia, una cierta apariencia de coacción que debe ser evitada y que en el caso no adquiere mayor relevancia por la presencia del abogado de la defensa y por la reiteración de esa declaración en momentos distintos ya desconectados de la atípica información de derechos. Por otra parte, la suspensión de una diligencia procesal para que el acusado que es oído en declaración hable con su abogado no tiene ninguna connotación negativa sobre su realización.....

...Por fin La STS 795/2013, de 7 de octubre , en relación a la aptitud de las declaraciones de coimputados para desmontar la presunción de inocencia, dice: "Como es bien conocido, cuando estamos ante la declaración de un co-imputado el Tribunal Constitucional ha introducido unas ciertas reglas valorativas. Sin la observancia de esas reglas complementarias la declaración del coimputado sería "insuficiente" en abstracto (más allá de las circunstancias del supuesto concreto) para desactivar la presunción de inocencia. No "inutilizable", sino "insuficiente".

..."En esos supuestos hay que argumentar convincentemente la fiabilidad del coimputado. Existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditamiento. El hecho de que se deriven





beneficios de la delación ha de ser sopesado pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarla y, pese a ello, se revela como convincente y capaz de generar certeza pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado como demuestra la existencia del art. 376 del Código Penal precisamente en materia de delitos contra la salud pública. Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir in casu una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero ó 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente este Tribunal ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004 , recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio". (vid igualmente STS 243/2013, de 25 de enero).

La STC 111/2011, de 4 de julio decía: "... nuestra doctrina ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como "una prueba sospechosa" (entre otras, SSTC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4 y 102/2008, de 28 de julio , FJ 3), que despierta una "desconfianza intrínseca" (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), por lo que hemos venido disponiendo una serie de cautelas, como ya hemos dicho, para que esta declaración alcance virtualidad probatoria, en concreto "un plus probatorio consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma" (STC 142/2006, de 8 de mayo , FJ 3). De esta forma, la problemática de este tipo de declaraciones ha sido abordada por este Tribunal Constitucional desde el trascendental aspecto de su credibilidad y eficacia probatoria como prueba de cargo para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuidando de garantizar los derechos del acusado que podría ser condenado en base al contenido de las mismas".

Por su parte la Sentencia de 22 de diciembre de 2014, abundando en la "reducción" de la pena solicitada nos dice:

1º- En primer lugar es necesario recordar, STS. 233/2014 de 25.3, que el hecho de que se deriven beneficios penológicos de la delación de un coimputado, ha de ser tomado en consideración, pero no necesariamente puede llevar a negar valor probatorio a su declaración. éste dato puede empañar su fiabilidad, pero si no basta para explicarlas y pese a ello, se revela como convincente y capaz de generar certeza, pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Solo será así cuando de ahí quepa inferir racionalmente una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en si misma la lesión de derecho fundamental alguno (AATC 1/89 de 13.1 , 899/13 de 13.12). Igualmente esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la





declaración del coimputado, aunque en estos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (SSTS, 28.5.91, 14.2.95 ,23.6.98, 3.3.2000). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, caso CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio.

Ahora bien la doctrina constitucional, consciente ya desde la STC. 153/97 de 28.9 , qué el testimonio del coacusado solo de forma limitada puede someterse a contradicción -justamente por la condición procesal de aquél y los derechos que le son inherentes, ya que a diferencia del testigo no solo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que le reconoce a todo ciudadano su derecho a no colaborar con su propia incriminación (SSTC. 57/2002 de 11.3 , 132/2002 de 22.7 , 132/2004 de 20.9), ha venido disponiendo una serie de cautelas, para que la declaración del coacusado alcance virtualidad probatoria, y así ha exigido un plus probatorio, consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma.

En éste sentido la jurisprudencia ha establecido con reiteración (SSTS 60/2012 de 8.2 ; 84/2010 de 18.2 ;1290/2009 de 23.12) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio, entre otras).

Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998 , 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en éste tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente





su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que desmarca la presunción de inocencia.

En éste sentido las recientes sentencias Tribunal constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7, FJ. 3, recuerdan que éste Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (STC 17/2004, de 23 de febrero , FJ 3). En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último éste Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por éste son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3º y 34/2006 de 13.2),), teniendo en cuenta en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC. 57/2009 de 9.3); y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa éste tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

Bien entendido, como se ha subrayado en SSTC. 160/2006 de 22.5 y 148/2008 de 17.11 , que ha de resaltarse que el que los órganos judiciales razonen cumplidamente acerca de la credibilidad de la declaración del coimputado con base en consideraciones tales como su cohesión o persistencia, o en la inexistencia de animadversión, de fines exculpatorios en la misma, o en fin, de una aspiración de un trato penal más favorable carece de relevancia alguna a los efectos que aquí se discuten; esto es, tales factores no se alzan, por sí mismos, en elementos externos de corroboración, sino que únicamente cabe su aplicación cuando la





prueba era constitucionalmente apta para enervar la presunción de inocencia, por lo que es preciso que el testimonio disponga, como paso previo, de una corroboración mínima proveniente de circunstancias, hechos o datos externos al mismo. Así es, pues obvio resulta que aquellas apreciaciones afectan, justamente, a la verosimilitud de la declaración o, lo que es igual, a elementos o circunstancias propias o intrínsecas a las personalidad o motivaciones del declarante, por lo que en modo alguno pueden considerarse como hechos o datos autónomos que sirvan para respaldar su contenido (SSTC 65/2003 de 7.4 , 118/2004 de 12.7 , 258/2006 de 11.9).

Ahora bien, si como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a la conducta delictiva "configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (SSTC. 233/2002 de 9.12 , 92/2008 de 21.7).

En definitiva, esta doctrina del Tribunal constitucional podemos resumirla (STS. 949/2006 de 4.10) en los términos siguientes:

a) Su fundamento se encuentra en que estas declaraciones de los coacusados sólo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de no declarar que éstos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 CE que les reconoce el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo que constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que reconoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación.

b) La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con sólo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.

c) Tal corroboración aparece definida como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dichos coacusados.

d) Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.

e) Respecto al otro calificativo de "externos", entendemos que el TC que no puede concretar más, dejando la determinación de su suficiencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo "externo" que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones".

Señalando la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2015 que:

"Al quedar la prueba de cargo reducida a la declaración de una coimputada, sin corroboraciones que la avalen, es claro que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, se carece de prueba de cargo enervadora de la presunción de inocencia, dado que se carecen de pruebas que constaten el hecho nuclear del "factum" de la sentencia recurrida: que el acusado tenía la máxima responsabilidad del Herrialde alavés de Segi, ni tampoco que fuera un miembro activo de la organización".

Y el Auto del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2015

"No basta la pura y desnuda declaración de los coprocesados para sustentar una sentencia condenatoria. Las exigibles corroboraciones no pueden ser puramente internas, intrínsecas a





las propias declaraciones, o circulares. Han de ser datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones. El elemento corroborador no es una prueba autónoma o autosuficiente. Eso es evidente y pertenece a su propia esencia. Si fuese de otra forma, sobraría la declaración del coimputado que sería prescindible. Es un elemento externo complementario de la declaración del coimputado que se erige en garantía imprescindible para conjurar el riesgo para la presunción de inocencia que supone una condena basada exclusivamente en una prueba sospechosa como son las declaraciones de quien no está legalmente obligado a decir la verdad. Pero no puede exacerbarse ese valor complementario: si el poder convictivo de la declaración del coimputado es alto por consideraciones inmanentes a su propia declaración (v.gr. no se detecta ninguna explicación verosímil que justifique una imputación falsa de otra persona, existen otros coimputados que emiten declaraciones coincidentes) el elemento corroborador puede venir constituido por un dato con menos fuerza autónoma convictiva (STS 7-10-13)".

NOVENO.- En el presente supuesto ahora analizado este coacusado ha obtenido rendimiento procesal propio de las declaraciones heteroincriminatorias como evidencia la rebaja penológica y su asentimiento en este procedimiento y puede que en el resto en los que esta imputado (rebaja ya obtenida en procedimientos previos). Pero como veremos, eso no las desacredita ni ensombrece su fiabilidad corroborada por las investigaciones y documentos. Ciertamente es que este acusado, al no estar obligado a decir verdad puede mentir con cierta impunidad, si bien se ha de matizar que el hecho de que no pueda ser acusado de falso testimonio (como tampoco lo pueden ser aquellos que hayan faltado a la verdad en la declaración prestada en la instrucción), no significa que pueda acusar a otros de forma impune, evidentemente las falsas acusaciones respecto a terceros pueden ser constitutivos de un delito de acusación y denuncia falsa, recordemos que conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2009 El derecho a no declararse culpable no abarca un inexistente derecho fundamental a mentir, aunque, obviamente, fuera de los casos de imputación falsa a otras personas, las mentiras del acusado vertidas en su declaración son impunes.

Recordemos de forma somera lo manifestado por José Miguel Rodríguez Sánchez, quién no lo podemos tampoco obviar y en cierta forma también puede ser tenida por corroboración periférica, y como acredita la documental aportada al inicio de las sesiones como cuestión previa, que el mismo consignó la cantidad de 2.400 euros el 19 de noviembre de 2015, como reparación parcial por los hechos.

Este acusado, Concejal de Hacienda y Urbanismo al tiempo de los hechos, comienza su declaración reconociendo los hechos imputados, reconociendo que con su firma ha podido beneficiar a terceros porque no le constan que los trabajos que que firmó hayan sido ejecutados. Firmó las facturas, que le llevo el Jefe de la Oficina Técnica quién le dijo que eran necesarias, sin saber si el trabajo estaba o no hecho. Que firmaba porque el interventor le había ayudado en otras ocasiones a llevarse dinero. Que no vio los presupuestos, solo las facturas, siendo imposible que por hecho los trabajos se hubieran ejecutado, se presentaron todas las facturas en diciembre porque era el mismo "modus operandi", constado ya la firma de Arrocha (Juan Rafael Arrocha Arrocha) cuando él firmo. Que presumía, por el "modus operandi" que los trabajos no estaban hechos, además se habría enterado si se hubieran hecho. Que reconoce que era el modo de operar en el Ayuntamiento de Arrecife en esa época para enriquecerse. Las Ordenes de transferencia se firmaban primero por el Interventor, luego por el Concejal y finalmente el Tesorero, siendo presentadas todas las facturas en el mes de diciembre. La factura exigía la firma del técnico y la suya, entendiéndose que si constaba la firma del técnico el trabajo ya estaba hecho, sin que fuera personalmente a supervisar las





obras, firmando las facturas falsas porque sabía que con ello se lucraba gente de su partido, que en otras ocasiones el Interventor, que en a veces se lucraban unos y en otras ocasiones se lucraban otros. Que para él, las obras no se ejecutaron, porque esas actividades no se habían realizado con anterioridad, porque eran facturaciones por obras innecesarias. Que en primer lugar cree que tenía que venir de festejos. Que son indicios lo que le hace pensar que eran facturas irregulares, pero no fue in situ a comprobar si el cableado se había puesto o todo lo demás, que no comprobó personalmente las obras.

Veamos pues si esta declaración viene corroborada por otras pruebas (al margen del hecho evidente de los abonos efectuados a José Daniel Hernández Arraez y Proselan y que nadie ha negado), y comenzaremos con el resultado de las pruebas personales, con dos cuestiones que llaman poderosamente la atención, la primera se que facturó la instalación y consiguiente desmontaje de líneas de refuerzo para las fiestas de carnaval y de cuatro barriadas de la localidad de Arrecife, esto es una actuación accesorio (como señala el término refuerzo) y el importe sobrepasa holgadamente los 200.000 euros, por lo que la pregunta es obvia (y de ahí la extrañeza) ¿cual era el presupuesto de fiestas?, es más si solo en “refuerzo” se abonan tales cantidades, cabría pensar que las distintas fiestas que se celebraban en Arrecife deberían constarse entre las más afamadas, no ya solo del Archipiélago Canario, sino de de toda España. Y la segunda y es que pese a tratarse de una actuación desarrollada en las fiestas, en nada interviene la Concejalía de Festejos, sino que se “tramita” por el Jefe de la Oficina Técnica (que no por la Oficina Técnica) y el Concejal de Hacienda (que no por la Concejalía), argumentándose que se trataba de una actuación urgente para evitar apagones por la sobrecarga en la línea, riesgo que no se ha acreditado en modo alguno, tan solo se aporta por la defensa de José Daniel Hernández Arraez junto con su escrito de conclusiones un recorte de prensa que señala que las fiestas de un barrio en el año 2014 se celebraron casi a oscuras y copia la carta remitida por la eléctrica Unelco-Endesa el 11 de diciembre de 2008 en la que se señala que “su consumo de energía supera sensiblemente los permitidos por su instalación eléctrica”, no obstante señala que en atención a la fecha de esta misiva, y de efectuado la prestación (que nadie contrato), las fiestas que nos ocupan en nada afectarían, así las fiestas de Titeroy tuvieron lugar en marzo, las de Valterra en julio, las de Carnaval en febrero y las de Argana Baja en octubre, solo son posteriores las de San Francisco Javier serían posteriores, pues tuvieron lugar entre el 10 y el 27 de diciembre (curiosamente la facturase firma el 30 de noviembre).

Así José Daniel Hernández Arraez señala que fue a la oficina técnica del Ayuntamiento de Arrecife para ofrecer sus servicios, como hace con todos los Ayuntamientos se dirigió al Sr. Rafael Arrocha, que fue él quien le atendió. Que también habló con otros técnicos, que luego le dijo que tenía algo y que lo valorara, y así lo hizo. Que en un principio el trabajo lo iba a hacer él personalmente, José Daniel Hernández Arraez. Que se creó Proselan en el año 2008 no para empezar a facturar lo del Ayuntamiento de Arrecife, porque con sus socios acabó comprando la sociedad y así se lo recomendó su asesor, que es el único administrador de la sociedad. Que las facturas se presentaron a final de año, pero eran de obras realizadas en todo el año. Que él presentó sus facturas y cuando se trabaja con el Ayuntamiento ya se sabe, que les pueden pagar rápido o no, y él tuvo suerte y le pagaron enseguida. Que las facturas que presentó no se corresponden con el título de la factura, que son obras de montaje y desmontaje. Que el trabajador de la empresa era él, quien incluso hacía las labores de vigilancia nocturna. Que todos los trabajos de sus facturas, de montaje y desmontaje, se hicieron, y todos fueron supervisados por el señor Arrocha. Que tomó mediciones in situ en obra con él, y las mediciones fueron entregadas al Sr. Arrocha. Que no le extrañó que tuviera





que dirigirse a la oficina técnica, habiendo una Concejalía de Festejos, que para eso es la oficina técnica, donde están los técnicos y los peritos. Que abrió una cuenta para recibir sus cobros, no solo los del Ayuntamiento. Que si sacó todo el dinero menos trescientos euros, era porque tenía deudas, no solo del 2008, sino también de atrás. Que tenía miedo que Hacienda le embargara el dinero y así no poder pagar a las subcontratas o a sus proveedores. Que el montaje lo hacía él y el desmontaje otra empresa pero por error en la realización de las facturas. Que fue él mismo quien llevaba las facturas a intervención, tras obtener la firma del Sr. Arrocha. Que iba a intervención porque es donde siempre ha presentado las facturas. Reconociendo la totalidad de las facturas Que en el año 2008 no le rechazaron ningún presupuesto de los que presentó. que no contactó con Carlos Saenz, ni le presentó a él las facturas, ni nada. Que no tiene ninguna relación con Carlos Saenz. Que ha recurrido un expediente de reintegro del Ayuntamiento de Arrecife. Que los presupuestos presentados constaba ya las partidas por separado, por montaje y desmontaje. Que las cuantías de las facturas se corresponden con las cuantías presupuestadas. Que no conoce a José Miguel Rodríguez, ni ha tenido conversaciones con el resto de acusados, salvo con Rafael Arrocha, y por las obras que realizó para el Ayuntamiento. Que sus facturas no son falsas y se corresponden con obras realizadas.

Por su parte Juan Rafael Arrocha Arrocha, Jefe de la Oficina Técnica, declara que reconoce las facturas presentadas (en concreto dijo, que no hace falta que se le exhiba las facturas que le presentaba José Daniel, que ese señor fue por allí como otros empresarios, buscando trabajo) Que como iban a empezar los carnavales, la sobrecarga y la seguridad, le preocupaba y le dijo a José Daniel lo que necesitaba y que le hiciera un presupuesto. Que le preocupaba la seguridad de las fiestas, que no lo comentó con el departamento de fiestas porque no tenía ni tiempo de cambiar un bombillo. Que era un tema eléctrico, no de fiestas, de seguridad. Que ya había tenido quejas de vecinos, por caídas de luz por la sobrecarga. Que las fiestas de los años anteriores cree que no se reforzaron, que existió ese problema de seguridad. Que se dio cuenta que había facturas a nombre de José Daniel y otras a nombre de Proselan, pero éste le había explicado que había formado una empresa, y no le vio problema. Que él verificaba si los trabajos presupuestados estaban hechos, que tomaba notas, y esas notas estarán en el Ayuntamiento Que el montaje y desmontaje era una obra, no un servicio. Que José Daniel hacía una propuesta, y a él le parecieron bien sus presupuestos, que eran precios de mercado, y por eso tras comprobar que los trabajos estaban hechos y tomar nota, firmó sus facturas. Que no estima que sea fraude de ley pagar 20.000 euros para que una empresa efectúe un montaje, y luego pasado un tiempo, pagar otros 20.000 euros a otra empresa, o a la misma pero a nombre de una persona jurídica, para el desmontaje, porque cree que son obras distintas. Que si firmó facturas antedatadas, pues será porque se le habrán pasado. Que previa exhibición del documento al folio 1060 y 1062 (Fiestas de San Francisco Javier), que la factura está firmada el 5 de diciembre y los trabajos finalizaban el 27 de diciembre, que una cosa es firmar la factura y otra el presupuesto. Que previa exhibición del documento al folio 1063 y 1065, pues lo mismo, que se le habrán pasado (se trata de las fiestas de Chaxiraxi en la que estimamos que había un error de fechas) Que reconoce su firma a esos folios. Que también reconoce su firma a los folios 979. Que lo firmó en diciembre el desmontaje, antes de que se le produzca, porque se le habrá ido. Que habló con José Miguel Rodríguez porque era el concejal competente, el de urbanismo y hacienda, y le dijo que eran necesarias las obras para el mantenimiento de seguridad, y que José Miguel le dijo que estaba de acuerdo, y que le presentara los presupuestos sin que a la firma del presupuesto tuviera su visto bueno. Que también él personalmente se daba una vuelta para comprobar la vigilancia del cableado. Que





no era preceptivo y no lo hizo, hacer un informe sobre la conveniencia de llevar a cabo los trabajos de seguridad. Que llevaba más tiempo cambiar la línea que hacer los trabajos de montaje y desmontaje.

Que no tiene nada que ver lo realizado por José Daniel y su empresa, con lo realizado por personal interno del Ayuntamiento de Arrecife. Que no comprobó si la empresa con la que iba a contratar, tenía algún problema con la ley. Que cuando acepta los presupuestos de José Daniel Hernández, es porque los acepta la administración. Que comprobó todas las obras que realizó el Sr. Arráez. Que no le cabe ninguna duda de que las obras sí se realizaron. Que no tiene por qué informar a José Nieves Caraballo, de festejos, que él no tenía por qué informar nada de suministro eléctrico del Ayuntamiento. Que no le consta que las facturas aportadas a este procedimiento sean falsas. Que no ha recibido prebenda o regalo por parte de José Daniel para que le diera a él las obras, estimando que eran obras muy necesarias, y de hecho por eso no surgieron problemas en las fiestas y dejaron de haber denuncias por apagones y todo.

Por fin Carlos Saenz Melero, Interventor del Ayuntamiento, declara. Que los trabajos de José Daniel Hernández y de Proselan eran obras menores, que efectuó la retención de crédito que obra al folio 980, porque así se lo pedirían que facturas de marzo y febrero, retiene crédito en abril porque será cuando se lo habrán comunicado. Que si hizo esa retención de crédito, será porque alguien se lo pidió. Que si hizo la retención, es porque había crédito. Que él hace la retención de crédito y ya luego vendrá el expediente, que eso no significa que él le de el visto bueno a nada, sino que hay partida. Que por el principio de unidad de acto, se firman las transferencias por los tres al mismo tiempo, el primero, el alcalde o delegado, luego el tesorero, y el tercero el interventor. Que no tiene por qué saber lo que cuestan las instalaciones eléctricas de las fiestas de los barrios de Arrecife. Exhibiéndole los informes obrantes a los folios 908 y 965, (en el que se informaba que respecto de Proselan 2008 no existía obligación de pago reconocida respecto del año 2009, no contestando respecto al año 2008 pese a que así se le había requerido con fecha 15 de octubre de 2013, que es su firma pero no los ratifica porque no entiende para qué se hicieron esos documentos. Que festejos no quería que se cargara a su área salvo lo estrictamente relacionado con su área, que por eso no se cargaron. Que por eso áreas distintas a festejos asumieron estos costes. Que su fiscalización es en contrato de obra mayor, que la obra menor no requiere fiscalización previa. Que cuando le llega el expediente para su firma, ya estaba completo. Que no ha llegado a ningún acuerdo con el resto de imputados. Que no conocía de antes de nada a José Daniel Hernández. Que José Miguel Rodríguez no le dijo nunca que las obras que iban a firmar no estaban realizadas. Que no se puso de acuerdo con Arrocha ni con José Miguel para beneficiar a José Daniel. Que el registro de entradas de facturas ahora no existe, pero en el año 2008 sí existía. Que no tiene competencia para decidir como o cuando se debe contratar a alguien. Que su competencia única es la fiscalización e intervención. Que si las facturas le llegan conformadas y firmadas por el competente para recepcionar la obra y el concejal competente, él entendía que se había realizado la obra. Que su firma no es sino la intervención material del pago. Que quien decide o ejecuta el pago es la tesorería. Que en los contratos menores, la factura equivale a contrato según la ley. Que no conoce personalmente al Sr. Arráez, más allá de la documentación que le llegó en el Ayuntamiento.

Respecto de la prueba testifical, Jesús Casimiro Machín Duque, representante legal de la instaladora eléctrica Leyce, señala que siempre le avisaban del Ayuntamiento para montar la feria, la de San Ginés y eso, pero en el año 2008 no recuerda. Que por ejemplo en Carnaval además de una empresa, interviniera otra, una para el recinto ferial, y otra para el Carnaval.





Que en el año 2008 casi seguro que trabajó él solo, su empresa, para la feria de San Ginés. Que en las fiestas de San Ginés del 2008, hizo el montaje y el desmontaje, que si se hacía una cosa, se hacía la otra. Que normalmente si se hace el montaje, se hace el desmontaje. Que aunque se cobra por montar y desmontar, se presenta una sola factura.

Bernardo Montelongo Batista, oficial electricista del Ayuntamiento: cree que el Ayuntamiento contrataba empresas de electricidad externas para obras de los barrios. Que conoce a José Daniel, que cree que es probable que haya hecho trabajos para el Ayuntamiento de Arrecife, pero no le consta. Que previa exhibición del documento al folio 16 a 19, que no es el tipo de trabajo que suele hacer su departamento, que si una empresa hace algún trabajo, ellos no tienden líneas ni nada, sino reparaciones pequeñas. Que el departamento del Ayuntamiento lo que hace son cosas pequeñas, si existe otra empresa electricista contratada.

Juan Pablo Pino Groba, señala que trabajo para José Daniel Hernández para obras en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Lanzarote y no en el Ayuntamiento de Arrecife, obras para el Ayuntamiento de San Bartolomé que igualmente confirma Rigoberto Bermúdez Lemes, desconociendo el mismo si ha trabajado para otros Ayuntamientos. Y que también confirma la testifical de Isidro Julián Rodríguez.

José Francisco Montelongo Espinosa, actual Alcalde del Arrecife: afirma que se hizo una junta en el año 2009 en la que era el alcalde les convocó a los entonces concejales, para poner en su conocimiento que habían detectado facturas con irregularidades en el departamento de festejos y obras públicas, que esa irregularidad consistía en que probablemente se trataba de trabajos no prestados, que tras esa junta de 2009 se acordó iniciar un expediente de reintegro, pero no sabe su resultado. Que no recuerda bien los carnavales del 2008, que no recuerda ahora ningún incidente.

Tomas Cesar Montelongo Gonzalez afirma que llegó a instruir a los operarios de José Daniel para las instalaciones eléctricas, que éste iba a hacer.

Por su parte Carlos Luis Moral Vergel, Inspector de Hacienda, cuyo informe obra a los folios 843 a 853, señala que la empresa Proselan 2008 S.L. recibe una facturación muy concreta en el tiempo y luego desaparece, en el 2008 ya no presentó declaraciones y luego cesó en toda su actividad. Según sus datos, el 9 de diciembre se creó una cuenta corriente que recibió unos 230.000 euros, que fueron sacados al día siguiente, sin que la agencia tributaria sepa para qué se sacaron. Que a la empresa no le consta personal asalariado, ni vehículo ni local, viniendo la mayoría de la facturación de Proselan venía del Ayuntamiento de Arrecife y también importantes vinculaciones con el Ayuntamiento de San Bartolomé. Que en su informe vincula a José Daniel con el Ayuntamiento de San Bartolomé y el de Arrecife y con Carlos Saenz Melero, de modo sospechoso, porque se detectó que estaban relacionados porque sus ingresos procedían de estos entes públicos y en algunos casos se echaban en falta las declaraciones tributarias a lo que unían las entregas en efectivo de grandes cantidades de dinero, como los 230.000 euros, sin que la vinculación directa entre José Daniel y Carlos Saenz no puede precisarla, se saca de las personas físicas y de las empresas de José Daniel no constando ninguna intervención de Carlos Saenz, ni como administrador ni como nada. Que no puede precisar que exista una relación directa entre ambos.

Antonio Cabrera Panasco. Tesorero del Ayuntamiento de Arrecife declaró. Que si se ha incoado un expediente de reintegro de lo indebidamente pagado a Proselan. Que se decidió no seguir abonando facturas, cuando se recibió en tesorería un acuerdo de gobierno en tal sentido. Que la intervención se encarga de la fiscalización previa, que le corresponde la intervención formal y material, que se ajusta a la realidad y que el servicio u obra se ha





realizado. Que como tesorero cuando le llega una orden de pago es de obligado cumplimiento para la tesorería si ha pasado por intervención. Que en una transferencia interviene el tesorero, que la firma como que hay fondos. Que en ese año, de Proselan solo le llegaba la orden de pago, que antes sí venían más completos los datos. Que los presupuestos de estas obras o servicios no estaban en los presupuestos del Ayuntamiento, que no lo recuerda, que en todas las ordenes de pago de Proselan, no le llega el expediente, sino la orden de pago, solamente, en ese año, en el 2008. Que el interventor no está obligado a ir y ver y comprobar la realización de la obra. Que el interventor fiscaliza formalmente los actos contables, antes del acto administrativo. Que muchas facturas también estaban firmadas por el Sr. Arrocha. Que el mismo día en que le hizo la transferencia a José Daniel, hizo otras muchas transferencias y por importes semejantes, que por eso en ese mes de diciembre no le extrañó nada. Que era un mes en el que si había liquidez, se intentaba dejar todo pagado. Que si había dinero, en diciembre se intentaba liquidar a todos los acreedores del Ayuntamiento .

Carlos Enrique Lemes Bermúdez, representante legal de Inelcon declara, que hizo labores de electricidad en los carnavales de 2009. que los trabajos los hizo solo Inelcon, que es su empresa. Que no coincidió con ninguna otra empresa. Que cuando lo contratan a él, no coincide con otras empresas, que eso sí lo tiene claro. Que también hace trabajos para los barrios, como el de Valterra, Titerroi, Altavista, etc.. contratado por el Ayuntamiento de Arrecife. Que en algunas ocasiones hay empresas privadas y personal del Ayuntamiento del Arrecife. Que cuando factura al Ayuntamiento de Arrecife, desglosa por separado montaje y desmontaje, pero va todo en la misma factura.

José Nieves Caraballo, Coordinador de festejos del Ayuntamiento de Arrecife, se ratifica en el informe que obra al folio 14 (recuérdese el informe sobre las empresas que prestaron servicios para al Ayuntamiento) , que para las fiestas de los barrios no se encargaba a ninguna empresa nada porque lo hacían los funcionarios del Ayuntamiento que así era en el año 2008, 2009 y antes. Que en las fiestas de barrio no recuerda que se tuviera que reforzar las líneas porque saltaran las palancas y se quejaran los vecinos, que las fiestas son muy pequeñas. Que en muchos barrios se usa el centro sociocultural, o se usa un generador, etc.. Que el generador no es del Ayuntamiento, sino que lo pone la empresa de sonido. Que hizo su informe con las referencias de compañeros de electricidad Que aunque esté de baja, supone que la empresa de José Daniel no ha hecho una obra o servicio cuando la entiende innecesaria. Que en esa época no coincidían trabajadores de empresas privadas y del Ayuntamiento, que en las fiestas de los barrios no coincidían, que el alumbrado público su departamento no lo lleva.

José Morales Padrón, Coordinador de Alumbrado Público, se ratifica en el informe obrante a los folios 16 a 19 (el que desglosaba los trabajos realizados en las distintas barriadas) el informe porque se lo encargaron con carácter previo al abono de unas facturas y resultó que ese trabajo lo había realizado el personal de alumbrado, que todas las facturas eran del 2008, algunas ya pagadas y otras por pagar, esos trabajos no los realizó ese empresario, José Daniel, sino los operarios del Ayuntamiento, que él trabajaba en la Concejalía de alumbrado público y cuando hay fiestas, desde la Concejalía de festejos les llaman para trabajar, que por ejemplo en Chaxiraxi, de Argana Baja, 385 metros de cable no son necesarios, dentro del centro social no se necesitan todos esos metros de cable. Que el Ayuntamiento se gasta en alumbrado unos 1000 o 2000 euros, que contrata con Unelco. que en muchas fiestas de barrio se usaba el centro sociocultural y por eso se necesita ampliación de líneas ni tanto cable. Que





a veces se necesitaba un generador o un cuadro, y se le encargaba a la empresa de sonido y eso él lo valora en unos mil o dos mil euros, no más que el personal del Ayuntamiento trabajó en el año 2009 para las fiestas de Valterra, aunque no conste en el informe, que es posible que se haya extraviado algún parte, que previa exhibición del documento al folio 52 y siguientes, que las cosas de electricidad las hacía su departamento, no el de festejos. Que si le consta que el Ayuntamiento de Arrecife contrataba a veces con empresas externas, obras de electricidad Que si se usaba el centro sociocultural para las fiestas, pues no solía ser necesario ampliación de líneas. Que en aquella época sobre seis eran los barrios de Arrecife que celebraban fiestas.

Las declaraciones de María Elena Martín Martín, Sandra Leticia Estelle Padrón y Sheila Aguiar Fernández abundan en la distinción entre obras y servicios, sin que en los registros del Ayuntamiento se haya podido constatar, como se informa al folio 1047 la existencia en Intervención de facturas presentadas por Proselan 2008, sin bien la búsqueda ni se pudo efectuar por C.I.F., señalándose que los contratos menores no han de ser fiscalizados por el interventor

Y en cuanto a la prueba pericial: Enrique Salvador Villar, Jefe de Servicio del Area de Ayuntamientos de la Auditoria de cuentas de Gran Canaria., se ratifica en su informe que calificó al contrato mixto de servicios. Que no era contrato de obra, como había sido calificado por la corporación, sino mixto, porque las prestaciones de servicios eran de mayor cuantía que las de obras. Que por ello es contrato mixto de servicios, que supera los 18.000 euros, y por ello debe llevar un contrato ordinario. Que la corporación se saltó la mayor parte del procedimiento. Que las facturas se cobraron sin que constara la conformidad con la prestación. Que el funcionario que conformó las facturas con una rubrica, lo hizo sin identificarse ni que constara expresamente la conformidad. Que cuando ellos analizaron la documentación no constaba ni la identificación ni la expresa conformidad.. Que la autorización del gasto le corresponde a la alcaldía, si no hay delegación. Que en cuanto a la recepción de las obras, el interventor no tiene la obligación de hacerlo personalmente, en sentido material. Que si fuera un contrato menor, no sería necesario la idoneidad del prestador de servicios, pero habría que verificar su capacidad de obrar y habilitación profesional. Que de lo único que hay que verificar es eso. Que estima que la administración siempre debe justificar la necesidad del gasto, aunque expresamente la ley no lo exige para contratos menores. Que la aprobación de la factura solo conlleva un tramite administrativo, un decreto de la alcaldía o del delgado. Que el alcalde se ha de fiar del interventor, y éste del técnico. Que todo ello partiendo de la base de que los servicios se presten.

Y por fin el “perito” José Manuel Padillo Rivadimar afirma que los trabajos presupuestados no coinciden para nada con los trabajos del ayuntamiento. Que los trabajos son todos exteriores, en la calle. Que no ha emitido informe alguno para esta causa. Que en su día, él comprobó estos presupuestos que constan en autos. Que lo vio todo bien, correcto. que en esa época, él fue y comprobó que las obras estaban hechas. Que no fue a las fiestas de los barrios, pero lo ha leído Que ha ido a los barrios y ha visto que se han hecho obras. Que lo verificó, pero no en las fiestas, sino antes. Que ha comprobado que estaba montado. Que no era necesario el consentimiento de Endesa, porque todas las obras parten de los cuadros de alumbrado público, y son obras provisionales, y ya estaba eso autorizado por Endesa. Que todas todas las instalaciones efectuadas son exteriores, van por la calle. Que no figura en lo que él comprobó, ninguna obra realizada en espacios cerrados, sino todas en espacios abiertos, en la calle. Que él iba a las fiestas porque tenía el encargo del instalador de verificar la obra. Que el instalador no le abonó nada por esos servicios.





DECIMO.-A la vista de las pruebas personales y documentales que acabamos de enumerar tenemos dos opciones, bien entender que la confesión de José Miguel Rodríguez carece de apoyo alguno y por lo tanto sólo cabe un pronunciamiento absolutorio, bien entender que ante las contundentes pruebas de cargo aportadas por las acusaciones, las de descargo aportadas por las defensas carecen de valor enervatorio alguno, es palmario que nos hemos inclinado por esta opción.

Así del resultado de la prueba personal y destacando en primer lugar la contradicción entre las versiones de José Daniel y Juan Raafel, pues el primero afirma que presentó presupuestos en el Ayuntamiento para ser contratado, mientras que Juan Rafael señaló que ante el peligro de sobrecargas habló con aquel para decirle lo que necesitaba. Sentado lo anterior, los tres acusados que no han reconocido los hechos afirman que las obras (que nosotros estamos denominando prestaciones para no calificar el contrato) se ejecutaron, que eran necesarias para evitar incidencias en el suministro eléctrico durante el desarrollo de las fiestas, que fueron abonadas al contar las facturas con la firma del técnico y del Concejal correspondiente, que como era un tema de suministro eléctrico no intervino la Concejalía de Festejos y como era urgente el servicio la “tramitación” fue llevada por la Oficina Técnica; que en cualquier caso se trataba de contrato de obras y que en atención a la cuantía era un contrato menor. Las testificales aportadas por las defensas señalan que José Daniel ejecutaba los mismos servicios para el Ayuntamiento de San Bartolomé de Lanzarote, habiendo comparecidos trabajadores que prestaron sus servicios en dichas obras, eso si ninguno que haya ejecutado cualquier tipo de labor en los “contratos” que ahora nos incumben. Ahora bien de esta misma prueba personal resulta que los presupuesto en los que se basó la “contratación”, no se encuentran en e Ayuntamiento, que dichos presupuestos, evidentemente, no se incorporan al expediente que dio lugar al pago. Del mismo modo resulta de esta prueba que para reforzar las líneas en las fiestas de los barrios no se acude, por regla general, a empresas externas, sino que se encarga personal del propio Ayuntamiento, en labores que no superan los 2.000 euros de coste, y que algunas fiestas, como las de Chaxiraxi en Argana Baja no tenían lugar en el exterior sino en el centro socio-cultural, mientras que para las fiestas de Carnaval (las más importantes del Municipio) si encargaban trabajos a empresas externas, pero nunca a más de una para un mismo recinto, y en el año 2008 se encargó a Leyice y en el 2009 a Inelcon, sin que en ningún caso dichas empresas coincidieran con una tercera. Señalándose que las labores de montaje y desmontaje son operaciones distintas pero que se facturan en el mismo documento. Habiéndose presentado en Intervención la totalidad de las facturas en el mes de diciembre de 2008, siendo práctica habitual en el Ayuntamiento de Arrecife el al abono, de existir disponibilidad presupuestaria, liquidar en dicho mes la totalidad de los créditos favor de los distintos proveedores del Ayuntamiento.

De la prueba pericial resulta que las totalidad cantidades abonadas se ingresaron en una cuenta abierta el 9 de diciembre de 2008, procediéndose a retirar la totalidad de los fondos ingresados por un reintegro de caja al día siguiente de hacerse efectiva la transferencia, que la empresa Proselan 2008 S.L., no contaba ni con trabajadores, ni vehículo, ni local alguno, constando solo actividad con el Ayuntamiento de Arrecife y el de San Bartolomé de Lanzarote. Calificando la pericia de la Audiencia de Cuentas como contrato mixto de servicios, incumpliendo los “contratos” que nos ocupan todas las prescripciones legales, mientras que la “pericia” de la defensa afirma la realidad de las obras, que todas las partidas se ejecutaron íntegramente y todas en el exterior.





Del contenido de la prueba documental se deriva el, a nuestro juicio, desmesurado gasto para el tenido de líneas de refuerzo para las Fiestas de Carnavales y de cuatro barriadas. Se desprende igualmente que los trabajos en las Fiestas de los Barrios se ejecutaba por personal del Ayuntamiento. Del mismo modo podemos concluir con que en las fiestas de Carnaval del año 2008 y 2009 (estas últimas si bien no se han abonado si fueron facturadas), no intervinieron ni José Daniel Hernández Arraez ni Proselan 2008 S.L.. Podemos dar por cierto de esta documental que los presupuestos no fueron registrados en el Ayuntamiento de Arrecife, constando únicamente la firma de Juan Rafael Arrica y un sello de la oficina técnica, más sin número de registro alguno. Del mismo modo resulta evidente que alguna de las facturas se abonaron con anterioridad a la fecha de ejecución que consta en la factura, así los folios 1060 a 1062, respecto de la fiesta de San Francisco Javier, señalándose como fecha de la prestación del 10 al 27 de diciembre y se registra la factura en Intervención el 2 de diciembre. También resulta de esta documental (en conjunto con la personal) que en las facturas además del sello de Intervención constaban las firmas de José Miguel Rodríguez y Juan Rafael Arrocha y en las Ordenes de pago (como en el reconocimiento de la obligación) figuran las firmas de José Miguel Rodríguez y Carlos Francisco Saenz. Igualmente concluimos del examen de los documentos que con respecto a las facturas presentadas en el año 2008 (todas ellas en el mes de diciembre) y que, efectivamente, fueron abonadas, no se practicó retención de crédito, con respecto a las presentadas en el año 2009, y cuyo abono ha sido retenido, si se practicó tal retención en fecha posterior a la presunta prestación de los servicios, pero anterior a la del registro de las facturas en Intervención.

Y palmariamente de esta prueba documental podemos dar por cierto la omisión total del debido procedimiento. Así aún si estimáramos que nos encontramos en presencia de un contrato menor de obras y aún cuando estimáramos (y ya hemos adelantado que no es así) que la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público es la aplicable en todos los casos, y por mucho que la presentación de la factura equivalga al contrato, no se acompaña uno de los documentos esenciales, como antes dijimos, el presupuesto, propuesta que solo era conocida por su redactor, José Daniel y por quién afirma haberla aprobado, Juan Rafael, pero es más quién acepta esta propuesta (que dicho sea de paso entendemos como falaz) no acredita tener competencia para su aprobación, esto es, para contratar la ejecución de la obra, pues ni consta que se haya delegado en él tal competencia, ni consta que la Oficina Técnica pueda contratar, máxime cuando se nos ha dicho que la competencia reside en la Concejalía de Alumbrado Público. Pero además tampoco se comprobó la solvencia del “contratado”, quién afirmó ser objeto de embargos por la Agencia Tributaria, constituyendo, para evitar estas trabas, Proselan 2008 s.l., entidad que facturó trabajos pese a no haber redactado los presupuestos y que carece de vinculación alguna con el Ayuntamiento.

Las anteriores consideraciones se efectúan partiendo del escenario más favorable para los acusados, escenario que en cualquier caso no compartimos en modo alguno. Entendemos, como anunciamos anteriormente, que para dos de los “contratos”, las Fiestas de San José Obrero en Titerroy y las del Carnaval de 2008, la Ley aplicable era el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, que para lo que ahora interesa, prohibía la contratación verbal, forma contractual que de haberse efectuado realmente la contratación fue la utilizada, fijando el límite del contrato menor en la cantidad de 30.000 euros. Se podría decir que este límite no se sobrepaso en ninguna factura, más de nuevo nos encontramos ante una fraude de los acusados pues si la obra (que entendemos que no se ejecutó) consistía en la instalación provisional de líneas de refuerzo para evitar el (inexistente) riesgo de apagones tal prestación no se ejecutaría





íntegramente si tal instalación provisional no se desmonta, y tal es así que los representantes legales de Leyce e Inlecon señalan que aún cuando se tratan de dos actuaciones distintas no se facturan de manera independiente, y de esta suerte nos encontramos con que las facturas de San José Obrero ascienden a 44.184 euros y las de Carnaval a 55.471,50 euros, sobrepasándose por tanto el límite de los 30.000 euros del contrato menor.

Y por lo que hace a las otras facturas, las correspondientes a las fiestas de Valterra, San Francisco Javier y Chaxiraxi en Argana Baja, respecto de las mismas si es aplicable la Ley 30/2007, que por un lado, repetimos, obliga a incorporar el presupuesto, lo que no se ha hecho, y establece el límite en 50.000 euros, cantidad superada por las fiestas de Valterra, su importe total fue 56.201,25 euros y San Francisco Javier, la cantidad abonada fue de 51.208,75 euros. Solo las de Chaxiraxi se encuentran por debajo de aquel límite, pero resulta que las mismas se desarrollaron en el Centro Socio Cultural, sin que en ese espacio se precisen líneas de refuerzo.

UNDECIMO.- Ahora la pregunta, pensando en la citada tiempo antes Sentencia de 15 de julio de 2013, es si se efectuó la prestación. La respuesta a esa pregunta pasa por un dato no probado que no es otro que determinar quién contrato. Y es que la única persona que parece haber contratado es Juan Rafael Arrocha Arrocha, que ya hemos señalado no se acredita tener competencia para tal contratación, habiendo negado la misma José Miguel Rodríguez Sánchez, recordemos cuya firma obra en las facturas, en los reconocimientos de la obligación y en las ordenes de pago.

Veamos pues la actuación de cada uno de los acusados, que ya ha sido descrita en el relato de hechos probados, José Daniel, a nombre de su empresa, Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez, presenta una serie de presupuestos para el montaje y desmontaje de líneas de refuerzo, como hemos repetido separando ambas labores, para las fiestas de Carnaval y de cuatro barrios de Arrecife correspondientes al año 2008, y presupuestos para los mismos trabajos en el Carnaval y en un barrio en el año 2009.

Estos presupuestos carecen de registro de entrada en el Ayuntamiento, tan solo consta la firma de Juan Rafael Arrocha Arrocha, y un sello de la Oficina Técnica, señalando este acusado que acudió a comprobar las obras, tomando notas “que estarán en el Ayuntamiento”, como dijo en el juicio y que las mismas eran correctas (incluida por tanto la extraña partida de vigilancia nocturna por importe en todos los casos de 3.000 euros).

Y esta presentación de los presupuestos y “aceptación” de los mismos por parte del Jefe de la Oficina Técnica ha de ser considerada como el germen de la contratación (contrató que, recuérdese, para San José Obrero y Carnaval 2008 no podía efectuarse de forma verbal), por tanto la persona que, en nombre del Ayuntamiento de Arrecife, no fue otro que Juan Rafael Arrocha Arrocha, que ya hemos señalado no se acredita tener competencia para tal contratación, siendo competente para tal actuación bien el Alcalde, bien el Concejales en el que se haya delegado, y la única firma de un Concejales (en el que ciertamente se había delegado la facultad de contratar) es la de José Miguel Rodríguez Sánchez, quién, además de no ser ni el Concejales de Festejos ni de Alumbrado Público, sino de Hacienda y Urbanismo, niega la realidad de la contratación, poniendo, además en duda la realidad de la ejecución de los trabajos. Pese a negar la realidad de la contratación igualmente este acusado, firma junto con Juan Rafael, las facturas que se registran en la Intervención del Ayuntamiento, como firma el reconocimiento de la obligación e igualmente la orden de pago. Facturas que en algún caso se emiten con carácter previa las fechas que constan como de ejecución.





Por lo que hace al Interventor municipal se aduce que su firma, una vez las facturas cuentan con la del técnico municipal y la del Concejal, su firma era obligada, pues siendo contratos menores no le era exigible la fiscalización previa, esto es, se viene a señalar que el control que el mismo efectuaba era meramente contable, limitándose a comprobar si existía una factura

De la trascendencia de la fiscalización es indicativo el art. 188 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece que "los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los interventores de las entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan liquiden o paguen sin créditos suficientes". Véase como el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de abril de 1994 condenó al Interventor de un Ayuntamiento andaluz, por malversación de caudales al aprobar gastos de farmacia del Alcalde, por 42.000 Pts. O la Sentencia del 1 de julio de 2015 que condena al Interventor municipal por delito de prevaricación por malicioso incumplimiento de sus obligaciones.

Respecto a las consecuencias de la omisión de la fiscalización preceptiva, la doctrina es casi unánime en su valoración. Tanto si se considera como un acto separable o acto preparatorio que se integra en la fase de formación de la voluntad administrativa, como si se considera a la fiscalización crítica un informe preceptivo, su ausencia u omisión produce la "anulabilidad" del acto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000 señala que "la omisión de los informes del Secretario e Interventor de Fondos, al tratarse de acuerdos que requerían la mayoría absoluta del número legal de los miembros de la corporación, no es causa de nulidad sino de anulabilidad y sólo cuando la omisión afecta al logro de la finalidad del acto."

Determinados reparos no atendidos pueden dar lugar a prevaricación si media dolo. Valga como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 : reparo de Intervención por insuficiencia de crédito para los gastos propuestos, omitiéndose la competencia del Pleno, siendo aprobados por el Alcalde a pesar del reparo planteado. Y véase que en nuestro caso es evidente que no hay reparo, como tampoco hay contrato.

El fundamento del régimen de fiscalización en la administración local lo encontramos en los artículos 213 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 25 de marzo que aprueba el Texto Refundido de Haciendas Locales y, aunque el régimen propio de la fiscalización es el de las haciendas locales, en la normativa sobre contratación pública existen diversos preceptos que aluden al control y al gasto público de los contratos, cuyo contenido tiene un alto valor indicativo de cómo se debe realizar y qué fines u objetivos debe perseguir la fiscalización de los contratos.

Sin ir más lejos, el artículo 1 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público establece como uno de los objetivos de la misma "asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de las obras, la adquisición de los bienes y la contratación de los servicios...". Este artículo entronca con los principios constitucionales de legalidad, a que se refiere el art. 9.1 CE cuando señala que "los poderes públicos están sometidos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico", y más directamente el art. 133.4 cuando dice que "las administraciones públicas sólo podrá contraer obligaciones y realizar gastos de acuerdo con las leyes"

En consecuencia, el régimen jurídico de la fiscalización en el ámbito de la contratación pública lo tenemos tanto en la normativa sobre haciendas, sea estatal autonomía o local como en la propia normativa sectorial de contratación pública, abarcando no solamente el control de la





legalidad sino también la calidad de la gestión, en cumplimiento del mandato constitucional recogido en el párrafo anterior.

Por su parte el Real Decreto de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos, señala en su artículo 52 a 54 las fases en la gestión de los presupuestos

Señalando el artículo 54.1 que la autorización es el acto mediante el cual se acuerda la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada reservando a tal fin la totalidad o parte de un crédito presupuestario. La autorización constituye el inicio del procedimiento de ejecución del gasto, si bien no implica relaciones con terceros externos a la entidad.

Ciertamente el artículo 219.1 del Texto Refundido antes citado, exime de la intervención previa a los contratos menores, e incluso el punto 2 establece una serie de supuestos que denominados como de fiscalización limitada, previo acuerdo del Pleno.

Pero es que nosotros entendemos, amén de que, como venimos repitiendo, en realidad no existió contrato alguno, de haber existido, no cabría calificarlos como de menores, y de nuevo decimos, con independencia de que se trate de una obra, de un servicio o de un contrato mixto.

Parece obvio, por más que no sea estrictamente objeto de fiscalización que lo primero que habría de analizarse al intervenir la factura, es determinar su naturaleza, es decir, si en realidad se trataba de un contrato de obra (insistimos hasta la saciedad, entendemos que no existió contrato alguno), entendiéndolo el Interventor que en nuestro caso estábamos en presencia de contratos de obra.

Por otro lado, de conformidad con el art. 173. 5 Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, "no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar" . Este artículo tiene su parejo en el art. 32 letra c) TRLCSP al configurar como causa de nulidad de los contratos "la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la ley 47/2003 General presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes administraciones públicas sujetas a esta ley, salvo los supuestos de emergencia".

Como vimos en el párrafo anterior, es preceptivo que se certifique la existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato van a derivar obligaciones de contenido económico para la administración, siendo el órgano competente para emitir dichos certificados el interventor municipal así lo establece el art. 32.2 del Real Decreto 500/1990, aunque como excepción se puede señalar el artículo 133.b) de la Ley 7/1985 , de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que al separar las funciones de contabilidad y fiscalización para municipios de gran población (que no es nuestro caso evidentemente, encomienda la expedición de dicho certificado al órgano que tenga encomendada la función de contabilidad. Pero, en todo caso, sea como fuere, al interventor le corresponde comprobar que consta en el expediente dicho documento así se pronunció la Intervención General de la Administración del estado en la consulta 1/2006, de 13 febrero.





La verificación de la existencia de créditos ha de hacerse al nivel de vinculación jurídica que, en su caso, se haya establecido en las bases de ejecución del presupuesto, debiendo permitir un grado de flexibilidad tal que en la gestión presupuestaria permita el menor número de modificaciones de créditos posibles pero que, a su vez, permita un mínimo control presupuestario. Y debe ser previa a la realización del gasto, de modo que si el crédito fuera insuficiente, deberá procederse con anterioridad a la consiguiente modificación presupuestaria. Lo que no se puede hacer (pero se hace) es aprobar modificaciones presupuestarias para dotar de consignación gastos realizados sin crédito adecuado e insuficiente.

Que el crédito sea suficiente implica que debe cubrir el importe total del gasto a realizar sin que éste pueda fraccionarse

Igualmente en el proceso de fiscalización debe analizarse, conforme a los artículos 185 del Texto Refundido de Haciendas Locales y 55 y siguientes del Real Decreto 500/90 si la autorización del gasto se realiza por órgano competente. .

Igualmente es fundamental en el contrato de obras por cuanto define el objeto del mismo. No puede entenderse una obra como contrato sin la existencia del proyecto ya que éste constituye elemento esencial del mismo (consentimiento, objeto y causa). Prueba de ello es el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de mayo de 1992 refiriéndose al proyecto de obras en estos términos.

"... debe extremarse el rigor en la fase preparatoria del contrato y especialmente en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación; no siendo aventurado afirmar que una gran parte de las anomalías percibidas y de los conflictos surgidos en la fase de ejecución de los contratos administrativos son directamente preferibles a carencias, insuficiencias o imprevisiones del proyecto.

La fiscalización, por tanto, consistirá en comprobar que el proyecto existe y cumple las exigencias legales

Finalmente la adjudicación del contrato de obras coincide con la fase contable del compromiso o disposición del gasto, y es "el acto mediante el cual se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos, previamente autorizados, por un importe exactamente determinado" (art. 56 RD 500/1990). La adjudicación tiene, pues, relevancia jurídica para terceros generando una expectativa de derecho, ya que con el cumplimiento del adjudicatario se vincula a la Entidad Local a la realización del gasto.

En consecuencia con lo anterior, la labor del órgano fiscalizador será comprobar que efectivamente se han cumplido los "trámites legalmente establecidos" a los que hace referencia el artículo 56 del Real Decreto 500/1990

Y en el caso de que el Pleno hubiera acordado la fiscalización limitada se comprobaría la Existencia de crédito adecuado y suficiente; Que las obligaciones o gastos se generan por el órgano competente; Que se cumplen las normas de publicidad y concurrencia ; Si se trata de un expediente de carácter plurianual, control plurianuales y autorización; Que el gasto ha sido previamente autorizado por el Organismo competente y por fin aquellos otros aspectos que se determinan en el acuerdo de fiscalización limitada.

Por otro lado apuntar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa indicó en el Dictamen 69/08 que la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (Informe 57/2009, de 1 de febrero de 2010 JCCA).





En cualquier caso la transparencia en el contrato menor se enmarca en las previsiones del preámbulo tanto de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública como de la Ley 19/2013,

Por su parte el Informe 23/04, de 7 de junio de 2004 de dicha Junta Consultiva destacó la doctrina expuesta por la Intervención General de la Administración del Estado (Informes de 5 de diciembre de 1985 y de 22 de septiembre de 1995) y por la propia JCCA (Informes de 19 de diciembre de 1985, de 13 de noviembre de 2001 y de 13 de junio de 2002) expresiva de que en los contratos menores, las circunstancias de capacidad, solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar han de cumplirse siempre, aunque no exista trámite específico para su acreditación, ya que esta doctrina se refiere a la fase de adjudicación de los contratos menores, no a la fase de ejecución o pago.

En toda actuación contractual se ha de aplicar como clave de bóveda la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno como ejes fundamentales de toda acción política. Así si los ciudadanos conocen las decisiones de los responsables públicos, cómo y con qué criterios se aplica el erario público aplicaremos un mecanismo real de responsabilidad en la actuación política. Pues bien debemos recordar de nuevo que el principio transparencia, en la actuación de la Administración pública tienen que ser objeto de respeto en su actuación reforzada por los objetivos delimitados en la Ley 19/2013 y las nueva Directiva 2014/24/UE, pues es un principio que de obliga observación en toda actuación contractual pública según la Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (Diario Oficial nº C 179 de 01/08/2006).

En definitiva la cuantificación del contrato menor debe ser objeto de un mecanismo que se ajuste a las previsiones legales y respeten la finalidad de la normativa contractual pues la efectiva concurrencia de esos elementos definidores del contrato menor permite a los gestores de la Administración una importante simplificación de la contratación pública. Razón que nos lleva, buscando la aplicación de la transparencia al ámbito del contrato menor, a que su utilización deba ser objeto de una resolución motivada y su interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contempladas.

Es palmario que el acusado Carlos Francisco Saenz Melero, aún el caso de que se hubieran prestado los servicios, incumplió de manera patente y grosera las obligaciones que le incumbían como Interventor Municipal. Así calificó como menores todos los contratos del año 2008, y para ello solo se incidió en la cuantía de los mismos, pues en todos ellos se facturó de modo separado cuando esta proscrito Y, como se pregunta la citada Sentencia de 1 de julio de 2015 “¿qué sentido tenía facturar fraccionadamente? Obviamente, que no se llegara al límite previsto legalmente para el contrato menor”.

Pero es que, aún cuando pudieran calificarse como de contratos menores (y de haber existido la contratación), dos de ellos deberían haber adoptado la forma escrita, y ningún reparo opuso, y el resto deberían haber adjuntado el presupuesto, y tampoco opuso reparo, sino que se limitó a la confección de los documentos contables de retención de crédito (RC) de aprobación, disposición, ordenación y pago (ADOP), e incluso en esta elaboración de nuevo groseramente incumple sus funciones, pues como es de ver con respecto al año 2008 no elaboró el documento de retención de crédito, y entendemos que esta omisión obedecía a la práctica





habitual del Ayuntamiento, liquidar a los proveedores si a final de año existía disponibilidad presupuestaria, de ahí que, igualmente, todas y cada una de las 10 facturas se presentaron en el mes de diciembre y su abono lejos de ser “suerte” como dijo José Daniel, culminó el concierto de los cuatro acusados. Documento de retención de crédito que si se efectuó para el año 2009, pero claro es que en este año las facturas se presentaron en el mes de abril y no a final de año.

Y la actuación del interventor esta plagada de tantas ilegalidades que aún cuando las obras se hubieran ejecutado, y por lo tanto no se hubieran cometido los delitos de falsedad y malversación, la prevaricación subsistiría, por cuanto que el Interventor (y también el Concejal), habrían autorizado pagos en el marco de unos contratos para cuya adjudicación, como acabamos de ver, no se siguió el procedimiento establecido en ninguno de sus trámites.

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, 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 sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución

En el presente caso hubo una omisión reiterada del procedimiento correspondiente en atención a la cuantía, con la finalidad de mantener la apariencia de legalidad, se fraccionó en varias facturas, ajustadas al límite cuantitativo del contrato menor. Y, repetimos, el resultado materialmente injusto se habría producido al margen de que los trabajos se hubieran ejecutado y que el precio fuera ajustado en atención a sus características, simplemente en cuanto que se hubiera beneficiado a un profesional elegido por propia voluntad, con perjuicio de los principios de publicidad y libre concurrencia, a consecuencia de lo cual ha resultado claramente beneficiado.

DECIMOSEGUNDO.- Por tanto entendemos que las pruebas practicadas en el acto del juicio no pueden sino dar lugar a un pronunciamiento condenatorio, y para ello no basta sino un simple juego de preguntas y respuestas, algunas ya efectuadas y respondidas:

¿Cabe la contratación verbal en el ámbito administrativo?: Ya hemos dicho que no para dos de los “contratos”

¿Los “contratos” en cuestión pueden ser calificados como menores?, y partimos de la base que consideramos que estos contratos son inexistentes y con independencia de que el contrato se califique como de obras, como de servicios o mixto y en atención a las cuantías percibidas en cuatro de los “contratos”, es evidente que tampoco. Y en consecuencia para la contratación del acusado José Daniel Hernández Arrez (de haber existido esta) hubiera sido necesaria la incoación y resolución del correspondiente expediente de contratación a fin de determinar la necesidad de contratación del servicio y la idoneidad de la persona a contratar. Pues como señalan los artículos 4 y 13 (iguales en ambas normas) de las Ley de contratos de las Administraciones Públicas o de la Ley de Contratos del Sector Público “la Administración





podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público y al Ordenamiento Jurídico o los principios de buena administración....” y en el 13 se señala que el objeto de los contratos “..deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente y se justificará en el expediente de contratación. Repitiendo el artículo 25.1 de la Ley de Contratos del Sector Público lo dicho en el citado artículo 4 leyéndose en su artículo 22.1 “...no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”, señalando a continuación la obligada fijación de las necesidades a cubrir y la idoneidad del objeto para satisfacerlas. .

¿Era necesaria la contratación de José Daniel Hernández Arraez?. La respuesta es igualmente negativa, pues en las fiestas de Carnaval ya prestaban servicios dos instaladoras y respecto a las fiestas de los barrios las prestaciones necesarias eran ejecutadas por los servicios municipales, sin que se haya acreditado mínimamente la necesidad del refuerzo de líneas por el peligro de apagones en el municipio.

¿Sabían los acusados José Miguel Rodríguez Sánchez, Carlos Francisco Saenz Melero y Juan Rafael Arrocha Arrocha, en tanto que gestores (y a su vez custodios) de fondos públicos, que tanto al firma las facturas, como al reconocer la obligación y por fin al ordenar el pago, el desembolso no se correspondía con trabajo alguno?, es palmario que si.

Por fin ¿Los pagos realizados en todos los casos con fondos públicos respondían a la satisfacción de un interés público? Es palmario que no.

Así entendemos que el acusado José Daniel Hernández Arraez busco una fuente de financiación en el Ayuntamiento de Arrecife sin embargo esta no se tramitó por las vías legales, antes al contrario, sino que se obviaron de todo punto cualesquiera trámites administrativos para el cobro indebido de dinero público. Y es que se comenzó con la persona que le abrió el camino a los fondos públicos, quién como venimos repitiendo carecía de competencia para la contratación, que en todo caso debería revestir una apariencia de legalidad administrativa, y de ahí la presentación de facturas (pues los presupuestos no constan registrados en el Ayuntamiento), el reconocimiento de la obligación y las ordenes de pago, más en ausencia del primer requisito, la incoación del correspondiente administrativo que permitiera no solo velar tanto por la necesidad de la contratación, como por la idoneidad de la oferta seleccionada, y lo que es más importante hubiera permitido la correcta fiscalización de la actuación. Pero nada de esto se hizo sino que se amparo, permitió y consintió el cobro de dinero público, con evidente daño a los intereses generales a cuyo servicio objetivo se encuentran los gestores de fondos públicos, bajo el paraguas de una prohibida contratación verbal y que además no reporto utilidad alguna a las administraciones “contratantes”.

Cierto es, y en este punto han insistido las defensas, que no existe prueba directa del concierto entre los cuatro acusados (olvidando, desde luego, el reconocimiento de José Miguel), y del mismo modo es cierto que tampoco existe prueba directa de que los acusados (al margen de José Daniel) obtuvieran beneficios económicos, sin embargo el concierto se deriva de los múltiples indicios que hemos venido exponiendo; en primer lugar y como no podía ser de otra manera, la falta de registro en el Ayuntamiento de los presupuestos, la falta de justificación de la necesidad del montaje de líneas de refuerzo con carácter de urgencia; el hecho de que en las fiestas de Carnaval solo se contratase a una empresa instaladora por recinto habiendo sido identificadas las dos contratadas; que las instalaciones provisionales en las Fiestas de los





Barrios se efectuase por personal del propio Ayuntamiento; que no se identifique a la persona, con competencia para ello, que contrató al instalador; que todas las facturas correspondientes al año 2008 se presentaran en el mes de diciembre, habiéndose abonado todas ellas sin la previa retención de crédito; que no exista ni un solo proyecto de las obras a ejecutar; que la cantidad abonada se ingresara en una cuenta abierta pocos días antes de la transferencia del Ayuntamiento, siendo dichas cantidades retiradas al día siguiente de su ingreso; que parte de los abonos se efectuaran a una mercantil que carecía de vinculación alguna con el Ayuntamiento; que las facturas se fraccionaran, facturando por separado montaje y desmontaje; o bien que cuatro de las diez facturas abonadas, se dieran por buenas incluso antes de la fecha de ejecución que consta en la misma “se me habrá pasado” señaló Juan Rafael.

Y todos estos indicios solo pueden apuntar a un previo acuerdo, pues el primer paso, la presentación de los presupuestos, o para ser más correcto, la aparente presentación de los mismos (carentes de registro municipal alguno), resultaría ser un acto inocuo, sin la posterior y necesaria intervención de los otros acusados, estampando en primer lugar Juan Rafael Arroca Arrocha y José Miguel Rodríguez Sánchez, su firma en las facturas, a sabiendas ambos que el emisor de las facturas no había sido contratado y sospechando el segundo que las obras no se habían ejecutado, sospecha que el caso del técnico municipal se convierten en certezas habida cuenta que el mismo afirma que comprobó su ejecución tomando notas “que estarán en el Ayuntamiento”, obras que como se ha acreditado han realizado terceras empresas o empleados del Ayuntamiento y obras que se basan, y no nos cansamos de repetirlo, en presupuestos no presentados.

Y para la consecución del fin pretendido, el indebido cobro de fondos públicos, era total y absolutamente necesaria la actuación del cuarto acusado el Interventor municipal, Carlos Francisco Sáenz Melero, persona sobradamente formada en materia de contratación pública como se desprende no solo de su cargo sino de la solvencia y seguridad de las manifestaciones vertidas en el juicio, y es que el mismo, en unión del Concejal, debía firmar todos los documentos contables para propiciar el cobro, y con perfecto conocimientos de la normativa aplicable, no solo amparo la calificación como contrato menor, asumiendo (y quién sabe si por sus conocimientos, alentado) el fraccionamiento de la facturación, sino que tampoco formulo reparo a la ausencia de contrato escrito respecto de aquellos dos “contratos” a los que era de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que respecto de aquellos a los que sería aplicables la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 no reparó la falta de aportación del presupuesto, y es más respecto a los contratos del año 2008 no se molestó en efectuar la retención de crédito, pues era perfecto conocedor de que en el mes de diciembre, por ser práctica habitual del Ayuntamiento se liquidarían los créditos pendientes a proveedores.

Y por lo que hace a la falta de acreditación de la obtención de un beneficio económico en todos los acusados, es evidente que esta falta de prueba no se puede predicar respecto de José Daniel, más lo cierto es que el tipo no exige el beneficio en todos los intervinientes, siendo aún mas cierto que desconocemos el destino dado a las cantidades recibidas y retiradas casi al instante.

Y aún cuando ya lo hemos apuntado entendemos que las prestaciones facturadas no se han llevado a cabo al existir prueba bastante de que dichas prestaciones se ejecutaron bien por terceros, bien por técnicos municipales; sin que se haya aportado documento alguno, más allá de los presupuesto o de las facturas, que acrediten esta ejecución, como tampoco operarios





que bien auxiliaran en las labores de montaje, bien en las de vigilancia nocturna, (operarios que si se aportan respecto de obras en el Ayuntamiento de San Bartolomé), y solo se aportan dos testimonios (tres con el propio instalador), el de Juan Rafael, y el del “perito” José Manuel Padillo Rivadimar, que sin que haya efectuado informe alguno, afirma, por un lado que los presupuestos son conformes a la realidad y que el en persona vio como se ejecutaba la instalación, pero claro cuando fue requerido para que explicara por un lado como puede dar fe de la instalación, señala que así se lo pidió el instalador como prueba de la obra (es decir a manera de coartada) sin que le abonara cantidad alguna (y hemos de suponer que también verificó la extraña partida de vigilancia nocturna) y cuando se le preguntó sobre las fiestas de Argana Baja, celebradas en el centro socio-cultural, se limitó a señalar que verificó instalaciones exteriores (de innecesario montaje en ese caso añadimos nosotros), es por ello que entendemos que este perito (o testigo) faltó groseramente (y no es la primera vez que utilizamos este término) a la verdad, por lo que estamos en la obligación de deducir testimonio por la posible comisión de un delito contra la administración de justicia.

DECIMOTERCERO.- En definitiva los hechos declarados probados son constitutivos de los delitos de malversación de caudales públicos previsto y penado en el artículo 432 del Código Penal, de fraude a la Administración Pública, previsto y penado en el artículo 436 del Código Penal; falsedad en documento mercantil del artículo 392 en relación con el 390.1.2ª del Código Penal y de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, todos ellos en continuidad delictiva del artículo 74 del Código Penal, en la redacción vigente al tiempo de los hechos.

Ya hemos explicado las notas características de cada uno de los delitos en fundamentos precedentes por lo que ahora efectuaremos una serie de comentarios respecto de aspectos no tratados, comenzando por la calificación como delito continuado nos dice la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2014:

“Para el debido esclarecimiento de la cuestión planteada debemos efectuar las siguientes consideraciones, conforme la STS. 228/2013 de 22.3:

1) El delito continuado nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes pero que desde una perspectiva de la antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria, pero no es una figura destinada a resolver en beneficio del reo, los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva (SSTS. 190/2000 de 7.2 ,461/2006 de 17.4 , 1018/2007 de 5.12 , 563/2008 de 24.9 , 1075/2009 de 9.10).

En cuanto a sus requisitos, se destacan por la jurisprudencia:

a) Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de " hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión " , por ello " esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos " , ya que " en éstos la acción es única aunque los delitos sean plurales; en aquél las acciones son plurales pero el delito se valora como único".

b) Una cierta "conexidad temporal" dentro de esa pluralidad, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.





c) *El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice " en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión ". Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de "una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos " ; lo segundo se da, no cuando la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace " caer " al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.*

d) *Homogeneidad del "modus operandi" en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.*

e) *El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa).*

f) *Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas", aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo (SSTS. 97/2010 de 20.2 , 89/2010 de 10.2 , 860/2008 de 17.12 , 554/2008 de 24.9 , 11/2007 de 16.1 , 309/2006 de 16.3).*

2) *Esta Sala Segunda ha tratado de señalar pautas que ayuden a diferenciar el delito continuado frente a la unidad natural de acción o hecho único. Así en SSTS. 213/2008 de 5.5 y 1394/2009 de 25.1.2010 se señaló que el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad.*

Por tanto, según un sector doctrinal hay una sola acción cuando se produzcan una serie de acontecimientos de significado unitario según el punto de vista social, siendo trascendente a estos efectos que estén engarzados por un único propósito y presenten una conexión espacio-temporal. Para otro sector, debe acudir a las características del tipo penal en juego, siguiendo así un criterio jurídico para apreciar la unidad. La descripción típica es el marco que define el hecho o la acción, que, por tanto, queda configurada en atención a su relevancia para el derecho. En ocasiones, - dice la STS. 885/2003 de 13.6, la Ley prevé la existencia de varios actos para integrar el tipo penal.

Hay unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de violación) careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (SSTS. 867/2002 de 29.7 , 885/2003 de 23.5 , 413/2006 de 7.4 , 671/2006 de 21.6 , 213/2008 de 5.5 , 1394/2009 de 21.5).





Por tanto, para afirmar la unidad de acción se requiere:

a) desde el punto de vista subjetivo, que concorra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva.

b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única.

c) y, desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva.

Siendo así, cuando se produce una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En este supuesto no hay unidad natural de la acción, sino diferentes actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado.

Tanto la teoría de la ficción, como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado , (STS. 867/2002 de 29.7), para cuya apreciación, como ya hemos señalado, es necesario que exista una separación temporal o espacio-temporal entre las distintas acciones consideradas, que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales. Todas ellas, aisladamente consideradas reúnen los requisitos del tipo. Estaríamos, en principio, ante varios delitos, es decir, varias acciones constitutivas de delito, que por aplicación del artículo 74 del Código Penal, vendrían a integrar un solo delito de carácter continuado, pues aquellos distintos impulsos formarían parte de un plan preconcebido o supondrían el aprovechamiento de idéntica ocasión (SSTS. 885/2003 de 13.6 , 760/2003 de 23.3)”.

Y esto es lo que ocurre en nuestro caso, habiéndose confeccionado distintos documentos mercantiles, todos ellos mendaces, dando lugar a la confección de un número igual de documentos contables (Documentos P, O y ADO) para el abono de cantidades con cargo a fondos públicos que no se correspondían a la prestación de un servicio en favor de la colectividad.

Tres de los cuatro delitos antes mencionados, todos menos el de falsificación son considerados como especiales propios en, en la medida en que se solo pueden cometidos por funcionarios públicos (sin perjuicio de la participación del extraneus, como bien explica la transcrita Sentencia de 3 de septiembre de 2014 y confirma la de 1 de julio de 2015).

Como antes tratamos, no existe unanimidad sobre la compatibilidad entre el fraude y la malversación, estimamos ahora que la voluntad que guiaba a las partes implicadas no era el concertarse para defraudar, sino que este previo concierto ha de considerarse como un paso antecedente y necesario para conseguir el fin propuesto, esto es, el obtener de manera indebida retribuciones provenientes de fondos públicos, verdadera finalidad perseguida por los acusados, por lo que estimamos, aplicando el artículo 8.3, que el previo concierto queda consumido con la posterior malversación.

En cualquier caso se trata de una discusión con nulos efectos prácticos, y en todos los casos aplicaremos la regla concursal del artículo 77.

Por tanto el concierto integra en el más amplio concepto de la malversación del 432, y el ánimo de lucro (como sinónimo de obtener un beneficio ilícito) es evidente, así José Daniel Hernández





Arraiz pretendía la entrega de dinero, para lo que confecciono una serie de documentos, las facturas y los presupuestos, que no se correspondían con trabajo alguno, con la finalidad de que en base a los mismos se abonasen los inexistentes trabajos, y el resto de los acusados facilitar tal intención, quizá con la intención de obtener igualmente un rendimiento económico. Y es claro lo indebido del pago (y correlativo cobro), pues se efectuó a persona que no estaba contratado, que además tampoco podía haberlo sido y que no efectuó actuación alguna en beneficio de las entidades que le abonaron las cantidades.

Del mismo modo la prevaricación administrativa resulta palmaria, y se comete por los tres acusados que ostentan la condición de funcionarios públicos, con la correlativa participación del cuarto que no la ostenta, y así el reconocimiento de la obligación y la orden de pago, en relación con facturas que no se corresponden con servicio alguno, con perfecto conocimiento de la ausencia de esta contraprestación, se corresponde de manera perfecta y precisa con el tipo del artículo 404. Pues los acusados no desconocían la inexistencia del servicio, y pese a este conocimiento, no solo no ponen reparos al abono de la factura, sino que actúan de forma positiva para este pago se realice, esto es, conocen la falta de título que justifique el pago (léase dolo), y pese a ello acuerdan este pago (dictan una resolución) y también pese al perfecto conocimiento de la ausencia de beneficio alguno para las entidades cuyos fondos gestionaban (léase arbitrariedad), incluso cuando algunas facturas se habían emitido con anterioridad a la presunta prestación del servicio.

Y por fin las presupuesto y las facturas elaboradas y giradas al cobro como justificativas de inexistentes trabajos integra el tipo del artículo 392 en relación con el 390.1.2ª (siendo evidente el carácter mercantil de tales documentos como antes señalamos) y es que como dice la citada Sentencia de 18 de noviembre de 2103:

“Afirma la jurisprudencia de esta Sala que concurre el dolo falsario cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos. El aspecto subjetivo viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que el daño llegue o no a causarse. La voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, implicando el dolo la conciencia y voluntad de trastocar la realidad al convertir en veraz lo que no lo es (SSTS. 1235/2004, de 25-10 ;900/2006, de 22-9 ; y 1015/2009 de 28-10)”.

Y no hace falta fundamentar mucho sobre este acto falsario, pues el acusado José Daniel Hernández Arraiz con la finalidad de justificar el cobro de cantidades de dinero elaboró una serie de documentos, que efectivamente fueron incorporados al tráfico jurídico, a sabiendas que los mismos no se corresponden con trabajo alguno a favor del Ayuntamiento.. Visto lo que antecede, esta Sala considera que sí se dan aquí los elementos del tipo objetivo de la falsedad en documento mercantil, pues el documento tiene ese carácter (elemento normativo del tipo penal), concurre una mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el artículo 390, la alteración de la verdad afecta a elementos esenciales del documento en orden al tráfico jurídico; y además ha producido un perjuicio para el bien jurídico.

DECIMOCUARTO.- Como hemos dicho estimamos la existencia de un concurso de delitos por lo que aplicaremos el artículo 77 del Código Penal, si bien hubiéramos estimado como más correcto no incluir en el concurso el delito de falsificación.

Aclarado este punto considera el Ministerio Fiscal de José Daniel Hernández Arraiz inductor del





delito de prevaricación, de autor del delito de falsedad y de cooperador necesario de los delitos de fraude y malversación

Al acusado José Miguel Rodríguez Sánchez le considera autor de los delitos de prevaricación, fraude y malversación.

Al acusado Juan Rafael Arrocha Arrocha le entiende cooperador necesario de los delitos de prevaricación y malversación y como autor del delito de fraude.

Y al acusado Carlos Francisco Saenz Melero como cooperador necesario de los delitos de prevaricación y malversación y como autor del delito de fraude.

El Código Penal contiene una definición auténtica en su artículo 28.b) del cooperador necesario, por lo que se antoja como ocioso realizar mayores consideraciones al respecto.

Por lo que hace a la inducción nos dice la Sentencia de 19 de Julio de 2013:

“Esto cuando resulta que en el Diccionario de la RAE inducir es tanto como "instigar" o "mover" a alguien a realizar una acción. Aceptación esta recogida en multitud de sentencias de esta sala, como la de n.º 1357/2009, de 30 de diciembre, en la que se lee que "inducir es hacer nacer en otro la idea de realizar un hecho antijurídico, de manera que el inductor dará lugar a que el autor material del delito lo cometa".

Ya vimos, con la Sentencia de 3 de septiembre de 2014 y la de 1 de julio de 2015, la participación del extraños en la prevaricación, añadiendo la de 28 de octubre de 2014:

“Sobre este extremo tiene establecido esta Sala de forma reiterada que el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser partícipe en un delito de prevaricación cometida por funcionario (intraneus) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario (SSTS 501/2000, de 21-3 ; 76/2002, de 25-1 ; 627/2006, de 8-6 ; 222/2010, de 4-3 ; y 303/2013, de 26-3). Y ello es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que el recurrente ha inducido al alcalde del Ayuntamiento para que dictara dos acuerdos injustos, convencimiento que consiguió mediante una dádiva realizada en los meses precedentes, interviniendo así como inductor en el delito de prevaricación”.

Y la de 26 de marzo de 2014 nos indica:

“Ahora bien, esta Sala tiene dicho que si bien el « extraneus » no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación - inducción y cooperación necesaria- que se equiparan a la autoría a los efectos penales”.

Por lo que hace a José Daniel Hernández Arraiz, es responsable penal en concepto de cooperador necesario del artículo 28 párrafo Segundo B) de los delitos de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 y de prevaricación del artículo 404 y es responsable penal en concepto de autor de un delito continuado de falsificación en documento mercantil del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1.2ª, todos ellos en concurso del artículo 77 del Código Penal”

Y entendemos que en los tres delitos especiales es cooperador necesario al haber ejecutado actos imprescindibles para la comisión de los delitos, esto es, la confección de las facturas y presupuestos mendaces, sin que se aprecie que el mismo haya sido quién haya motivado o incentivado la voluntad criminal del resto de los acusados.

José Miguel Rodríguez Sánchez es responsable en concepto de autor del artículo 28 de los delitos en concurso de malversación de caudales públicos, y prevaricación.





Juan Rafael Arrocha Arrocha es responsable en concepto de autora del artículo 28 de los delitos en concurso de malversación de caudales públicos y prevaricación..

Carlos Francisco Saenz Melero es responsable en concepto de autor del artículo 28 de los delitos en concurso de malversación de caudales públicos y prevaricación.

Cierto es que hemos variado el título de participación y es evidente que conocemos el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2014, que por lo que a este respecto interesa señala:

“Referencia legal básica para analizar este problema es el art. 789.3 la LECrim que, aunque situado en sede de procedimiento abreviado, se considera trasladable al procedimiento ordinario. Dice tal norma: "La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art. 788.3".

Aquí el debate más que de homogeneidad o heterogeneidad, es de hechos distintos. Se rechaza el carácter delictivo de los hechos por los que era acusada; y se le condena por unos hechos diferentes de los que solo se acusaba a otro coprocesado. Pensar que sus relaciones sexuales con tal persona constituían a la vez una cooperación necesaria a futuras relaciones sexuales con Millan Tomas es planteamiento al que no puede llegarse naturalmente. No era previsible. Es sorpresivo y por tanto afecta al derecho de defensa (art. 24.2 CE).

No se ha producido cambio esencial en el relato fáctico si entendemos por tal la narración presentada por la acusación. Posiblemente hay que convenir con el Fiscal en que desde el punto de vista factual nada nuevo se introdujo en la sentencia. Hay congruencia fáctica; pero no existe congruencia jurídica. Apartándonos del esforzado criterio del Fiscal, entiende esta Sala que la aparición en la sentencia de una calificación de los hechos como cooperación necesaria de otros diferentes ha sido sorpresiva. No era esperable ni podía intuirse o imaginarse. La parte puede legítimamente aducir que esa diferente valoración hubiese sugerido otras estrategias tanto probatorias (tratar de demostrar que el sometimiento de Raimundo Nazario a los deseos de Millan Tomas no venía determinado por sus previas relaciones sexuales); como jurídicas (negar la relación de causalidad; o el dolo respecto de esas otras conductas de Millan Tomas , o alegar lo superfluo e innecesario de su contribución.).

Esa condena lesiona el derecho a ser informado de la acusación que es la herramienta clave para examinar estas cuestiones de correlación entre acusación y sentencia. La mutación sorpresiva en la sentencia de una acusación por autoría de un delito de abuso sexual en una condena por cooperación necesaria en los abusos sexuales protagonizados por otro acusado menoscabó el derecho de defensa en términos constitucionalmente no tolerables.

El Tribunal Constitucional ha declarado que forma parte del contenido del principio acusatorio el que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum , sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3 ;228/2002, de 9 de diciembre, F.J. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. J. 2; y 120/2005, de 10 de mayo , F. J. 5).





Existe una íntima relación entre principio acusatorio y derecho a la defensa. El imputado debe tener posibilidad de rechazar la acusación contra él formulada lo que exige conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F.J 2; 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3;95/1995, de 19 de junio , F.J 2; 36/1996, de 11 de marzo, F.J. 4; 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3).

La sentencia no puede introducir sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que la defensa no pudo combatir. La transformación de la acusación llevada a cabo en la sentencia supone una mutatio del titulus condemnationis prohibida por el derecho de defensa.

Es de cita obligada la STC 278/2000, de 27 de noviembre. En su fundamento de derecho 18º leemos: "Según hemos reiterado (últimamente en la STC 19/2000, de 31 de enero, F.J. 4), el principio acusatorio trasciende al derecho contenido en el art. 24.2 de la Constitución Española y comprende un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación y la defensa (por todas, STC 17/1988, F.J. 5), lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria, compuesta tanto por los hechos considerados punibles, como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso -ni objeto por lo tanto de acusación-, ni puede calificar estos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido por la acusación. En definitiva, se trata de que el deber de congruencia exige la adecuada correlación entre la acusación y el fallo (SSTC11/1992, de 27 de enero, F.J. 3 ;95/1995, de 19 de junio, F.J. 3; 36/1996, de11 de marzo, F.J. 4 Y 225/1997, de 15 de diciembre, F.J. 4)."

"Ahora bien, también hemos destacado el necesario carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación (STC 225/1997, ya citada, F.J.4 y A TC36/1996, de 12 de febrero, F.J. 4). Por ello en algunas ocasiones nos hemos pronunciado sobre la mayor o menor vaguedad o imprecisión de los hechos incluidos por las acusaciones en la calificación definitiva (STC 20/1982, de 10 de marzo, F.J. 1) o sobre la adición en los hechos probados de elementos no esenciales para el hecho punible, que no produce una alteración esencial en los





términos del debate (STC 14/1999, de 22 de febrero, F.J. 8)".

La pauta orientadora reside en indagar si la variación del titulus condemnationis, implica reducción o privación de alguna posibilidad de defensa (STC 189/2003, de 27 de octubre). Concluyentes son también estas otras consideraciones del TC:"... son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse (Auto TC244/1995, de 22 de septiembre, F.J. 3º), en el entendimiento de que aquellos no elementos no comprenden solo el bien o interés protegido por la normas, sino también obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen y que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa, cuando esa genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia".

Más entendemos que la variación del título de imputación no solo no indefensión alguna y no ya por el hecho de no introducir elementos novedosos en el relato de hechos probados, sino sobre todo porque el título de imputación no ha sido objeto de debate en el proceso, habiendo girado la estrategia defensiva en tres aspectos fundamentales; afirmar la realidad de la prestación de los servicios, afirmar la calificación como contrato menor y por fin, negar la realidad del concierto entre los tres acusados, de hecho las defensas han negado la "autoría" y en nada han discutido sobre la inducción o la cooperación necesaria, título de participación ni tan siquiera mencionados en los respectivos escritos de conclusiones provisionales elevados a definitivos.

Principio acusatorio que si nos vincula respecto al concurso apreciado por el Ministerio Fiscal.

DECIMOQUINTO.- Respecto de José Miguel Rodríguez Sánchez concurren la circunstancias atenuantes de reparación del daño, del artículo 21.5ª y la analógica (esta considerada como muy cualificada) de colaboración con la justicia y confesión del artículo 21.7ª. Circunstancias atenuantes que han sido previstas por el Ministerio Fiscal y a la que esta Sala se ha de aquietar habida cuenta que supone un beneficio para el acusado.

Se interesa por dos de las defensas la atenuante de dilaciones indebidas, respecto de la misma la ya citada Sentencia de 28 de octubre de 2014:

"La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al





mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Duran de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001, 177/2004 , 153/2005 y 38/2008 ; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6 , entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2 ; 269/2010, de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011, de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga (SSTS 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6)".

En nuestro caso, no solo nos encontramos con una causa evidentemente compleja, hablamos de las previas 697/2008, con múltiples imputados y múltiples vías de investigación, previas de las que esta pieza se desgajó en agosto de 2012. Puede considerarse que la investigación de lo que luego resultó ser la pieza separada 13, se inició en el mes de julio de 2009 con la diligencias de investigación efectuadas por el Ministerio Fiscal, sin que el procedimiento se dirigiera en aquel instante frente a persona alguna, es decir en aquel instante los hoy acusados desconocían la existencia del procedimiento y solo se dirige frente a los mismos por providencia de fecha 25 de marzo de 2013, folio 278, recibándose declaración como imputados a José Daniel y José Miguel el 28 de mayo y a Carlos Francisco el 29 de mayo, tomándose declaración a Juan Rafael el 27 de junio (folio 529), practicándose abundante prueba documental, testifical y declaraciones de otros imputados luego sobreseídos,





incoándose procedimiento abreviado el 11 de marzo de 2014. folios 1106 y siguientes, presentándose los escritos de calificación provisional con fechas 16 de mayo, folio 1106 el Ministerio Fiscal, folio 1443 la acusación particular el 4 de junio y las respectivas defensas los días 25 de julio, folio 1602, 2, 8 y 9 de septiembre, folios 1660, 1664 y 1665 y el último el 21 de noviembre, folio 1775, desde luego en la instrucción nos existió dilación alguna, existiendo un cierto retardo en el señalamiento, motivado por una lado por la falta de recepción de documentos requeridos al Ayuntamiento de Arrecife a instancia de las defensas, y por el otro por la falta de disponibilidad de fechas para la celebración, procediéndose por diligencia de 30 de julio de 2015 al señalamiento para el mes de noviembre, sin que este lapso tenga la entidad suficiente para justificar la atenuación de la responsabilidad.

Por fin se interesa por la defensa de José Daniel la aplicación del artículo 65.3, aplicación facultativa y que en atención a la cuantía de las cantidades malversadas (y las que se intentaron malversar), entendemos como absolutamente improcedente.

DECIMOSEXTO.- A la hora de la fijación de las penas, debemos tener presentes que se está en presencia de un concurso medial de delitos continuados cuyas respectivas penas deben imponerse en su mitad superior. En atención a la regla del artículo 77.2, la pena a tener en cuenta es la prevista para el delito de malversación de caudales público, es decir por prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años, que debe imponerse en la mitad superior de la mitad superior, ya que la mitad superior corresponde por la continuidad del delito concernido (artículo 77), es decir la malversación; mientras que la mitad superior de la mitad superior le corresponde por la continuidad delictiva de los delitos en concurso (artículo 74). Por lo que las penas a imponer oscilarían entre los cinco años y tres a los seis años de prisión y de nueve a diez años de inhabilitación absoluta.

Así las cosas atendiendo a la carencia de antecedentes penales, y la lejanía de los hechos, hemos de optar por la imposición de las penas mínimas es decir se impondrá:

A José Daniel Hernández Arraez la pena de cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de nueve años.

A Juan Rafael Arrocha Arrocha la pena de cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de nueve años

A Carlos Francisco Saenz Melero la pena de cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de nueve años

Con respecto a José Miguel Rodríguez Sánchez, teniendo en cuenta la conformidad con las penas solicitadas se le impondrán las penas de un año y cuatro meses de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de tres años.

DECIMOSEPTIMO.- Conforme señalan los artículos 109 y siguientes del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios. En el presente caso los perjuicios se identifican con las cantidades indebidamente abonadas (en su cuantía bruta) y por ello los acusados José Daniel Hernández Arraez, Juan Rafael Arrocha Arrocha, José Miguel Rodríguez Sánchez y Carlos Francisco Saenz Melero indemnizarán de forma solidaria al Ayuntamiento de Arrecife en la cantidad de 251.953,60 euros, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L. (Proselan 2008 S.L.) respecto de la cantidad de 126.674,10 euros con aplicación en todos los casos de los intereses previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil





DECIMOCTAVO- Según el artículo 123 del Código Penal las costas procesales se entienden impuestas por Ley al criminalmente responsable de todo delito o falta, por ello responderán los acusados por cuartas partes iguales de las costas devengadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA RESUELVE.- Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS A:**

JOSE DANIEL HERNANDEZ ARRAEZ como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife en concurso con un delito continuado de prevaricación y con un delito continuado de falsificación en documento mercantil a las penas de **cinco años y tres meses de prision y nueve años de inhabilitación absoluta**

JUAN RAFAEL ARROCHA ARROCHA como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife en concurso con un delito continuado de prevaricación a las penas de **cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de nueve años.**

CARLOS FRANCISCO SANEZ MELERO como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife en concurso con un delito continuado de prevaricación a las penas de **cinco años y tres meses de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta**

JOSE MIGUEL RODRÍGUEZ SANCHEZ como criminalmente responsable de un como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife en concurso con un delito continuado de prevaricación a las penas de **un año y cuatro de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de tres años.**

Los acusados José Daniel Hernández Arraiz, Juan Rafael Arrocha Arrocha, José Miguel Rodríguez Sánchez y Carlos Francisco Saenz Melero indemnizarán de forma solidaria al Ayuntamiento de Arrecife en la cantidad de 251.953,60 euros, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L. (Proselan 2008 S.L.) respecto de la cantidad de 126.674,10 euros con aplicación en todos los casos de los intereses previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Todo ello con la imposición por cuartas partes iguales de las costas devengadas.

Firme que sea la presente resolución dedúzcase testimonio de la misma y de las actas del juicio y grabaciones del mismo por la posible comisión por parte del testigo-perito José Manuel Padillo Rivadima en su declaración en el juicio de un delito contra la administración de justicia en su modalidad de falso testimonio.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, y a los ofendidos por el delito haciendo saber que frente a la misma cabe preparar recurso de casación ante este Sala en el plazo de cinco días

Así por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Publicada ha sido la anterior resolución por los Sres Magistrados que la han dictado de lo que yo la letrada de la Administración de Justicia doy fe.



