



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 358/2016, de 26 de abril de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1322/2015

SUMARIO:

Delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos. *Concepto de funcionario a efectos penales. Participación de un no funcionario en delitos especiales de funcionarios. Inducción. Delito de falsedad documental. Concepto de documento mercantil. Intervenciones telefónicas.* Será necesario, para la existencia de prevaricación administrativa, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa 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; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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. El sujeto que no es funcionario público puede ser participe en delitos de prevaricación y malversación cometidos por funcionarios, ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario. Queda perfectamente descrito que fue el ahora recurrente, por su ascendencia sobre los otros acusados, quien determinó e hizo nacer en ellos la resolución criminal, resolución que nunca hubiese surgido de no ser por la instigación del ahora recurrente. Cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba. Para el delito de malversación de caudales públicos, debe existir una relación especial entre agente y caudales, de ahí que esta disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 4.1, 14, 21.6, 24.2, 65, 66.1, 70.1, 390.1, 392.1, 404 y 432.

Constitución española, arts. 9.3, 17.1, 18.2, 24.1 y 2, y 25.1 y 123.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11 y 238.

Ley de enjuiciamiento criminal, arts. 780.2y 786.2.

PONENTE:

Don Carlos Granados Perez.

Magistrados:

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Don CARLOS GRANADOS PEREZ
Don JOSE MANUEL MAZA MARTIN
Don JOSE RAMON SORIANO SORIANO
Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 358/2016

RECURSO CASACION Nº : 1322/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia : 26/04/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Carlos Granados Pérez

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : JLA

Delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos. Elementos que los caracterizan. Concepto de funcionario a efectos penales. Participación de un no funcionario en delitos especiales de funcionarios. Inducción. Delito de falsedad documental. Concepto de documento mercantil.

Nº: 1322 / 2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

Fallo: 13/04/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 358 / 2016

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano



www.civil-mercantil.com

D. José Manuel Maza Martín

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuestos por los acusados/as D. Felix Valentin , D. Rafael Hernan , Dña. Valle Yolanda , Dña. Felisa Yolanda y D. Leovigildo Emiliano , contra sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en causa seguida por delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación y falsificación de documento mercantil, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dichos recurrentes representados/as, respectivamente, por el Procurador D. José Antonio Sandín Fernández, D. Ramiro Reynolds Martínez, D. Francisco José Abajo Abril, D. José Noguera Chaparro y D. Jesús Iglesias Pérez.

I. ANTECEDENTES

1. El Juzgado de Instrucción número 5 de Arrecife instruyó Procedimiento Abreviado con el número 2/2013 y una vez concluso fue elevado a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas que, con fecha 22 de enero de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "PRIMERO .- Probado y así se declara que los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , quién al tiempo de los hechos ostentaba la condición de funcionario público de la Comunidad Autónoma de Canarias, y a principios de año 2008 se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote.

A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de las ascendencia que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. A su vez Felix Valentin era perfecto conocedor de las influencias que el Rafael Hernan , en atención a los cargos desempeñados en el Gobierno de Canarias, y que las mismas le podían reportar beneficios en su situación penitenciaria, habiendo realizado,



www.civil-mercantil.com

efectivamente, el acusado gestiones para la consecución del tercer grado penitenciario a Felix Valentin .

En concreto Rafael Hernan ostentaba la condición de funcionario del Grupo A Subgrupo A.1 del Cuerpo Superior de Administradores de la Escala de Administradores Generales entre el 18 de julio de 2003 y el 20 de octubre de 2008 ocupó el puesto de Jefe de Sección de Cajas de Ahorro de Canarias de la Dirección General del Tesoro y Política financiera y entre el 29 de octubre de 2008 y 24 de febrero de 2010 ocupó un puesto singularizado en la Unidad de Apoyo al Viceconsejero de Justicia de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias.

Guiados por esta finalidad, el acusado Felix Valentin en el mes de febrero de 2008 convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Rafael Hernan y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel momento gobernaba, coaligado, en esta reunión, a la que no acudió Felix Valentin , les fue presentado a todos los Concejales Rafael Hernan a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma.

Con carácter previo a esta reunión, el acusado Felix Valentin ya se había concertado con el entonces Concejal de Hacienda (más tarde también se haría cargo de la Concejalía de Urbanismo), el también acusado Javier Pablo , a fin de que por su parte, hiciera las gestiones oportunas para el abono de las minutas que fueran presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas ambos de que las mismas no obedecían a trabajo alguno a favor del Ayuntamiento. Accediendo Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL, tenía sobre él Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfecto conocedor Javier Pablo que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin .

En ejecución de estos acuerdos y durante el año 2008 el acusado Rafael Hernan presentó las siguientes minutas:

14 marzo, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes marzo, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 26 de mayo.

14 abril, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes abril 2008, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 7 de agosto.

14 de mayo, concepto minuta servicios de colaboración y asesoramiento mes mayo de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto.

14 de junio, concepto minuta servicio de colaboración y asesoramiento mes junio de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto.

El pago de dichas minutas se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado Javier Pablo con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 .

Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno.

Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan , al que se sumó, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad el acusado Javier Pablo . Siendo plenamente conscientes los tres acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

Guiado por idéntico propósito y en ejecución del plan diseñado previamente, el acusado Rafael Hernan presentó en el año 2009 las siguientes minutas:

14 de enero, concepto colaboración y asesoramiento mes enero

2009, importe neto 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo.

14 de febrero, colaboración y asesoramiento mes febrero 2009, importe 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo, fecha orden de pago, 20/03/2009 realización del pago 01/04/2009.

Como quiera que en las minutas figuraban labores de asesoramiento por parte del Javier Pablo se entendió que debía vincularse también a la Concejalía de personal, a cargo de la acusada Valle Yolanda , con quién Javier Pablo , atendiendo los requerimientos de Felix Valentin , se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo Javier Pablo y Valle Yolanda en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos conocedores Javier Pablo y Valle Yolanda que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin .

De esta manera con fecha 20 de marzo y por parte de los Concejales acusados, se rubrico tanto el reconocimiento de la obligación como la orden de pago. El pago de dichas minutas se efectuó el 1 de abril y efectivamente transferido a la Cuenta abierta a nombre de Rafael Hernan en el Banco de Santander.

Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno.

Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Javier Pablo al que se sumo, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad la acusada Valle Yolanda . Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife.

Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte del Ayuntamiento de Arrecife.

Como consecuencia de la actuación de los cuatro acusados, Rafael Hernan recibió de manera indebida del Ayuntamiento de Arrecife la cantidad neta de 16.941,18 euros, ascendiendo la cuantía bruta abonada a 19.746,72 euros.

Tercero.

- Se declara igualmente probado que guiados por el idéntico ánimo de lucro los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , buscaron una segunda fuente de ingresos para el segundo, provenientes de fondos públicos, en este caso de la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa).

Dicha sociedad tiene como objeto social, la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo Organismo



www.civil-mercantil.com

soberano, La Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote".

Sociedad que fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por El Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local. Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta La Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones Locales.

La Consejera Delegada de dicha entidad era la acusada Felisa Yolanda , miembro del PIL, cargo para el que fue nombrada en la sesión del Consejo de Administración de Inalsa de 16 de julio de 2007, acuerdo elevado a escritura pública el 1 de agosto de 2007, habiendo contratado dicha Consejera Delegada como Gerente de Inalsa al acusado Leovigildo Emiliano en virtud de contrato de fecha 8 de mayo de 2008.

En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno.

De esta manera Rafael Hernan presentó al cobro en Inalsa durante el año 2008 las siguientes minutas:

Minuta de fecha 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008

Minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008.

Minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008

Minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009.

Y durante el año 2009 el mismo acusado presentó al cobro las siguientes minutas:

Minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009

Minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009.

Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento tanto de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno, y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 .



www.civil-mercantil.com

En todos los casos las ordenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos concedores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin

Como consecuencia de la actuación de los cuatros acusados, Rafael Hernan recibió de manera indebida de la entidad Inalsa la cantidad neta de 21.882,35 euros, ascendiendo la cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros.

Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumó, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad Inalsa.

Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte de la entidad Inalsa.

Cuarto.

Se declara también probado que el acusado Javier Pablo desde su primera declaración policial reconoció la inexistencia de contrato, habiendo consignado con fecha 19 de febrero de 2013 ante el Juzgado de Instrucción nº5 de Lanzarote la cantidad de 16.941,18 euros.

Quinto.

Por último se declara probado que el acusado Felix Valentin ha sido condenado ejecutoriamente por sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en la sentencia firme de fecha 2 de Febrero de 2001 en la causa seguida con el número 48/1998 ejecutoria 9/2001 como autor penalmente responsable de un delito de cohecho.

Condenado ejecutoriamente por sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en la fecha de 23 de diciembre de 2004 seguida en la ejecutoria 183/2006 como autor criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de quince años como autor criminalmente responsable de un delito contra la Hacienda Pública en su modalidad de fraude de subvenciones a la pena de un año de prisión menor, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 2.404.322,97 (cuatrocientos millones de pesetas), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por tiempo de tres años como autor criminalmente responsable de un delito contra la Seguridad Social, a la pena de un año de prisión menor, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 955.982,96 euros (ciento sesenta millones de pesetas), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por tiempo de tres años.



www.civil-mercantil.com

Condenado ejecutoriamente por sentencia dictada por el Juzgado de lo penal nº 1 de Arrecife sentencia firme de fecha 26 de Marzo de 2012 como autor penalmente responsable de los delitos de prevaricación administrativa, delito contra la ordenación del territorio y delito de daños al patrimonio histórico a la pena de dos años de prisión".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " LA SALA RESUELVE.- Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS A:

Felix Valentin 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 dos años y nueve meses y veintidós días de prisión y cinco años y cinco meses de inhabilitación absoluta

Y como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa) en concurso con un delito continuado de prevaricación, a las penas de dos años, nueve meses y veintidós días de prisión y cinco años y cinco meses de inhabilitación absoluta.

Rafael Hernan 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 dos años, nueve meses y quince días de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de cinco años.

Y como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa) en concurso con un delito continuado de prevaricación dos años, nueve meses y quince días de prisión y cinco años de inhabilitación absoluta.

Y como criminalmente responsable de un delito de falsificación en documento mercantil a las penas de un año y nueve meses de prisión, y multa de nueve meses, con una cuota diaria de doce euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas

Valle Yolanda 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 cuatro años y seis meses de prisión y seis años de inhabilitación absoluta

Javier Pablo 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 de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de tres años

Felisa Yolanda como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa) en concurso con un delito continuado de prevaricación a las penas de cinco años y de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta

Geronimo Hector como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa) en concurso con un delito continuado de prevaricación a las penas de cinco años y de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta.

Los acusados Felix Valentin , Rafael Hernan , Javier Pablo , indemnizarán por cuartas partes iguales al Ayuntamiento de Arrecife en la cantidad de 19.764,72, debiendo indemnizar Valle Yolanda en la cuarta parte de la cantidad de 7.411,76 euros.

Los acusados Felix Valentin , Rafael Hernan , Felisa Yolanda y Geronimo Hector indemnizaran por cuartas partes iguales a la entidad Inalsa en la cantidad de 26.089,40 euros,



www.civil-mercantil.com

con aplicación en todos los casos de los intereses previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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 Ricardo Torcuato en su declaración en el juicio de un delito contra la administración de justicia en su modalidad de falso testimonio.

Firme que sea la presente resolución librense cuantos oficios sean precisos para la destrucción de los archivos del sistema SITEL relativos al presente procedimiento y respecto de los que no se siga investigación en otras piezas.

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".

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 3 de febrero de 2015, dictó auto de aclaración de la citada sentencia y cuya parte dispositiva dice: "LA SALA RESUELVE: Aclarar la sentencia de esta Sala de fecha 22/01/15 , en sentido de que en todas las ocasiones en las que se menciona como nombre del imputado Geronimo Hector , debe constar Leovigildo Emiliano por lo que procede dictar la presente resolución a los efectos de corregir de oficio dicho error.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás parte personadas a las que se hará saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurso interpuesto por el acusado D. Felix Valentin se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución . Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución . Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución . Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal . Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 432 del



www.civil-mercantil.com

Código Penal . Sexto.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 a) en relación a los artículos 432 y 404, todos del Código Penal . Séptimo.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación al artículo 24 de la Constitución y al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.6 con relación a los artículos 66.1.2 y 70.1.2, todos del Código Penal .

El recurso interpuesto por el acusado D. Rafael Hernan se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución . Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución . Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución . Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal . Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 404 y 432 del Código Penal . Sexto.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 404 y 432, ambos del Código Penal . Séptimo.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 432 del Código Penal . Octavo.- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 392.1, en relación con el artículo 390.1.2ª, ambos del Código Penal . Noveno.- En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 a) en relación a los artículos 432 y 404, todos del Código Penal . Décimo.- En el décimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación al artículo 24 de la Constitución y al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.6 con relación a los artículos 66.1.2 y 70.1.2, todos del Código Penal .

El recurso interpuesto por la acusada Dña. Valle Yolanda se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la defensa causante de indefensión, con relación al artículo 24.2 de la Constitución . Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, causando indefensión, con relación al artículo 24 y 24.2 de la Constitución . Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 432 del Código Penal . Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal . Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 74 del Código Penal . Sexto.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del principio de legalidad, con relación al artículo 25 de la Constitución . Séptimo.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Octavo.- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.6 con relación al artículo 66.1.2º, ambos del Código Penal . Noveno.- En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción del artículo 21.7 con relación al artículo 66.1.2ª, ambos del Código Penal .

El recurso interpuesto por la acusada Dña. Felisa Yolanda se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal . Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 14 del Código Penal . Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción. Sexto.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la tutela judicial efectiva, con relación al artículo 24 de la Constitución . Séptimo.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia y alternativamente el principio in dubio pro reo , con relación al artículo 24 de la Constitución .

El recurso interpuesto por el acusado D. Leovigildo Emiliano se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo

www.civil-mercantil.com

del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 432.1 del Código Penal . Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal . Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, causante de indefensión, con relación al artículo 24 de la Constitución . Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, habiéndose causado indefensión, con relación al artículo 24 de la Constitución . Sexto.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia con relación al artículo 24 de la Constitución . Séptimo. - En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del principio de seguridad jurídica, causando indefensión, con relación al artículo 9.3 de la Constitución . Octavo.- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por no expresarse clara y terminantemente cuáles son los hechos que se declaran probados y resultar manifiesta contradicción entre ellos y consignar como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la vista y votación el día 13 de abril de 2016.

7.- Esta sentencia fue firmada por el Ponente el día 20 de abril de 2016 y en el mismo día se pasó a la firma de los demás integrantes de la Sala.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Felix Valentin

Primero.

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución .



www.civil-mercantil.com

Se denuncia la inexistencia de prueba que sustente la decisión de condena y en un difuso motivo se relaciona la ausencia de prueba con los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la defensa y asimismo se mencionan los derechos al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio y a la libertad, que se dicen serán objeto de análisis en los motivos correspondientes.

Se señala que el derecho a la presunción de inocencia, en este caso, se relaciona asimismo con la habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas y se menciona el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 26 de mayo de 2009 ya que el procedimiento que nos ocupa se incoó a raíz de la deducción de testimonio de una causa principal y se dice que no hay constancia de las resoluciones antecedentes al auto de 20 de febrero de 2009, que la parte recurrente impugnó la legitimidad de fuentes de prueba de ese otro procedimiento y que el Ministerio Fiscal debió justificar la legitimidad de ese medio de prueba y que el recurrente ha cumplido con sus obligaciones al impugnar la legitimidad del Auto de 20 de febrero de 2009 y los que de él se han derivado en cuanto se desconocen y no constan en autos los precedentes que dieron lugar al mismo por lo que se dice se ha quebrantado el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con las debidas garantías, a la defensa y de ahí al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y que en definitiva se le ha producido indefensión.

Se dice haber realizado esa impugnación en momento oportuno con los siguientes datos: En el recurso de reforma contra el Auto de 14 de febrero de 2013 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife (folios 4138 a 4155) en el que se dice que se impugnó de forma pormenorizada lo que apreció adecuado. Se sigue diciendo que de nuevo se hizo en el recurso de apelación (folios 4485 a 4505) contra el Auto de 19 de marzo de 2013 que desestimaba recurso de reforma contra Auto de 14 de febrero de 2013 . Y se añade que también se hizo en el escrito de defensa de 25 de junio de 2013 en el que se dice se insistió sobre el particular. Y se concluyen estas alegaciones indicando que en todo caso cabía hacerlo al inicio del acto del juicio oral como así se hizo remitiéndose al acta del juicio reiterando que la defensa cumplió con su cometido.

En definitiva se cuestiona la conformidad con las garantías y derechos constitucionales del Auto de 20 de febrero de 2009 que ordenó la intervención de los teléfonos de que eran usuarios D. Felix Valentin y D. Javier Pablo al no haberse aportado las resoluciones que autorizaron intervenciones precedentes y que constituían fuentes de prueba que sustentaban la decisión tomada en mencionado Auto de 20 de febrero de 2009 y todo ello con invocación del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2009.

Procede examinar, en primer lugar, el Pleno no jurisdiccional mencionado de 26 de mayo de 2009, en el que se examinó la habilitación de intervenciones telefónicas acordadas en otra causa de la que se deduce testimonio y tras el debate correspondiente se tomó el siguiente Acuerdo: " En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba ."



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

Este Acuerdo es seguido en sentencias del Tribunal Supremo y así en la Sentencia 4/2014, de 22 de enero , se declara que dicho Acuerdo solo exige que se respete la contradicción y que no cabría plantearlo después de la calificación definitiva ni en el informe oral y mucho menos "per saltum" ante el Tribunal Supremo, aunque se trate de una cuestión que afecta a un derecho fundamental. Sigue diciendo que la Audiencia argumenta que la nulidad de las intervenciones telefónicas se acuerda al no haberse aportado a esta causa en ningún momento del procedimiento los testimonios de las intervenciones telefónicas de las que traía causa directa el oficio y el auto autorizante, recaído en este proceso. Realmente esos testimonios se aportaron al día siguiente en que se dictó el auto denegatorio de la prueba, concretamente el 15-1-2013, obrando en la causa. Por todo ello, concluye que el Fiscal solicitó una prueba posible de realizar (testimoniar algunas diligencias de un juzgado de la misma localidad) y fue tempestiva su solicitud, en tanto resultaba posible aportar documentación hasta el momento de formular las acusaciones en el escrito de calificación definitiva, ya que podían haber examinado su contenido con posibilidad de formular alegaciones. La denegación de tal posibilidad impidió tener en cuenta como prueba de cargo las conversaciones telefónicas, que fueron declaradas nulas, así como todas las diligencias posteriores que de aquélla traían causa. El recurso del Ministerio Fiscal es estimado.

En la Sentencia 777/2009, de 24 de junio , se declara que la tesis de que la intervención telefónica hay que presumirla nula, pues no consta su legitimidad de origen, no puede ser compartida por esta Sala. En principio, es evidente que la ausencia de determinados documentos y la imposibilidad de acreditar su verdadera existencia, pueden desplegar un efecto invalidante respecto de la legitimidad de la medida de intervención telefónica (art. 11 LOPJ). Sin embargo, la legitimidad del sacrificio del derecho previsto en el art. 18.3 de la CE no puede ponerse en entredicho por la circunstancia de que falten algunos de los antecedentes de los que pudiera traer causa el acto limitativo cuestionado. La afirmación de que como no puede presumirse que las intervenciones anteriores fueran legítimas, las posteriores son nulas, sin que puedan tenerse en cuenta el resto de los medios de prueba , admite otro enfoque. La nulidad de los actos procesales sólo puede basarse en algunas de las causas estrictamente reguladas en el art. 238 de la LOPJ , con la consecuencia de la pérdida de efectos que impone el art. 11 de la misma ley . Sin embargo, declarar la nulidad de unas escuchas porque no consta la legitimidad de todas aquellas actuaciones procesales, practicadas en otros procedimientos y a las que se atribuye -sin explicar el por qué- la condición de antecedentes, supone desenfocar el contenido material del derecho que se dice vulnerado. Estaríamos alentando la creación de la nulidad presunta , categoría carente de cobertura en nuestro sistema procesal. Sigue diciendo que el tema suscitado ha sido objeto de tratamiento reciente en el Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo 2009. El acuerdo a que se alude proclama que: " en los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad". En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación. Sigue expresando el referido acuerdo que "... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba" . La lectura íntegra del

**CEF.-****Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva: a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

En la Sentencia TS 44/2013, de 24 de enero se declara que cuando se trata de injerencias que han sido adoptadas en otra causa, de la que se ha desgajado la que es objeto de enjuiciamiento, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio in dubio pro reo autoriza a cuestionar, o sospechar de la ilicitud a lo allí actuado, sí que es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en estos procesos, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, cuyos derechos fundamentales se ven perjudicados. Este cuestionamiento ha de ponderar que la causa enjuiciada es una causa diferente a la original, por lo que el testimonio remitido solo necesita referirse a los elementos sustanciales que permitan el referido control. La solución jurisprudencial a los problemas planteados debe ser unitaria, para garantizar la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, la seguridad jurídica y el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley. Para ello se reunió el Pleno de esta Sala el 26 de mayo 2009, celebrado, como prevé el art 264 de la LOPJ , para unificación de criterios entre todos los Magistrados que integran las diversas secciones funcionales en que se reúne esta Sala a los efectos de la resolución de los diferentes recursos. En el referido Pleno se adoptó un criterio, que debe ser asumido por todos sus integrantes para garantizar, como se ha expresado, el correcto ejercicio de la función unificadora que compete a esta Sala como órgano jurisdiccional supremo en el orden penal, (art 123 CE), criterio que posteriormente se ha plasmado y razonado motivadamente en numerosas sentencias. Dicho criterio contiene los acuerdos siguientes: " En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad ". En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación. Sigue expresando el referido acuerdo que "... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba". Como se ha señalado en sentencias posteriores, la lectura íntegra del acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva, según explica la Sentencia de 26 de junio del mismo año que desarrolla el Acuerdo, lo siguiente: a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) que pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias. En la presente causa el cuestionamiento de la injerencia fue oportunamente interesado por las defensas al comienzo del juicio oral. La Sala sentenciadora reconoce expresamente que ante tal impugnación "incumbía a la acusación pública aportar las solicitudes policiales" en las que se

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a white rectangular box with a dark border.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

fundamentaban las resoluciones judiciales que justifican la injerencia en el derecho fundamental, si bien acaba admitiendo la validez de éstas porque " tienen la apariencia, por el modo en el que están redactadas, de responder con seriedad y fundamento a una previa petición policial ". Esta bienintencionada fundamentación es manifiestamente contraria a la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Si se ha admitido la validez de las resoluciones judiciales limitativas de un derecho fundamental motivadas por remisión a los antecedentes policiales es con el condicionamiento de que los afectados puedan, en todo caso, ejercer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por la vía de los recursos, sometiendo a la fiscalización y al control jurisdiccional de esta Sala si la fundamentación de la injerencia dispone de una justificación previa explícita y fundada, para lo que es imprescindible que dicha justificación esté documentada en la causa. Se añade que el motivo no puede prosperar si la alegación de nulidad de las resoluciones judiciales por falta de constancia de los oficios policiales que complementan su motivación, se realiza "per saltum" en esta alzada, aun cuando se trate de una cuestión que afecta a un derecho fundamental, y tampoco cuando se alega en la instancia cuando ya ha transcurrido el período de prueba, en la calificación definitiva o en el informe oral, pues en tal caso ya ha concluido el debate probatorio y su silencio anterior permite concluir que considera suficientes las resoluciones judiciales, sin necesidad de las demoras derivadas de la obligación de aportar adicionalmente la documentación policial, si no consta previamente en la causa.

Y en la Sentencia 428/2014, de 20 de mayo , se expresa que al iniciarse otra vez el juicio, en el trámite previsto en el art. 786.2 LECrim , varias defensas impugnaron las escuchas telefónicas invocando expresamente al acuerdo de esta Sala Segunda de 26 de mayo de 2009. Era necesario unir todos los antecedentes precisos de las causas precedentes para comprobar que las escuchas que indirectamente habían fundado las acordadas en estas diligencias, eran regulares y se habían efectuado respetando todas las exigencias constitucionales. De no ser así, la investigación estaría contaminada pues se habría iniciado por virtud de unas informaciones que serían inutilizables si aquéllas escuchas estaban viciadas de nulidad. Ante esa alegación -a la que se adhirieron otras defensas- el Fiscal, buscando abrigo en el mismo Acuerdo de 26 de mayo, instó la suspensión del juicio oral para que se pudiesen aportar tales antecedentes procesales trayéndolos mediante testimonio extraído de los respectivos procedimientos. Tras retirarse a deliberar, la Audiencia denegó la petición, lo que provocó la consiguiente y explícita protesta del representante del Ministerio Público a los efectos de un eventual recurso de casación. La sentencia recurrida prescinde de la valoración de tales escuchas proclamando querer guardar fidelidad a la doctrina derivada del Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda tantas veces invocado. Ello arrastra a su vez el que no puedan ser utilizados gran parte de los medios de prueba que quiso hacer valer la acusación pública. Frente a esa decisión se alza el Fiscal. No pretende en casación que esta Sala declare valorables las escuchas y las pruebas derivadas, sino que se anule por ser contraria a derecho la decisión de la Audiencia imposibilitándole para reclamar los testimonios de otras causas que podrían acreditar la legitimidad de las escuchas, impugnadas tardíamente en ese particular concreto. Tiene razón el Fiscal. El acuerdo plenario no jurisdiccional de esta Sala Segunda reiteradamente citado se despliega en dos estadios consecutivos: i) la carga de alegar la eventual irregularidad de unas escuchas telefónicas con influjo en la investigación pero no se encuentran incorporadas corresponde a quien invoca la no utilización de la prueba; ii) una vez efectuada la alegación, la carga de acreditar la legitimidad de esas escuchas corresponderá a la parte que pretende hacerlas valer como prueba; en este caso, la Acusación Pública. En lo que se refiere al primer escalón es de resaltar que no basta una impugnación genérica como la que se realizó aquí en los escritos de conclusiones de dos defensas. No se ajusta a las exigencias de la buena fe procesal ese cuestionamiento puramente estratégico y no concretado. De la lectura del párrafo antes transcrito, no cabía inferir una queja por la no incorporación de los



www.civil-mercantil.com

antecedentes de las escuchas. No se aducía y ni siquiera se insinuaba la posibilidad de que las conversaciones que fundaron las intervenciones no contasen con respaldo judicial y legal suficiente. Desarrollar (o, mejor "extender") y detallar luego esa queja al inicio del juicio oral en esos términos anulaba toda capacidad de reacción y atentaba a la lealtad procesal. No son incompatibles derecho de defensa y lealtad procesal: pueden combinarse e ir de la mano. Desde el punto de vista procedimental esta Sala viene considerando que esa impugnación - específica y no puramente retórica- exigible como carga, ha de hacerse en los momentos habilitados a tal fin. Por supuesto que cabe durante toda la fase de instrucción; también, indudablemente, en el escrito de calificación. En los procedimientos en que existe la previsión de una audiencia preliminar es factible aflorarla al inicio del juicio oral (procedimiento abreviado: art. 786.2 LECrim). Sobrepasado ese instante se cancela la posibilidad de esa alegación, lo que tiene toda lógica. Cerrada ya la fase probatoria, la acusación se vería imposibilitada de acreditar la legitimidad de la prueba tardíamente combatida. Sería ya extemporánea una impugnación que apareciese en el informe del juicio oral o en el recurso contra la sentencia.

Para poder aplicar la jurisprudencia de esta Sala, que acaba de ser expuesta, es necesario dejar constancia de lo acontecido en el procedimiento que ahora examinamos. Y a ello se refiere el Ministerio Fiscal cuando impugna el presente motivo señalando, entre otros extremos, que la causa se inició por el Juzgado de instrucción nº 5 de Arrecife, por Auto de fecha 6 de julio de 2008 de incoación de Diligencias Previas nº 697/2008, en virtud de atestado instruido por la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil. En el curso de dichas diligencias se dictó el Auto de 20 de febrero de 2009 y se acordaron sus prórrogas, tras los correspondientes oficios policiales en los que se daba cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones telefónicas, con transcripciones resumidas de ellas y entrega de los CDs, que contenían las grabaciones completas de las conversaciones intervenidas. Por Auto de 10 de febrero de 2012, del mismo juzgado , se acordó la formación de Pieza Separada nº 8, que constituye el procedimiento enjuiciado y que ha dado lugar a la sentencia recurrida, y se formó dicha Pieza 8 con los testimonios acordados en el mencionado Auto, que constituían los antecedentes necesarios de la Pieza Principal, para la investigación de lo que se llamó "trama relacionada con el pago de facturas por parte del Ayuntamiento de Arrecife por trabajos no realizados", en que aparecían como presuntos responsables Felix Valentin , Rafael Hernan , Javier Pablo y Valle Yolanda . En dicho testimonio constan el oficio policial y el Auto de fecha 20 de febrero de 2009, los Autos que los prorrogan, los oficios que las partes interesan y las transcripciones de las conversaciones telefónicas, en resúmenes realizados por la UCO y su entrega al juzgado con los CDs en los que constaban íntegramente las conversaciones intervenidas por medio de SITEL, entre otros testimonios. Entendió el Tribunal de instancia que en el presente caso, el Oficio Policial de 20 de febrero de 2009, es antecedente suficiente para examinar la existencia de datos objetivos en la investigación y la necesidad y proporcionalidad de la adopción de la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, que fue autorizado por Auto de 20 de febrero de 2009. Por lo que este primer motivo de nulidad ha de ser rechazado pues no va en contra de la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, la seguridad jurídica y el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley, y es

conforme con el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 , sobre habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio, al no ser necesarios otros antecedentes al Auto de 20 de febrero de 2009, que obran en la Pieza Principal, dada la suficiencia de los existentes en la causa para examinar la legalidad del Auto cuya nulidad se alega.

Ciertamente, el examen del oficio policial de fecha 20 de febrero de 2009, en el que se solicita la intervención de los teléfonos de los acusados mencionados, permite comprobar que



www.civil-mercantil.com

en el mismo se indican verdaderos datos objetivos, sobre la actuación del acusado como jefe o supervisor de las actuaciones relativas al PGOU del Ayuntamiento de Arrecife, que se desprende de los resultados de la investigación iniciada respecto a otras personas, no imputadas en este procedimiento, pero si en la pieza principal por actividades relacionadas con el cobro de comisiones ilegales por el pago de facturas pendientes en el Ayuntamiento de Arrecife. Oficio que el Tribunal de instancia considera "muy detallado" y suficiente para fundamentar como necesaria y proporcional la intervención telefónica. Por otro lado, el Tribunal de instancia analiza el Auto de 20 de febrero de 2009 y lo considera "un ejemplo de buena praxis. Ciertamente dicho Auto recoge los indicios del Oficio Policial antecedente, los posibles delitos cometidos (cohecho, tráfico de influencias, prevaricación y exacciones ilegales), la gravedad de estos delitos, las personas investigadas, los teléfonos que se han de intervenir. Auto motivado y que cumple con suficiencia los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala para ser conforme con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

A todo lo que se acaba de expresar, hay que añadir, en relación a lo manifestado en el motivo de que la defensa del recurrente dio cumplimiento a la denuncia en momento procesal oportuno de la falta de incorporación de las resoluciones precedentes de intervenciones telefónicas y en definitiva de las fuentes de prueba, que ello no se corresponde con la realidad.

Examinados los folios a los que se refiere el recurrente y los escritos mencionados, puede comprobarse que al folio 3977 obra incorporado Auto de fecha 14 de febrero de 2013 por el que se acuerda que sigan las actuaciones por el trámite del Procedimiento Abreviado y se ordena traslado al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones personadas, para que en el plazo común de diez días soliciten la apertura del Juicio Oral formulando escrito de acusación, instando el sobreseimiento de la causa o, en su caso, de ser procedente, la práctica de diligencias de investigación complementarias de las referidas en el art. 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y leído el escrito de fecha 20 de febrero de 2013 por el que se interpone recurso de reforma contra dicho Auto de 14 de febrero, puede comprobarse que en relación a las conversaciones telefónicas se dice al folio 4140 que la interceptación de las conversaciones telefónicas exige una decisión motivada y el debido control judicial lo que no ha ocurrido en este caso por las razones que se expresan, alegaciones que nada tenga que ver con denuncia que ahora se hace en relación a las fuentes de prueba ni con las legalidad de las intervenciones anteriores que no se cuestionan. Al folio 4144 de ese escrito se hace expresa referencia al Auto de fecha 20 de febrero de 2009 que adopta la decisión de intervenir telefónicamente determinadas terminales y se dice que el soporte del que aparentemente trae causa no se encuentra incorporado y que no se conoce la estructura sobre la que descansa la decisión, haciéndose después mención a la necesidad de que se aporten las transcripciones de las grabaciones, reiterando que no ha existido el debido control judicial. Examinado el escrito de fecha 25 de marzo de 2013, por el que se interpone recurso de apelación contra el auto de fecha 19 de marzo de 2013 que desestima el recurso de reforma antes mencionado, en relación a la interceptación de las conversaciones telefónicas, se reitera lo expresado en el anterior escrito en el que se interpuso recurso de reforma sobre motivación y control judicial de las intervenciones telefónicas y en concreto, en la página 4494, sobre el Auto de fecha 20 de febrero de 2009 se reproduce lo ya expresado en el recurso anterior y se reitera el deber de entregar en el Juzgado los originales de las grabaciones y que no ha existido ninguna clase de control judicial. Examinado el escrito de defensa del ahora recurrente, que contiene sus conclusiones provisionales, incorporado al folio 5137 del Tomo X, de fecha 25 de junio de 2013, puede comprobarse que en él se expresa que, entre otras vulneraciones de derechos fundamentales, se ha producido del derecho al secreto de las comunicaciones y se dice que se da por reproducido, en aras de la economía procesal, cuanto se ha alegado en los escritos por los que se interpusieron los recursos de reforma y apelación. Nada más se dice sobre las

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

intervenciones telefónicas. Examinada el acta del juicio oral, al que también se hace mención en el recurso, puede comprobarse que la defensa del acusado D. Felix Valentin propone cuestiones previas al inicio del acto del juicio oral y en concreto en lo que se refiere a la invocada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones señala lo siguiente: "No existe ni una sola diligencia del Secretario Judicial de la que resulte, que los resúmenes hechos por la autoridad administrativa de las conversaciones intervenidas, que la transcripción se corresponde con el contenido de los CDS. De esto resulta que todo lo que se pueda aportar y que derive de tales conversaciones es nulo de pleno derecho, por no haber cadena de custodia ni dación de fe por el Secretario Judicial. Si no hay cadena de custodia, como dice el propio Secretario judicial (que manifiesta que los CDs se encuentran en un aula de formación), las conclusiones que deriven de tales conversaciones son nulas".

Así las cosas, no ha existido alegación ni denuncia alguna que reclame la incorporación de resoluciones judiciales precedentes al Auto de 20 de febrero de 2009 ni fuentes de prueba de dicha resolución, y es de reiterarse que obra incorporado el oficio policial que aporta datos objetivos suficientes para justificar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, que son debida y motivadamente recogidos en el Auto de 20 de febrero de 2009, como igualmente están incorporados los CDs que contienen las conversaciones telefónicas observadas.

Por todo ello, no se ha vulnerado lo expresado en el Acuerdo tomado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2009 ni se ha desatendido la jurisprudencia de esta Sala que se refiere a dicho Acuerdo.

También es oportuno recordar que el Tribunal de instancia, en los fundamentos de derecho catorce, quince y dieciséis de la sentencia recurrida, analiza y valora la prueba practicada, tanto la de cargo como la de descargo, para llevar al convencimiento sobre los hechos que se declaran probados, considerando que la prueba de cargo es suficientemente incriminatoria para enervar el derecho de presunción de inocencia de los acusados, y, en concreto, de Felix Valentin . Así, señala que se ha tenido en cuenta: a) El Certificado expedido por la Jefa del Servicio de Régimen y Registro de Personal de la Dirección General de la Función Pública del Gobierno de Canarias (folio 3014) en el que se acredita que el acusado Rafael Hernan era funcionario dela Comunidad Autónoma de Canarias en la fecha de los hechos. Para el Tribunal de instancia dicho certificado acredita la imposibilidad de que el acusado Rafael Hernan pudiera ser contratado por el Ayuntamiento de Arrecife e INALSA, por la Ley de Incompatibilidades y que ello era conocido por el acusado Felix Valentin y los demás acusados; b) Las facturas presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan , al Ayuntamiento de Arrecife (marzo a junio de 2008 y enero y febrero de 2009), y a INALSA (marzo a diciembre de 2008 y enero a marzo de 2009), las primeras, que ya constaban testimoniadas en el procedimiento, fueron aportadas por el Ministerio Fiscal al inicio del juicio oral, en el trámite de cuestiones previas, y que figuran en los archivos del Ayuntamiento en dos expedientes de contabilidad (desaparecidos ambos) (folio 2479), y respecto a las segundas, obran a los folios 3066, 3071, 3075, 3083 y 3087); c) El certificado del Banco Santander (folio 3090), que acredita que le fue transferida al acusado Rafael Hernan , desde el Ayuntamiento de Arrecife la cantidad total de 16.641,18 euros, y desde INALSA la cantidad total de 21.882,35 euros y certificado del Interventor del Ayuntamiento de Arrecife (folio 1681) de la cuantía (brutas) abonadas a Rafael Hernan de 12.352,96 euros el día 26 de agosto de 2008 y 7.411,76 euros el 30 de marzo de 2009, y certificado del Director de INALSA (folio 1863) de 3 de mayo de 2012, en el que constan abonadas a dicho acusado las cantidades de 18,677,64 euros en el año 2008 y 7,411,75 euros en el año 2009; d) Ordenes de pago, que en el caso de las facturas presentadas por el acusado Rafael Hernan al Ayuntamiento de Arrecife, cuatro de ellas fueron firmadas por el acusado Javier Pablo y dos por dicho acusado y la acusada Valle Yolanda . Y en el caso de las minutas a INALSA, todas las órdenes de pago fueron firmadas por los



www.civil-mercantil.com

acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano ; e) Inexistencia de expediente alguno o contrato escrito para la prestación de servicios del acusado Rafael Hernan en el Ayuntamiento de Arrecife y en INALSA, cuando por la cuantía de las facturas y minutas no podía hacerse la contratación verbal, dado lo preceptuado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la Ley de Contratos del Sector Público (pags. 74 a 79 de la sentencia). Lo acredita la declaración del Alcalde de Arrecife en aquella época Arsenio Leandro , que negó la contratación de Rafael Hernan , el Informe (f.2482) y testimonio de Sonia Noelia , funcionaria del Ayuntamiento, que expresa que no existe en el Ayuntamiento expediente o contrato de Rafael Hernan , el Informe (folio 2487) y testimonio de Ana Virginia , Interventora accidental del Ayuntamiento, que expresa la inexistencia de expediente contable, de las facturas de Rafael Hernan en el Departamento de Contratación ni de Régimen Interior; y el Informe (F,2483) y testimonio de Beatriz Carla , que expresa que en el Libro de Decretos no se ha encontrado entre las fechas 1 de enero de 2008 y a 31 de diciembre de 2009, ninguna que se refiera a Rafael Hernan ; f) Declaración del coimputado Javier Pablo que en el juicio oral reconoce las cartas obrantes a los folios 1337 a 1340 como remitidas por Felix Valentin , 1408 y 1409 remitidas por él a Felix Valentin , 2022 a 2024 que fueron remitidas por Felix Valentin y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 108 a 109). Reconoce las conversaciones del día 1 de abril de 2009 (folio 2071 y 2072), de 13 de marzo de 2009 (f.2066 y 2067), de 19 de marzo de 2009 (f. 2068) y i de abril de 2009 (f. 488) y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 106 a 108). Que Felix Valentin fue quien le propuso a Rafael Hernan , que Felix Valentin convocó la reunión de concejales del grupo PIL, en el Gran Hotel de Arrecife, que Felix Valentin no asistió, y allí conoció a Rafael Hernan , que se lo presentó Valle Yolanda . Que las facturas de Rafael Hernan le llegaron unas por vía de Felix Valentin a él y otras a la Concejalía de Hacienda. Que el Grupo PIL se negaba a pagar dichas facturas por la inexistencia de trabajo. Que Felix Valentin insistía que se pagaran las facturas a Rafael Hernan , y por eso se pagaron, pero que no había realizado ningún trabajo para el Ayuntamiento. Que Felix Valentin era el que hacía y deshacía y mandaba en el Ayuntamiento de Arrecife. Además, Javier Pablo , desde su primera declaración policial (f. 1446 y ss) afirmó que Felix Valentin le insistía para que abonase las facturas de Rafael Hernan , añadiendo en su primera declaración judicial (folio 1512 y ss.) que Felix Valentin quería que Rafael Hernan fuera asesor, que no cree que este hiciera nada, que Felix Valentin le insistió para el abono de las facturas y que cuando los Concejales se negaron a pagar, Felix Valentin le buscó INALSA. Manifestaciones que reitera a los folios 2673 y siguientes de las actuaciones. El Tribunal considera creíbles dichas declaraciones del coimputado y le da valor de prueba de cargo, después de analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo sobre el valor de las declaraciones de los coimputados como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, por su persistencia, no existir ánimo espurio o de enemistad, y considerarla corroborada por la investigación y documentos obrantes en la causa. Señala el Tribunal que es cierto que el coacusado Javier Pablo ha obtenido un beneficio penológico por su reconocimiento de los hechos, y que puede que en otras piezas de la causa lo obtenga, pero ello no desacredita ni ensombrece la fiabilidad y credibilidad de su declaración por estar corroborada por hechos y datos externos y considera como tales: 1. Los abonos efectuados por el Ayuntamiento de Arrecife e INALSA a Rafael Hernan , que nadie ha negado; 2. Las declaraciones de los testigos en el juicio oral, testimonios que se recogen en la sentencia (pags. 96 a 102) a las que nos remitimos;

3.Las conversaciones telefónicas, que fueron oídas en el juicio oral, y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 106 a 108); 4. La correspondencia intervenida a los acusados Javier Pablo , en su domicilio y a Felix Valentin en su celda del Centro Penitenciario, cuyo contenido se recoge en la sentencia (f. 108 y 109); y 5. La consignación por Javier Pablo de los 16.941,18 euros que se entregó a Rafael Hernan por parte del Ayuntamiento de Arrecife (folio 4066); g) Conversaciones telefónicas interceptadas con autorización judicial por Auto de 20 de

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

febrero de 2009 de los teléfonos de los acusados Felix Valentin y Javier Pablo , cuyas transcripciones obran en la causa y especialmente las que se grabaron del teléfono móvil 650.43.63.30, atribuido al acusado Felix Valentin , sin que este haya negado su titularidad, y que fueron oídas en el juicio oral, únicamente admitidas por el acusado Javier Pablo y negadas por los otros acusados, pero a las que el Tribunal da valor de prueba de cargo, al considerarlas legítimas, como se ha expuesto anteriormente y por haber identificado las voces de los acusados, y así el Tribunal afirma: "Y en este caso ninguna duda albergamos, tanto por el contenido de las conversaciones, véase a título de ejemplo la coincidencia de las fechas señaladas por Felix Valentin respecto del tercer grado con las conversaciones mantenidas con Rafael Hernan , y no albergamos dudas, pues las voces escuchadas de manera directa por este Tribunal es sencillo identificarlas con la de los acusados, sin necesidad de prueba alguna ajena a la de la propia percepción de la Sala"; h) Correspondencia intervenida con autorización judicial (Autos de 13 de marzo de 2010 y 29 de mayo de 2009, obrantes a los folios 1326 y 1749) a los acusados Javier Pablo , en su domicilio, y a Felix Valentin en su celda del Centro Penitenciario, cuyo contenido se recoge en la sentencia, y obrantes a los folios 1337 a 1340, 1349 a 1353, 1356 a 1358, 2023 a 2024 y 1405 a 1407 de las actuaciones. De las anteriores cartas intervenidas el Tribunal infiere que Felix Valentin seguía los asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y su influencia en la toma de decisiones, pese a estar inhabilitado, su interés para que se realizaran los pagos al acusado Rafael Hernan , y también el Tribunal infiere que el acusado Rafael Hernan se implicó e hizo gestiones sobre el tercer grado de Felix Valentin y le insistía en el pago de las facturas, pues él era el único amigo que tenía; i) Las declaraciones de los testigos, tanto de la acusación como de las defensas, cuyo contenido se transcribe en la sentencia recurrida

El Tribunal de instancia, del examen, análisis y valoración de dichas pruebas tanto personales como documentales indicadas, en los fundamentos jurídicos quince y dieciséis, infiere que no se realizó la contratación al Sr. Rafael Hernan por el Ayuntamiento de Arrecife, ni verbal ni escrita, por que además no podía hacerse por su condición de funcionario, como lo demuestran las declaraciones del Alcalde Arsenio Leandro , Sonia Noelia , Carmela Evangelina , y Ana Virginia y sus certificaciones, y que también manifiestan que en el Ayuntamiento de Arrecife no existía necesidad de contratar al Sr. Rafael Hernan , manifestando Arsenio Leandro , como Alcalde, y el acusado Javier Pablo que no contrataron al Sr. Rafael Hernan . También infiere el Tribunal que tampoco se contrató al Sr. Rafael Hernan para asesorar a INALSA, pues la acusada Felisa Yolanda , que buscaba una persona con el perfil de éste, lo dejó en manos del jurídico a quien no identifica, y el acusado Leovigildo Emiliano señala que este asesor fue contratado en el mes de mayo de 2008 (concretamente el día 13), lo que no es posible dado que la primera factura presentada a cobro (f. 3066) minuta de 14 de mayo de 2008 lo era por honorarios devengados por "labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008".

El Tribunal de instancia considera que el hecho de que el acusado Sr. Rafael Hernan entregara abundante documentación, relativa a asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y de INALSA a los agentes de la UCO, que se hallaba en su poder, y la manifestación de varios testigos de la defensa, que relatan que el acusado acudió a reuniones, en las que se presentaba como asesor del Ayuntamiento e INALSA, no acreditan la relación (contratación) ni la efectiva prestación de servicios al Ayuntamiento de Arrecife y a INALSA. Y que esta falta de prestación de servicios del Sr. Rafael Hernan era conocida por el acusado Felix Valentin , que lo impuso a los Concejales del Grupo Político PIL, al que pertenecían los acusados Javier Pablo , Valle Yolanda y Felisa Yolanda , así como a Geronimo Hector , contratado por ésta última, y que éstos conocían que las facturas, cuya orden de pago firmaron, no obedecía a trabajo alguno. Por lo expuesto, no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Por todo lo que se deja expresado, no se han producido las vulneraciones constitucionales denunciadas y el motivo debe ser desestimado.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2, 18.2 y 3, 17.1, 9.3 y 25.1 de la Constitución.

Se denuncia, en este motivo relacionándolo con el anterior, la inexistencia de cadena de custodia y se hace referencia a la providencia de fecha 20 de diciembre de 2013 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife y se dice que se constata que el Secretario Judicial manifiesta que la totalidad de los discos originales así como las copias, pudieran encontrarse en el despacho del aula de formación, desconociéndose el estado de la custodia y que esa cadena de custodia, de haber existido, se ha roto en diversas ocasiones tal como refleja la providencia citada de 20 de diciembre de 2013 como consta en el informe de la Sra. Magistrada, de 29 de noviembre de 2011, dirigido al TSJ de Canarias.

El Tribunal de instancia rechaza esta alegación sobre la cadena de custodia en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida y así expresa que respecto a los denunciados defectos de la custodia ni la providencia de diciembre de 2013 ni el informe anterior de la Magistrado instructora afirman la existencia de manipulación alguna, sino que señalan (y es cierto) lo inadecuado del lugar en que se encontraban los CDs originales. Dicho sea de paso, en esa providencia y contrariamente a lo que se afirma por la defensa, no se dice que fue en ese momento en el que los originales fueron hallados, o dicho de otra forma, que las copias ofrecidas a las partes no se efectuaron de dichos originales, sin que exista prueba que permita afirmar que las copias entregadas a las partes no se realizaron sobre dichos originales.

El Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, también se refiere a lo expresado por el Tribunal de instancia de que ni la providencia de diciembre de 2013 ni el informe anterior de la Magistrada instructora en noviembre de 2013 afirman la existencia de manipulación alguna de los CDs, sino que señalan el inadecuado sitio en el que se encontraban, tampoco se dice que en dichas fechas fueran hallados los CDs ni que las copias entregadas a las partes no lo fueran de dichos soportes y que recuerda la Sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 2014 sobre la integridad y seguridad del Sistema SITEL, añadiendo el Tribunal que las defensas no han aportado indicio alguno que permita dudar o negar que las grabaciones de los CDs son los originales, que de las mismas se expidió copia a las partes y que éstas fueron las que se oyeron en el juicio oral y coincidían con las transcripciones realizadas por la Policía, en sus oficinas. En definitiva no existe dato o elemento alguno que permita sostener que las grabaciones del sistema SITEL fueran manipuladas.

Conviene recordar sobre el sistema SITEL que las acreditaciones individualizadas a los miembros de las unidades de investigación para acceder al sistema, autorizaciones que únicamente permiten visualizar el contenido pero nunca modificarlo, son pues usuarios pasivos de la información. Y cumpliendo lo ordenado por la autoridad judicial proceden a volcar a un soporte, CD/DVD, el contenido de la intervención correspondiente, volcado que implica nueva certificación digital de cada soporte empleado con las siguientes precisiones: a) Ese volcado se realiza desde los centros remotos y utilizando los terminales del SITEL b) Se verifica de fecha a fecha, es decir, que comienza con el primer día de la intervención e incorpora la totalidad de las conversaciones y datos asociados producidos hasta la fecha que se indique al sistema, que será la señalada por el juzgado para que se le de cuenta (semanal o quincenalmente) o la necesaria para solicitar la prórroga de la intervención. c) La realización de sucesivos volcados de la intervención a los soportes CD/DVD se lleva a cabo sin solución de continuidad,



www.civil-mercantil.com

enlazando los periodos temporales hasta que finaliza la intervención, de forma que los CD/DVD aportados de esta manera al Juzgado contienen íntegramente la intervención correspondiente por lo que son los soportes que han de emplear para la solicitud de la prueba, en el caso de que sea necesario, para el acto del juicio oral. Desde un equipo remoto no es posible modificar ni borrar absolutamente nada del servidor central del SITEL. El soporte DVD en el que se vuelca la intervención telefónica se trata de un soporte de solo lectura, porque así lo han acordado llevar a cabo, es decir, se trata de un soporte en el que no se puede grabar sobre el mismo. D) Las transcripciones de parte de las conversaciones no implican más que una herramienta de facilitación del trabajo al Juez. El contenido de las conversaciones y datos asociados queda íntegramente grabado en el Servidor Central del SITEL, y no es posible su borrado sin autorización judicial específica, sin que sea posible su alteración porque queda registrado en el sistema cualquier intento de manipulación y ello de forma indeleble. La aportación de los soportes CD/DVD en los que se ha volcado la información, se efectúa por los responsables de las unidades de investigación y amparadas por la intervención que realiza el funcionario policial que actúa como secretario de las mismas. E) El cualquier momento del proceso es posible la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante su contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial. Este contraste puede realizarse por el juzgado en los terminales correspondientes para acreditar su identidad con la "matriz" del servidor central.

Y esta verificación no fue solicitada en momento alguno por el recurrente. Ello, con independencia, de que en modo alguno aparece en las actuaciones indicio de manipulación de los soportes, como señala la sentencia recurrida. Los CDs fueron cotejados, como lo demuestra el folio 5206 de la causa, y unidos a la causa en sobre cerrado como se dice en Diligencia de la Secretaria de fecha 11 de febrero de 2013, y reproducidos en el juicio oral. Respecto a las irregularidades o errores de los oficios policiales, señalados por el recurrente, el Tribunal, acertadamente, los considera errores de fecha, que en ningún caso pueden alterar la realidad de los mismos y no generadora de indefensión a las partes. Basta con examinar los oficios denunciados para comprobar la irrelevancia de dichos errores.

Por todo lo que se ha dejado expresado, el motivo no puede prosperar.

Tercero.

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2, 18.2 y 3, 17.1, 9.3 y 25.1 de la Constitución.

En un primer apartado parece ser que se denuncia que se han incorporado a la presente causa unas Diligencias de Investigación de la Fiscalía de Area de Arrecife, con nº 15/2010 (folios 1544 y siguientes) iniciadas en virtud de denuncia formulada por D. Leoncio Braulio, incorporación que se acuerda por providencia de 20 de marzo de 2009 (folio 13.183) y se dice que el juez que firmó esa providencia no reconoce su firma y por eso se alega que se ignora la forma y el modo en que dichas diligencias de Fiscalía tuvieron acceso a los autos y que por ello se ha producido quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, causando indefensión y afectación del derecho a la presunción de inocencia y que debió ser expulsado de los autos por esa razón. Se añade que el denunciante Sr. Leoncio Braulio (folios 2668 a 2671) es ajeno a INALSA y que no podía tener en su poder esa documentación y que por ello, se dice, tiene un origen ilícito y no puede ser valorada.



www.civil-mercantil.com

En un segundo apartado se denuncia la falta de firmas y no reconocimiento por el Magistrado Sr. Romero de "numerosísimos autos y providencias", como resulta del testimonio de su escrito de fecha 14 de febrero de 2014, y se concluye señalando que ello implica la nulidad de dichas resoluciones y la vulneración de los derechos fundamentales mencionados causando indefensión.

En los apartados tercero y cuarto se cuestiona la valoración que ha hecho el Tribunal de instancia de las declaraciones de acusados y testigos, haciéndose una propia valoración de esas pruebas personales y concluye señalando que el acusado Sr. Rafael Hernan prestó los servicios que le fueron encomendados ya sea por el Ayuntamiento de Arrecife o sea por INALSA y que lo que percibió por tal cometido está justificado y que no tuvo ninguna intervención el acusado ahora recurrente Sr. Felix Valentin , por lo que se reitera que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Todas estas denuncias deben ser rechazadas, pues como acertadamente señala la sentencia recurrida, respecto a la no constancia de la firma del Juez en determinados Autos y Providencias (pag. 47 y 48 de la sentencia), las defensas no han determinado la indefensión que pudo producirles dicha falta y, además, en su caso, la omisión de la firma podría haber dado lugar a declarar ineficaces dichas resoluciones, pero no la nulidad de todo el procedimiento. Añadiendo el Tribunal que dichas resoluciones no fueron recurridas. En el caso concreto, la Providencia de fecha 20 de marzo de 2010, que acordó la incorporación a la causa de las Diligencias de Investigación de Fiscalía 15/2010, es de mero trámite impulsor de la causa, no lleva la firma del juez pero sí la firma del Secretario del Juzgado y es un error subsanable. Y, por otro lado, no puede considerarse que las copias de las minutas aportadas en su denuncia en Fiscalía por el denunciante, en su calidad de Concejal electo del Ayuntamiento de Arrecife, fueran ilegítimamente obtenidas, dada la inexistencia de prueba de ello y que, además, fueron reconocidas dichas facturas como verdaderas en la causa por quien las expidió y las pagó, como se recoge en los fundamentos jurídicos catorce, quince y dieciséis de la sentencia recurrida en los que se analiza la prueba practicada a la que se ha hecho mención al examinar el primer motivo de este recurso.

El Tribunal de instancia, del examen, análisis y valoración de dichas pruebas tanto personales como documentales, indicadas en dichos fundamentos jurídicos, infiere que no se realizó la contratación al Sr. Rafael Hernan por el Ayuntamiento de Arrecife, ni verbal ni escrita, y además no podía hacerse por su condición de funcionario, como lo demuestran las declaraciones del Alcalde Arsenio Leandro , Sonia Noella , Carmela Evangelina , y Ana Virginia y sus certificaciones, y que también manifiestan que en el Ayuntamiento de Arrecife no existía necesidad de contratar al Sr. Rafael Hernan , manifestando Arsenio Leandro , como Alcalde, y el acusado Javier Pablo que no contrataron al Sr. Rafael Hernan . También infiere el Tribunal que tampoco se contrató al Sr. Rafael Hernan para asesorar a INALSA, pues la acusada Felisa Yolanda , que buscaba una persona con el perfil de éste, lo dejó en manos del jurídico a quien no identifica, y el acusado Leovigildo Emiliano señala que este asesor fue contratado en el mes de mayo de 2008 (concretamente el día 13), lo que no es posible dado que la primera factura presentada a cobro (f. 3066) minuta de 14 de mayo de 2008 lo era por honorarios devengados por "labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008". El Tribunal considera que el hecho de que el acusado Sr. Rafael Hernan entregara abundante documentación, relativa a asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y de INALSA a los agentes de la UCO, que se hallaba en su poder, y la manifestación de varios testigos de la defensa, que relatan que el acusado acudió a reuniones, en las que se presentaba como asesor del Ayuntamiento e INALSA, no acreditan , tanto la relación (contratación) como la efectiva prestación de servicios al Ayuntamiento de Arrecife y a INALSA. Y que esta falta de prestación de servicios del Sr. Rafael Hernan era conocida por el acusado Felix Valentin , que lo impuso a los Concejales del Grupo Político PIL, al que pertenecían los acusados Javier Pablo , Valle Yolanda y Felisa Yolanda ,



www.civil-mercantil.com

así como a Geronimo Hector , contratado por ésta última, y que éstos conocían que las facturas, cuya orden de pago firmaron, no obedecía a trabajo alguno.

Como se ha dejado expresado al examinar el primer motivo, ha existido prueba de cargo, legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia y por lo acabado de exponer, no se han vulnerado los derechos que se invocan en defensa del presente motivo, que tampoco puede ser estimado.

Cuarto.

- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal .

Se alega que en el delito de prevaricación únicamente puede ser autor el funcionario público o la autoridad y que el ahora recurrente, en la fecha de autos, no era ni lo uno ni lo otro.

Y se añade que si en los contratos menores únicamente se exige la aprobación del gasto y la adición de la factura se dice que en este caso se cumplió con la tramitación administrativa pertinente y tras una propia valoración de la prueba se alega que no es correcto decir que la normativa aplicable es la administrativa, dado que al tratarse de la prestación de servicios por parte de un abogado, de lo que se trata es de una arrendamiento de servicios, sujeto al derecho civil y no al administrativo, por lo que hay que excluir el delito de prevaricación administrativa.

Se dice que no concurre, por tanto, el elemento objetivo del delito de prevaricación y respecto al elemento subjetivo se dice que el ahora recurrente no tenía bajo su competencia la contratación para la prestación de servicios por parte de un abogado y además no era funcionario ni tenía vinculación con el Ayuntamiento por lo que no puede ser autor de un delito de prevaricación al no haber atribuido el dictar una resolución injusta a sabiendas, además, porque no tenía posibilidad de dictar, decidir ni intervenir en nada de nada. Se concluye señalando que no ha incurrido en el delito tipificado en el artículo 404 del Código Penal .

El motivo se formaliza por el cauce del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo que determina que los hechos que se declaran probados sean rigurosamente respetados y que el debate se ciña a la calificación jurídica de dichos hechos.

Y en la sentencia recurrida se declara probado, entre otros extremos, lo siguiente: Que los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , quién al tiempo de los hechos ostentaba la condición de funcionario público de la Comunidad Autónoma de Canarias, y a principios de año 2008 se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote. A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de las ascendencia que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. También se declara probado que guiados por esta finalidad, el acusado Felix Valentin en el mes de febrero de 2008 convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Rafael Hernan y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel momento gobernaba coaligado, y que en esta reunión, a la que no acudió Felix Valentin , les fue presentado a todos los Concejales Rafael Hernan a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma. Con carácter previo a esta reunión, el acusado Felix Valentin ya se había concertado con el entonces Concejal de Hacienda (más tarde también se haría cargo de

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

la Concejalía de Urbanismo), el también acusado Javier Pablo , a fin de que por su parte, hiciera las gestiones oportunas para el abono de las minutas que fueran presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas ambos de que las mismas no obedecían a trabajo alguno a favor del Ayuntamiento. Accediendo Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL, tenía sobre él Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfecto conocedor Javier Pablo que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . En el relato fáctico de la sentencia se hace constar las minutas presentadas por Rafael Hernan al Ayuntamiento de Arrecife, en el año 2008 y las presentadas en el año 2009, por un total de 16.941,18 euros netos, ascendiendo la cantidad bruta a 19.746,72 euros y que el pago de las presentadas en el año 2008 "se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado Javier Pablo con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander. ." Y respecto a las minutas del año 2009, se declara probado que "(...) " la acusada Valle Yolanda , con quién Javier Pablo , atendiendo los requerimientos de Felix Valentin , se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo Javier Pablo y Valle Yolanda en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos conocedores Javier Pablo y Valle Yolanda que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . (...) Y sobre el pago de las presentadas en el año 2009, " se efectuó el 1 de abril y efectivamente transferido a la Cuenta abierta a nombre de Rafael Hernan en el Banco de Santander" , previo reconocimiento de la obligación y de la orden de pago que fue firmada por los Concejales acusados Javier Pablo y Valle Yolanda el 20 de marzo de 2009. En el factum se declara probado además que: Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Javier Pablo al que se sumo, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad la acusada Valle Yolanda . Siendoplenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte del Ayuntamiento de Arrecife. Y lo mismo se dice en los hechos que se declaran probados sobre las minutas presentadas a INALSA en los años 2008 y 2009, al declarar: "(...) En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno (...) . Se añade que las minutas presentadas por Rafael Hernan a INALSA, en el año 2008 y las presentadas en el año 2009, por un total de 21.882,35 euros netos, ascendiendo la cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros y que dichas minutas fueron pagadas y abonadas en la cuenta de Rafael Hernan , en el Banco de Santander, y "en todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos conocedores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . (...)Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por



www.civil-mercantil.com

parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumo, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad INALSA.

La subsunción de estos hechos en un delito de prevaricación administrativa, a título de inductor, es acorde con reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, la jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa 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; en cuarto lugar, que ocasiones un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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 (SSTS 49/2010, de 4 de febrero ; 1160/2011 , de 8/11 ; 502/2012, de 8/6 y 743/2013, de 11/10 , entre otras. En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala 627/2006, de 8 de junio , 755/2007, de 25 de mayo , y 743/2013, de 11 de octubre , argumentan que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art.9.3 CE , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, 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 de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23/5/98 ; 4/12/98 ; 766/99, de 18 de mayo ; y 2340/2001 , de 10 de diciembre).

Y en las Sentencias de esta Sala 657/2013, de 15 de julio , y 49/2010, de 4 de febrero , se declara, respecto al delito de prevaricación administrativa, que no basta la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, y tales condiciones aparecen cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm.. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). 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. Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Será



www.civil-mercantil.com

necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa 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; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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.

En el presente caso, y en los hechos declarados probados, que se han dejado expuestos, se declara que hubo un concierto de los acusados para que el Sr. Rafael Hernan , que por su condición de funcionario público no podía contratar con otras Administraciones Públicas, obtuviera beneficios de fondos públicos, por servicios no prestados, y sin que se realizara por el Ayuntamiento de Arrecife ni por INALSA expediente alguno de contratación como asesor de dicho señor, y lo que es más importante que el reconocimiento de obligación y las órdenes de pago de las minutas presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas de que no correspondían a la prestación de servicio alguno, tanto al Ayuntamiento de Arrecife como a INALSA, fueron firmadas por los Concejales del Ayuntamiento de Arrecife y por la Consejera Delegada y Gerente de INALSA en cumplimiento de dicho concierto, y con conocimiento de que las minutas no obedecían a prestación alguna. Y ello constituye el dictado de una resolución absolutamente arbitraria e injusta, contraria al ordenamiento jurídico y lesiva del interés colectivo. Y esa falta de contratación y la inexistencia de la prestación dejan sin contenido las alegaciones que se hacen, en defensa del motivo, de que se trataba de un contrato menor y que se debería separar las cantidades abonada por distintos ejercicios y lo mismo sucede con la alegación de que su naturaleza es civil y no administrativa, cuando esa contratación no existió ni existió tampoco la prestación, siendo de dar por reproducidos los correctos razonamientos expresados en la sentencia recurrida para rechazar estas alegaciones.

El Código Penal de 1995 ha aclarado el tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa, 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 o las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (SSTS. 61/1998, de 27 de enero , 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio).

Y también se ha pronunciado esta Sala sobre el alcance del término "resolución". Así, en la 411/2013, de 6 de mayo, declara que por "resolución" se entiende todo acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Se añade que también hemos recordado que por resolución debe 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 (SSTS. 38/98 de 29.1 , 813/98 de 12.6 , 943/98 de 10.7 , 1463/98 de 24.11 , 190/99 de 12.2 , 1147/99 de 9.7 , 460/2002 de 16.3 , 647/2002 de 16.4 , 504/2003 de 2.4 , 857/2003 de 13.6 , 927/2003 de 23.6 , 406/2004 de 31.3 , 627/2006 de 8.6 , 443/2008 de 1.7 , 866/2008 de 1.12).

Pues bien, el caso actual, dados los hechos que se declaran probados, concurren los requisitos expuestos y constituye un ejemplo paradigmático en el 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 a los intereses generales de la Administración Pública, en un injustificado ejercicio de abuso de poder. Constituye, en consecuencia, un caso claro de arbitrariedad, en el sentido de acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.



www.civil-mercantil.com

En cuanto al elemento subjetivo "a sabiendas" que exige el tipo del delito de prevaricación, se infiere perfectamente del relato fáctico de la sentencia recurrida al describirse el acuerdo alcanzado entre todos los acusados, quienes conocían que se realizaron los pagos sin prestación de servicio alguno.

También se rechaza la comisión del delito de prevaricación esgrimiendo como argumento que carece de la condición de funcionario o autoridad. 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 ; 303/2013, de 26-3 ; y 773/2014, de 28 de octubre). Y ello es lo que ha sucedido en el presente caso, ya que el ahora recurrente ha sido condenado como inductor de dos delitos continuados de prevaricación respecto a resoluciones arbitrarias dictadas por quienes si eran funcionarios públicos.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 787/2013, de 23 de octubre , que la inducción consiste en hacer nacer en otro la resolución criminal. El inductor es quien determina al autor a la comisión de un hecho delictivo creando en él la idea de realizarlo. La inducción debe ser directa y terminante, referida a una persona y a una acción determinada. Por ello la inducción es la creación del dolo en el autor principal mediante un influjo síquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de una acción delictiva determinada.

Y en los hechos que se declaran probados queda perfectamente descrito que fue el ahora recurrente, por su ascendencia sobre los otros acusados, quien determinó e hizo nacer en ellos la resolución criminal, resolución que nunca hubiese surgido de no ser por la instigación del ahora recurrente.

Su no condición de funcionario ha sido tenida en cuenta por el Tribunal de instancia para aplicar el apartado 3º del artículo 65 del Código Penal .

No se ha producido la infracción legal denunciada y el motivo debe ser desestimado.

Quinto.

En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 432 del Código Penal .

Se niega la concurrencia de los elementos que caracterizan al delito de malversación de caudales públicos.

Se alega, en defensa del motivo, que no es verdad lo que se declara probado de que el ahora recurrente se hubiese concertado con D. Javier Pablo , Concejal de Hacienda y luego, además, de Urbanismo, a fin de que por parte de éste se hicieran las gestiones oportunas para el abono de las minutas presentadas por el Sr. Rafael Hernan contra el Ayuntamiento de Arrecife, a sabiendas de que no obedecían a trabajo alguno y que tampoco es verdad lo que se afirma respecto al tema INALSA. Y se añade, igual que lo hizo en el motivo anterior, que el delito de malversación, que es un delito especial, solo puede ser cometido por funcionarios públicos. También se argumenta que es necesaria la efectiva capacidad de disposición sin la que los caudales no pueden salir del Ayuntamiento de Arrecife y se dice que D. Javier Pablo no estaba en posesión de los caudales ni podía disponer de ellos, en tanto que su sola firma no habilitaba el pago de las minutas libradas por el Sr. Rafael Hernan siendo necesaria la firma del interventor, que en efecto es la que dio lugar a los pagos y que ese interventor no hizo informe alguno de ilegalidad del pago ni consta que INALSA emitiera informe desfavorable y que los administradores concursales de la firma tampoco han producido reclamación de ninguna clase



www.civil-mercantil.com

respecto a ello. Se reitera, además, que no consta que el ahora recurrente participara por lo que es inadecuada la condena impuesta.

El Tribunal de instancia condena al ahora recurrente, también, como autor por inducción de un delito continuado de malversación de caudales públicos en relación al Ayuntamiento de Arrecife y como autor por inducción de otro delito continuado de malversación de caudales públicos, en relación a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA). Habrá que comprobar si en cada uno de las conductas que han sido subsumidas en esos delitos continuados concurren cuantos requisitos caracterizan a esta figura delictiva, lo que es negado por el recurrente.

Al examinar el motivo anterior hemos recogido la doctrina de esta Sala sobre la inducción en delitos especiales que solo puede ser cometidos por funcionarios o autoridades, lo que debe darse por reproducido.

Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 797/2015, de 24 de noviembre y 1051/2013, de 26 de septiembre, que el delito de malversación de caudales públicos tiene como presupuestos: a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales públicos han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero ; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos (STS310/2003, de 7 de marzo).

Como se ha dejado expresado al examinar otros motivos, dado el cauce procesal esgrimido, debe partirse del más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia recurrida.

En relación al Ayuntamiento de Arrecife, como antes se dejó expuesto, en el relato fáctico se declara que los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan, quién al tiempo de los hechos ostentaba la condición de funcionario público de la Comunidad Autónoma de Canarias, y a principios de año 2008 se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote. A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de las ascendencias que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. A su vez Felix Valentin era perfecto conocedor de las influencias que el Rafael Hernan, en atención a los cargos desempeñados en el Gobierno de Canarias, y que las mismas le podían reportar beneficios en su situación penitenciaria, habiendo realizado, efectivamente, el acusado gestiones para la consecución del tercer grado penitenciario a Felix Valentin. En concreto Rafael Hernan ostentaba la condición de funcionario del Grupo A Subgrupo A.1 del Cuerpo Superior de Administradores de la Escala de Administradores Generales entre el 18 de julio de 2003 y el 20 de octubre de 2008 ocupó el puesto de Jefe de Sección de Cajas de Ahorro de Canarias de la Dirección General del Tesoro y Política financiera y entre el 29 de octubre de 2008 y 24 de febrero de 2010 ocupó un puesto singularizado en la Unidad de Apoyo al Viceconsejero de Justicia de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias. Guiados por esta finalidad, el acusado Felix Valentin en el mes de febrero de 2008



www.civil-mercantil.com

convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Rafael Hernan y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel momento gobernaba, coaligado, en esta reunión, a la que no acudió Felix Valentin , les fue presentado a todos los Concejales Rafael Hernan a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma. Con carácter previo a esta reunión, el acusado Felix Valentin ya se había concertado con el entonces Concejal de Hacienda (más tarde también se haría cargo de la Concejalía de Urbanismo), el también acusado Javier Pablo , a fin de que por su parte, hiciera las gestiones oportunas para el abono de las minutas que fueran presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas ambos de que las mismas no obedecían a trabajo alguno a favor del Ayuntamiento. Accediendo Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL, tenía sobre él Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfecto conocedor Javier Pablo que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . En ejecución de estos acuerdos y durante el año 2008 el acusado Rafael Hernan presentó las siguientes minutas: 14 marzo, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes marzo, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 26 de mayo. 14 abril, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes abril 2008, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 7 de agosto. 14 de mayo, concepto minuta servicios de colaboración y asesoramiento mes mayo de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto. 14 de junio, concepto minuta servicio de colaboración y asesoramiento mes junio de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto. El pago de dichas minutas se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado Javier Pablo con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan , al que se sumó, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad el acusado Javier Pablo . Siendo plenamente conscientes los tres acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife.

A continuación, en los hechos declarados probados se dice: Guiado por idéntico propósito y en ejecución del plan diseñado previamente, el acusado Rafael Hernan presentó en el año 2009 las siguientes minutas: 14 de enero, concepto colaboración y asesoramiento mes enero 2009, importe neto 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo. 14 de febrero, colaboración y asesoramiento mes febrero 2009, importe 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo, fecha orden de pago, 20/03/2009 realización del pago 01/04/2009. Como quiera que en las minutas figuraban labores de asesoramiento por parte del Javier Pablo se entendió que debía vincularse también a la Concejalía de personal, a cargo de la acusada Valle Yolanda , con quién Javier Pablo , atendiendo los requerimientos de Felix Valentin , se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo Javier Pablo y Valle Yolanda en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos conocedores Javier Pablo y Valle Yolanda que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . De esta manera con fecha 20 de marzo y por parte de los Concejales acusados, se rubricó tanto el reconocimiento de la obligación como la orden de pago. El pago de dichas minutas se efectuó el 1 de abril y efectivamente transferido a la Cuenta abierta a nombre de Rafael Hernan en el



www.civil-mercantil.com

Banco de Santander. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Javier Pablo al que se sumó, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad la acusada Valle Yolanda . Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte del Ayuntamiento de Arrecife. Como consecuencia de la actuación de los cuatros acusados, Rafael Hernan recibió de manera indebida del Ayuntamiento de Arrecife la cantidad neta de 16.941,18 euros, ascendiendo la cuantía bruta abonada a 19.746,72 euros.

En este relato fáctico se describen cuantos elementos caracterizan a un delito continuado de malversación de caudales públicos, cometido por inducción por el ahora recurrente, acorde con la jurisprudencia de esta Sala a la que antes se ha hecho referencia.

Queda perfectamente acreditado, y así se refleja en los hechos declarados probados, que el acusado Javier Pablo era funcionario a autoridad que participaba en el ejercicio de funciones públicas, a quien el ahora recurrente sometió a un influjo psíquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de la acción

delictiva; queda igualmente acreditado y consta en el relato fáctico que Javier Pablo , en sus funciones de Concejal de Hacienda, tenía facultad decisoria sobre los caudales públicos, facultad que ejerció y determinó el desplazamiento a favor del acusado Rafael Hernan de las sumas de dinero que se indican en ese relato, siendo bien esclarecedora la declaración del coacusado Javier Pablo quien manifestó, como consta en la sentencia recurrida, que autorizó los pagos porque Felix Valentin así lo quiso, que el pago se hacía previo reconocimiento del crédito y sin que existiera ningún reparo por parte del Interventor del Ayuntamiento y también es esclarecedora la declaración de la Interventora accidental del Ayuntamiento de Arrecife quien manifiesta, como consta en la sentencia recurrida al folio 97, que eran firmas necesarias para el pago la del Concejal de Hacienda y el Interventor; tampoco plantea cuestión que esas sumas de dinero entregadas al coacusado Sr. Rafael Hernan constituían caudales públicos, al estar integrados en los bienes propios del Ayuntamiento de Arrecife; e igualmente queda acreditado y así se declara probado que esas sumas de dinero fueron entregadas al Sr. Rafael Hernan quien se apropió de ellas sin ánimo de reintegro.

La continuidad delictiva apreciada es acorde con la jurisprudencia de esta Sala. Así en la Sentencia 625/2015, de 22 de diciembre , se declara, en un asunto muy parecido al que ahora examinamos, que estamos ante una pluralidad de acciones que se ejecutan bajo el paraguas de un concierto previo con los demás acusados, con un propósito común: la distracción de fondos públicos en beneficio propio o de un tercero, que se lleva a cabo a través de acciones homogéneas plurales y prolongadas en el tiempo que infringieron idéntico precepto penal. Concurren pues los requisitos que una Jurisprudencia reiterada de esta Sala - STS 429/2012, de 25 de mayo ; STS 228/2013, de 22 de marzo ; STS 627/2014, de 7 de octubre o STS 821/2014, de 27 noviembre - exige para la concurrencia de la continuidad delictiva, que se considera aplicable al delito de malversación, y que son: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta



www.civil-mercantil.com

pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi , lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio- temporal.

Y estos requisitos que exige la continuidad delictiva están presentes en el relato fáctico de la sentencia recurrida.

Concurren, por consiguiente, cuantos elementos caracterizan el delito continuado de malversación de caudales públicos apreciado en la sentencia recurrida, por lo que no se ha producido la infracción legal denunciada respecto a estas conductas relacionadas con el Ayuntamiento de Arrecife.

Pasamos a examinar el segundo delito continuado de malversación de caudales públicos que afecta a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA), y también deberá comprobarse si en los hechos que se declaran probados concurren cuantos requisitos caracterizan a ese delito.

Uno de los elementos o requisitos necesarios es que el funcionario o autoridad a quien se atribuye la conducta delictiva goce de facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

En relación a la entidad INALSA se declara probado que guiados por el idéntico ánimo de lucro los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , buscaron una segunda fuente de ingresos para el segundo, provenientes de fondos públicos, en este caso de la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA). Dicha sociedad tiene como objeto social, la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo órgano soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote, Sociedad que fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por El Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haria, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local. Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta la Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones Locales. La Consejera Delegada de dicha entidad era la acusada Felisa Yolanda , miembro del PIL, cargo para el que fue nombrada en la sesión del Consejo de Administración de Inalsa de 16 de julio de 2007, acuerdo elevado a escritura pública el 1 de agosto de 2007, habiendo contratado dicha Consejera Delegada como Gerente de Inalsa al acusado Leovigildo Emiliano en virtud de contrato de fecha 8 de mayo de 2008. En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno. De esta manera Rafael Hernan presentó al cobro en Inalsa durante el año 2008 las siguientes minutas: Minuta de fecha 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de



www.civil-mercantil.com

septiembre de 2008. Minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008. Minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009. Y durante el año 2009 el mismo acusado presentó al cobro las siguientes minutas: Minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009. Minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento tanto de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno, y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . En todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano .

En este relato fáctico se declara como probado que la acusada Felisa Yolanda era la Consejera Delegada de dicha entidad y que el acusado Leovigildo Emiliano era el Gerente de INALSA y que ambos habían firmado las órdenes de pago que permitieron al acusado Rafael Hernan apropiarse de unas cantidades por unos servicios que no había prestado.

Esas firmas se ha considerado decisiones arbitrarias que han determinado la aplicación del delito de prevaricación administrativa al que hemos hecho referencia al examinar el anterior motivo, lo que nada se dice es que esos dos acusados, que ejercían puestos de responsabilidad en la entidad INALSA, tuvieran poder de disposición sobre los caudales de dicha entidad o que estuvieran a su cargo.

El texto del Código Penal aplicado en la sentencia recurrida es el que estaba vigente cuando se produjeron los hechos y antes de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, texto legal cuya aplicación no ha sido cuestionada en los recursos, y en el apartado 1º del artículo 432 del Código Penal , ante de esa reforma, disponía que se castiga a "la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones..".

Con relación a ese requisito de que se tengan los caudales a su cargo, por razón de sus funciones, ha declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 411/2013, de 6 de mayo , que debe existir una relación especial entre agente y caudales, de ahí que esta disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito. El tipo penal se consuma, pues, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativos adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público. Se añade en esta Sentencia, que tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

Los Tribunales están sujetos al principio de legalidad y como se expresa en las sentencias de esta Sala 657/2013, de 15 de julio , y



www.civil-mercantil.com

300/2012, de 3 de mayo, la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (art 4.1º del Código Penal) que prohíbe taxativamente la analogía in malam partem , es decir la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él. Así lo ha expresado nuestro Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 123/2001, de 4 de junio ; 120/2005, de 10 de mayo ; 76/2007, de 16 de abril ; 258/2007, de 18 de diciembre ; y 91/2009, de 20 de abril), que de forma reiterada ha recordado que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, añadiendo que en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a utilizar está constituido por el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem . Por tanto el respeto del principio de legalidad, en su exigencia de Lex Stricta , impide la aplicación del tipo en perjuicio del reo mas allá de lo que consiente el propio sentido literal del precepto que configura el alcance de protección de la norma. Y relacionado el principio de legalidad con el de tipicidad, es bien ilustrativa la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 126/2001, de 4 junio , en la que se expresa que "la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de de CUATRO AÑOS, TRES MESES Y UN«lex certa»). Esta exigencia implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987 de 21 de julio ; 182/1990, de 15 de noviembre ; 156/1996, de 14 de octubre ; 137/1997, de 21 de julio ; 151/1997, de 29 de septiembre ; 232/1997, de 16 de diciembre ; y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «in malam partem» (SSTC 81/1995, de 5 de junio ; 34/1996, de 11 de marzo ; 64/2001, de 17 de marzo ; AATC 3/1993, de 14 de enero ; 72/1993, de 1 de marzo , es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio ; 137/1997, de 21 de julio ; 142/1999, de 22 de julio ; AATC 263/1995, de 27 de septiembre ; 282/1995, de 23 de octubre).

Y en los hechos que se declaran probados, a los que se ha hecho antes mención, no se atribuye a los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano esa posibilidad de disposición sobre los caudales públicos, y solo mediante una lectura extensiva y suponiendo lo que no se dice podría afirmarse que esos acusados tenían a su cargo los caudales públicos de los que se benefició otro de los acusados, por lo que no se puede afirmar que se cumpla el requisito previsto en el artículo 432.1 del Código Penal de que se hubiera producido la sustracción de efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

Así las cosas, y en relación al delito de malversación de caudales públicos atribuido, como autores principales a los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , en el ámbito de la entidad INALSA, está ausente uno de los requisitos esenciales que integran el delito de



www.civil-mercantil.com

malversación de caudales públicos, por lo que no puede castigarse como autores por inducción cuando la conducta descrita de los directamente ejecutores no es constitutiva de delito.

Procede en consecuencia, respecto al ahora recurrente, eliminar la condena por delito continuado de malversación en relación a los hechos acaecidos en el ámbito de la entidad INALSA, manteniendo el delito continuado de malversación respecto a los hechos descritos en relación al Ayuntamiento de Arrecife.

Con este alcance, el motivo debe ser parcialmente estimado.

Sexto.

En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 a) en relación a los artículos 432 y 404, todos del Código Penal.

Se expresa que la sentencia recurrida refiere en la página 10 que el ahora recurrente Sr. Felix Valentin es responsable en concepto de inductor de dos delitos de malversación de caudales públicos y de dos delitos de prevaricación administrativa y que entiende la existencia de ese título de participación habida cuenta de que gracias a su ascendencia en la vida política de Lanzarote determinó que en los cuatro acusados que ocupaban cargos públicos la voluntad tanto de entregar de manera indebida fondos públicos como de dictar resoluciones arbitrarias y se dice que esa alegada ascendencia es insuficiente para poder fundamentar la condena por esos delitos y que todos los funcionarios niegan esa ascendencia salvo Javier Pablo y se califica su declaración de mendaz y contraria a la verdad.

Por todo ello se dice que no hay ninguna aportación decisiva por D. Felix Valentin con relación a los hechos por los que se le ha impuesto la condena por lo que no puede ser inductor ni cooperador necesario.

Una vez más, debe partirse del respeto absoluto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, dado el cauce procesal en el que se instrumenta el presente motivo y en ellos viene descrita la eficaz inducción efectuada por D. Felix Valentin sobre los demás acusados para la comisión de las conductas calificadas como delictivas en la sentencia recurrida. Así, como se expuso al examen el tercero y el cuarto de los motivos de este recurso, se declara probado lo siguiente: Que los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan, quién al tiempo de los hechos ostentaba la condición de funcionario público de la Comunidad Autónoma de Canarias, y a principios de año 2008 se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote. A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de las ascendencia que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. También se declara probado que guiados por esta finalidad, el acusado Felix Valentin en el mes de febrero de 2008 convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Rafael Hernan y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel momento gobernaba coaligado, y que en esta reunión, a la que no acudió Felix Valentin, les fue presentado a todos los Concejales Rafael Hernan a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma. Con carácter previo a esta reunión, el acusado Felix Valentin ya se había concertado con el entonces Concejal de Hacienda (más tarde también se haría cargo de la Concejalía de Urbanismo), el también acusado Javier Pablo, a fin de que por su parte, hiciera las gestiones



www.civil-mercantil.com

oportunas para el abono de las minutas que fueran presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas ambos de que las mismas no obedecían a trabajo alguno a favor del Ayuntamiento. Accediendo Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL, tenía sobre él Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfecto conocedor Javier Pablo que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . En el relato fáctico de la sentencia se hace constar las minutas presentadas por Rafael Hernan al Ayuntamiento de Arrecife, en el año 2008 y las presentadas en el año 2009, por un total de 16.941,18 euros netos, ascendiendo la cantidad bruta a 19.746,72 euros y que el pago de las presentadas en el año 2008 "se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado Javier Pablo con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander. ." Y respecto a las minutas del año 2009, se declara probado que "(...)" la acusada Valle Yolanda , con quién Javier Pablo , atendiendo los requerimientos de Felix Valentin , se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo Javier Pablo y Valle Yolanda en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos conocedores Javier Pablo y Valle Yolanda que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . (...) Y sobre el pago de las presentadas en el año 2009, " se efectuó el 1 de abril y efectivamente transferido a la Cuenta abierta a nombre de Rafael Hernan en el Banco de Santander" , previo reconocimiento de la obligación y de la orden de pago que fue firmada por los Concejales acusados Javier Pablo y Valle Yolanda el 20 de marzo de 2009. En el factum se declara probado además que: Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Javier Pablo al que se sumó, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad la acusada Valle Yolanda . Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife.

También se declara probado que en ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de INALSA, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno.

Es dar por reproducido lo que se dejó expresado, al examen el cuarto de los motivos de este recurso, sobre la doctrina de esta Sala cuando participa quien no es funcionario en un delito especial y así recordamos que tiene declarado esta Sala de forma reiterada que el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser partícipe en un delito de prevaricación, como igualmente en un delito de malversación de caudales públicos, cometido 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 ; 303/2013, de 26-3 ; y 773/2014, de 28 de octubre). Y ello es lo que ha sucedido en el presente caso, ya que el ahora recurrente ha sido condenado como inductor de dos delitos continuados de prevaricación y dos delitos continuados de malversación de caudales públicos. Y asimismo recordamos la Sentencia de esta Sala 787/2013, de 23 de octubre , en la que se declara que la inducción consiste en hacer nacer en otro la resolución criminal. El inductor es quien determina al autor a la comisión de un hecho delictivo creando en él la idea de realizarlo. La inducción debe ser directa y terminante, referida a una persona y a una acción determinada. Por ello la inducción es la creación del dolo en el autor principal mediante un influjo síquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de una acción delictiva determinada. Y en los hechos que se



www.civil-mercantil.com

declaran probados queda perfectamente descrito que fue el ahora recurrente, por su ascendencia sobre los otros acusados, quien determinó e hizo nacer en ellos la resolución criminal, resolución que nunca hubiese surgido de no ser por la instigación del ahora recurrente.

Su no condición de funcionario ha sido tenida en cuenta por el Tribunal de instancia para aplicar el apartado 3º del artículo 65 del Código Penal .

Todo ello sin perjuicio de la estimación parcial que se ha hecho del motivo anterior.

Por lo expuesto, no se ha producido la infracción legal denunciada y el presente motivo no puede prosperar.

Séptimo.

En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación al artículo 24 de la Constitución y al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.6 con relación a los artículos 66.1.2 y 70.1.2, todos del Código Penal .

Se dicen producidas dilaciones indebidas al haber estado paralizada la pieza separada desde el 28 de abril de 2010 al 15 de diciembre de 2011 y (folios 1528 y 156) y se dice que pasaron siete meses desde el último escrito de defensa hasta que se dictó el auto de admisión de las pruebas.

Como señala el Ministerio Fiscal, al impugnar este motivo, a tenor de lo que se dispone en el artículo 21.6 del Código Penal , la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas exigirá como requisitos o elementos constitutivos los siguientes: a) que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; b) que se produzca precisamente durante la tramitación del procedimiento es decir que sea intraprocesal; c) que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al imputado y d) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio. Y esos requisitos o elementos no concurren en el presente caso.

Son correctos los razonamientos expresados por el Tribunal de instancia para rechazar la misma alegación, en los que se expresa, tras recordar jurisprudencia de esta Sala, que en este caso no solo nos encontramos con una causa evidentemente compleja ya que las Diligencias Previas 697/2008 tuvo múltiples imputados y múltiples vías de investigación, Diligencias Previas de las que esta pieza se desgajó en febrero de 2012. Puede considerarse que la investigación de lo que luego resultó ser la pieza separada 8, se inició en el mes de enero de 2010, practicándose las primeras detenciones en el mes de abril (todavía en el seno de la pieza principal), y en el marco de esta investigación principal, la relativa a esta pieza permaneció sin aparente investigación (al menos que conste en los testimonios) paralizada desde el 28 de abril de 2010, folio 1528 al 15 de diciembre de 2011, folio 1561. Más no cabe obviar, como dijimos que se encontraba en el marco general del denominado Caso Unión, por lo que esta paralización de esta rama de la investigación, pues no se alega este defecto de la pieza principal, no alcanza el efecto de la atenuante. No está de más incluso hacernos eco del escrito de calificaciones de la defensa de Leovigildo Emiliano en el que se señala, folio 4236: "Es de destacar la enorme celeridad y diligencia empleada en la presente pieza", debiendo ponerse de manifiesto que incluso las propias defensas interesaron, en atención a la complejidad de la causa, la ampliación del plazo para la presentación del escrito de conclusiones, como por ejemplo consta al folio 4908.

Ciertamente, examinadas las actuaciones no se aprecian paralizaciones extraordinarias y si llama la atención las sucesivas peticiones de suspensión solicitadas por la defensa del ahora recurrente, cuando se ordenaba su presencia para recibirle declaración -véanse folios



www.civil-mercantil.com

2273, 2346 y 2440- y asimismo se esgrimieron diversas razones para retrasar la presentación del escrito de defensa del ahora recurrente.

Por todo ello, no puede apreciarse la existencia de dilaciones extraordinarios y el motivo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Rafael Hernan

Primero.

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2, 18.2 y 3, 17.1, 9.3 y 25.1 de la Constitución.

Coincide este primer motivo con el primero del anterior recurrente, como en aquél, se denuncia la inexistencia de prueba que sustente la decisión de condena y en un difuso motivo se relaciona la ausencia de prueba con los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la defensa y asimismo se mencionan los derechos al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio y a la libertad, que se dicen serán objeto de análisis en los motivos correspondientes.

Se señala que el derecho a la presunción de inocencia, en este caso, se relaciona asimismo con la habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas y se menciona el pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 26 de mayo de 2009 ya que el procedimiento que nos ocupa se incoó a raíz de la deducción de testimonio de una causa principal y se dice que no hay constancia de las resoluciones antecedentes al auto de 20 de febrero de 2009, que la parte recurrente impugnó la legitimidad de fuentes de prueba de ese otro procedimiento y que el Ministerio Fiscal debió justificar la legitimidad de ese medio de prueba y que el recurrente ha cumplido con sus obligaciones al impugnar la legitimidad del auto de 20 de febrero de 2009 y los que de él se han derivado en cuanto se desconocen y no constan en autos los precedentes que dieron lugar al mismo por lo que se dice se ha quebrantado el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con las debidas garantías, a la defensa y de ahí al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y que en definitiva se le ha producido indefensión.

Se concluye el motivo reiterando la ausencia de prueba que cumpla los cánones de legalidad, que no es suficiente para enervar el derecho de presunción de inocencia, se cuestiona la motivación de la sentencia recurrida afirmándose que no puede haber motivación sobre lo que no existe, y se reitera que la causa se conforma por el testimonio de particulares que procede de otra causa y que el Auto de 20 de febrero de 2009 carece de los precedentes que le puedan dar soporte y que la parte recurrente dice que desconoce pues no han sido incorporados al presente sumario, y se añade que se impugnó ese auto de 20 de febrero de 2009 y menciona el Acuerdo del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, por lo que entiende que el Auto de 20 de febrero de 2009 es nulo como todos los que se han derivado del mismo y que ello conduce a la nulidad de todo este asunto.

Son de reiterar las mismas razones expresadas para rechazar similar motivo formalizado por el anterior recurrente.

Como allí se dejó expresado, se cuestiona la conformidad con las garantías y derechos constitucionales del Auto de 20 de febrero de 2009 que ordenó la intervención de los teléfonos de que eran usuarios D. Felix Valentin y D. Javier Pablo al no haberse aportado las resoluciones que autorizaron intervenciones precedentes y que constituían fuentes de prueba



www.civil-mercantil.com

que sustentaban la decisión tomada en mencionado Auto de 20 de febrero de 2009 y todo ello con invocación del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2009.

Procede examinar, en primer lugar, el Pleno no jurisdiccional mencionado de 26 de mayo de 2009, en el que se examinó la habilitación de intervenciones telefónicas acordadas en otra causa de la que se deduce testimonio y en el que tras el debate correspondiente se tomó el siguiente Acuerdo:

" En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba ."

Este Acuerdo es seguido en sentencias del Tribunal Supremo y así en la Sentencia 4/2014, de 22 de enero , se declara que dicho Acuerdo solo exige que se respete la contradicción y que no cabría plantearlo después de la calificación definitiva ni en el informe oral y mucho menos "per saltum" ante el Tribunal Supremo, aunque se trate de una cuestión que afecta a un derecho fundamental. Sigue diciendo que la Audiencia argumenta que la nulidad de las intervenciones telefónicas se acuerda al no haberse aportado a esta causa en ningún momento del procedimiento los testimonios de las intervenciones telefónicas de las que traía causa directa el oficio y el auto autorizante, recaído en este proceso. Realmente esos testimonios se aportaron al día siguiente en que se dictó el auto denegatorio de la prueba, concretamente el 15-1-2013, obrando en la causa. Por todo ello, concluye que el Fiscal solicitó una prueba posible de realizar (testimoniar algunas diligencias de un juzgado de la misma localidad) y fue tempestiva su solicitud, en tanto resultaba posible aportar documentación hasta el momento de formular las acusaciones en el escrito de calificación definitiva, ya que podían haber examinado su contenido con posibilidad de formular alegaciones. La denegación de tal posibilidad impidió tener en cuenta como prueba de cargo las conversaciones telefónicas, que fueron declaradas nulas, así como todas las diligencias posteriores que de aquélla traían causa. El recurso del Ministerio Fiscal es estimado.

En la Sentencia 777/2009, de 24 de junio , se declara que la tesis de que la intervención telefónica hay que presumirla nula, pues no consta su legitimidad de origen, no puede ser compartida por esta Sala. En principio, es evidente que la ausencia de determinados documentos y la imposibilidad de acreditar su verdadera existencia, pueden desplegar un efecto invalidante respecto de la legitimidad de la medida de intervención telefónica (art. 11 LOPJ). Sin embargo, la legitimidad del sacrificio del derecho previsto en el art. 18.3 de la CE no puede ponerse en entredicho por la circunstancia de que falten algunos de los antecedentes de los que pudiera traer causa el acto limitativo cuestionado. La afirmación de que como no puede presumirse que las intervenciones anteriores fueran legítimas, las posteriores son nulas, sin que puedan tenerse en cuenta el resto de los medios de prueba , admite otro enfoque. La nulidad de los actos procesales sólo puede basarse en algunas de las causas estrictamente reguladas en el art. 238 de la LOPJ , con la consecuencia de la pérdida de efectos que impone el art. 11 de la misma ley . Sin embargo, declarar la nulidad de unas escuchas porque no consta la legitimidad de todas aquellas actuaciones procesales, practicadas en otros

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

procedimientos y a las que se atribuye -sin explicar el por qué- la condición de antecedentes, supone desenfocar el contenido material del derecho que se dice vulnerado. Estaríamos alentando la creación de la nulidad presunta, categoría carente de cobertura en nuestro sistema procesal. Sigue diciendo que el tema suscitado ha sido objeto de tratamiento reciente en el Pleno no jurisdiccional de 26 de mayo 2009. El acuerdo a que se alude proclama que: " en los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad". En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación. Sigue expresando el referido acuerdo que "... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba". La lectura íntegra del acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva: a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

En la Sentencia TS 44/2013, de 24 de enero se declara que cuando se trata de injerencias que han sido adoptadas en otra causa, de la que se ha desgajado la que es objeto de enjuiciamiento, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio in dubio pro reo autoriza a cuestionar, o sospechar de la ilicitud a lo allí actuado, sí que es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en estos procesos, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, cuyos derechos fundamentales se ven perjudicados. Este cuestionamiento ha de ponderar que la causa enjuiciada es una causa diferente a la original, por lo que el testimonio remitido solo necesita referirse a los elementos sustanciales que permitan el referido control. La solución jurisprudencial a los problemas planteados debe ser unitaria, para garantizar la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, la seguridad jurídica y el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley. Para ello se reunió el Pleno de esta Sala el 26 de mayo 2009, celebrado, como prevé el art 264 de la LOPJ, para unificación de criterios entre todos los Magistrados que integran las diversas secciones funcionales en que se reúne esta Sala a los efectos de la resolución de los diferentes recursos. En el referido Pleno se adoptó un criterio, que debe ser asumido por todos sus integrantes para garantizar, como se ha expresado, el correcto ejercicio de la función unificadora que compete a esta Sala como órgano jurisdiccional supremo en el orden penal, (art 123 CE), criterio que posteriormente se ha plasmado y razonado motivadamente en numerosas sentencias. Dicho criterio contiene los acuerdos siguientes: " En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad ". En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación. Sigue expresando el referido acuerdo que "... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba". Como se ha señalado en sentencias posteriores, la lectura íntegra del acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva, según explica la Sentencia de 26 de junio del mismo año que desarrolla el Acuerdo, lo siguiente: a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) que pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias. En la presente causa el cuestionamiento de la injerencia fue oportunamente interesado por las defensas al comienzo del juicio oral. La Sala sentenciadora reconoce expresamente que ante tal impugnación "incumbía a la acusación pública aportar las solicitudes policiales" en las que se fundamentaban las resoluciones judiciales que justifican la injerencia en el derecho fundamental, si bien acaba admitiendo la validez de éstas porque " tienen la apariencia, por el modo en el que están redactadas, de responder con seriedad y fundamento a una previa petición policial ". Esta bienintencionada fundamentación es manifiestamente contraria a la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Si se ha admitido la validez de las resoluciones judiciales limitativas de un derecho fundamental motivadas por remisión a los antecedentes policiales es con el condicionamiento de que los afectados puedan, en todo caso, ejercer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por la vía de los recursos, sometiendo a la fiscalización y al control jurisdiccional de esta Sala si la fundamentación de la injerencia dispone de una justificación previa explícita y fundada, para lo que es imprescindible que dicha justificación esté documentada en la causa. Se añade que el motivo no puede prosperar si la alegación de nulidad de las resoluciones judiciales por falta de constancia de los oficios policiales que complementan su motivación, se realiza "per saltum" en esta alzada, aun cuando se trate de una cuestión que afecta a un derecho fundamental, y tampoco cuando se alega en la instancia cuando ya ha transcurrido el período de prueba, en la calificación definitiva o en el informe oral, pues en tal caso ya ha concluido el debate probatorio y su silencio anterior permite concluir que considera suficientes las resoluciones judiciales, sin necesidad de las demoras derivadas de la obligación de aportar adicionalmente la documentación policial, si no consta previamente en la causa.

Y en la Sentencia 428/2014, de 20 de mayo , se expresa que al iniciarse otra vez el juicio, en el trámite previsto en el art. 786.2 LECrim , varias defensas impugnaron las escuchas telefónicas invocando expresamente al acuerdo de esta Sala Segunda de 26 de mayo de 2009. Era necesario unir todos los antecedentes precisos de las causas precedentes para comprobar que las escuchas que indirectamente habían fundado las acordadas en estas diligencias, eran regulares y se habían efectuado respetando todas las exigencias constitucionales. De no ser así, la investigación estaría contaminada pues se habría iniciado por virtud de unas informaciones que serían inutilizables si aquéllas escuchas estaban viciadas de nulidad. Ante esa alegación -a la que se adhieron otras defensas- el Fiscal, buscando abrigo en el mismo Acuerdo de 26 de mayo, instó la suspensión del juicio oral para que se pudiesen aportar tales antecedentes procesales trayéndolos mediante testimonio extraído de los respectivos procedimientos. Tras retirarse a deliberar, la Audiencia denegó la petición, lo que provocó la



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

consiguiente y explícita protesta del representante del Ministerio Público a los efectos de un eventual recurso de casación. La sentencia recurrida prescinde de la valoración de tales escuchas proclamando querer guardar fidelidad a la doctrina derivada del Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda tantas veces invocado. Ello arrastra a su vez el que no puedan ser utilizados gran parte de los medios de prueba que quiso hacer valer la acusación pública. Frente a esa decisión se alza el Fiscal. No pretende en casación que esta Sala declare valorables las escuchas y las pruebas derivadas, sino que se anule por ser contraria a derecho la decisión de la Audiencia imposibilitándole para reclamar los testimonios de otras causas que podrían acreditar la legitimidad de las escuchas, impugnadas tardíamente en ese particular concreto. Tiene razón el Fiscal. El acuerdo plenario no jurisdiccional de esta Sala Segunda reiteradamente citado se despliega en dos estadios consecutivos: i) la carga de alegar la eventual irregularidad de unas escuchas telefónicas con influjo en la investigación pero no se encuentran incorporadas corresponde a quien invoca que no se puede utilizar la prueba; ii) una vez efectuada la alegación, la carga de acreditar la legitimidad de esas escuchas corresponderá a la parte que pretende hacerlas valer como prueba; en este caso, la Acusación Pública. En lo que se refiere al primer escalón es de resaltar que no basta una impugnación genérica como la que se realizó aquí en los escritos de conclusiones de dos defensas. No se ajusta a las exigencias de la buena fe procesal ese cuestionamiento puramente estratégico y no concretado. De la lectura del párrafo antes transcrito, no cabía inferir una queja por la no incorporación de los antecedentes de las escuchas. No se aducía y ni siquiera se insinuaba la posibilidad de que las conversaciones que fundaron las intervenciones no contasen con respaldo judicial y legal suficiente. Desarrollar (o, mejor "extender") y detallar luego esa queja al inicio del juicio oral en esos términos anulaba toda capacidad de reacción y atentaba a la lealtad procesal. No son incompatibles derecho de defensa y lealtad procesal: pueden combinarse e ir de la mano. Desde el punto de vista procedimental esta Sala viene considerando que esa impugnación -específica y no puramente retórica- exigible como carga, ha de hacerse en los momentos habilitados a tal fin. Por supuesto que cabe durante toda la fase de instrucción; también, indudablemente, en el escrito de calificación. En los procedimientos en que existe la previsión de una audiencia preliminar es factible aflorarla al inicio del juicio oral (procedimiento abreviado: art. 786.2 LECrim). Sobre pasado ese instante se cancela la posibilidad de esa alegación, lo que tiene toda lógica. Cerrada ya la fase probatoria, la acusación se vería imposibilitada de acreditar la legitimidad de la prueba tardíamente combatida. Sería ya extemporánea una impugnación que apareciese en el informe del juicio oral o en el recurso contra la sentencia.

Para poder aplicar la jurisprudencia de esta Sala, que acaba de ser expuesta, es necesario dejar constancia de lo acontecido en el procedimiento que ahora examinamos. Y como se dejó expuesto al examinar el primer motivo del anterior recurrente, la causa principal se inició por el Juzgado de instrucción nº 5 de Arrecife, por Auto de fecha 6 de julio de 2008 de incoación de Diligencias Previas nº 697/2008, en virtud de atestado instruido por la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil. En el curso de dichas diligencias se dictaron el Auto de 20 de febrero de 2009 y sus prórrogas, tras los correspondientes oficios policiales en los que se daba cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones telefónicas, con transcripciones resumidas de ellas y entrega de los CDs, que contenían las grabaciones completas de las conversaciones intervenidas. Por Auto de 10 de febrero de 2012, del mismo juzgado, se acordó la formación de Pieza Separada nº 8, que constituye la causa que ahora es examinada, y que ha dado lugar a la sentencia recurrida, y se formó dicha Pieza 8 con los testimonios acordados en el mencionado Auto, que constituían los antecedentes necesarios de la Pieza Principal, para la investigación de lo que se llamó "trama relacionada con el pago de facturas por parte del Ayuntamiento de Arrecife por trabajos no realizados", en que aparecían como presuntos responsables Felix Valentin, Rafael Hernan, Javier Pablo y Valle Yolanda. En dicho



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

testimonio constan el oficio policial y el Auto de fecha 20 de febrero de 2009, los Autos que los prorrogan, los oficios que las partes interesan y las transcripciones de las conversaciones telefónicas, en resúmenes realizados por la UCO y su entrega al juzgado con los CDs en los que constaban íntegramente las conversaciones intervenidas por medio de SITEL, entre otros testimonios. Entendemos que en el presente caso, el Oficio Policial de 20 de febrero de 2009, es antecedente suficiente para examinar la existencia de datos objetivos en la investigación y la necesidad y proporcionalidad de la adopción de la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, que fue autorizado por Auto de 20 de febrero de 2009, sin que se consideren necesarios, como señala el Ministerio Fiscal, otro antecedentes.

Ciertamente, el examen del oficio policial de fecha 20 de febrero de 2009, en el que se solicita la intervención de los teléfonos de los acusados mencionados, permite comprobar que en el mismo se indican verdaderos datos objetivos, sobre la actuación del acusado Felix Valentin como jefe o supervisor de las actuaciones relativas al PGOU del Ayuntamiento de Arrecife, que se desprende de los resultados de la investigación iniciada respecto a otras personas, no imputadas en este procedimiento, pero si en la pieza principal por actividades relacionadas con el cobro de comisiones ilegales por el pago de facturas pendientes en el Ayuntamiento de Arrecife. Oficio que el Tribunal de instancia considera "muy detallado" y suficiente para fundamentar como necesaria y proporcional la intervención telefónica. Por otro lado, el Tribunal de instancia analiza el Auto de 20 de febrero de 2009 y lo considera "un ejemplo de buena praxis. Ciertamente dicho Auto recoge los indicios del Oficio Policial antecedente, los posibles delitos cometidos (cohecho, tráfico de influencias, prevaricación y exacciones ilegales), la gravedad de estos delitos, las personas investigadas, los teléfonos que se han de intervenir. Auto motivado y que cumple con suficiencia los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala para ser conforme con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

El ahora recurrente se remite a otras defensas y en concreto a lo expuesto en el recurso formalizado por Felix Valentin en lo relativo a que se dio cumplimiento a la denuncia en momento procesal oportuno de la falta de incorporación de las resoluciones precedentes de intervenciones telefónicas y en definitiva de las fuentes de prueba, y como se explicó al dar respuesta a ese otro recurso, tales alegaciones no se corresponden con la realidad.

Examinados los escritos en los que se formalizan los recursos a los que también se refiere el ahora recurrente, puede comprobarse que al folio 3977 obra incorporado Auto de fecha 14 de febrero de 2013 por el que se acuerda que sigan las actuaciones por el trámite del Procedimiento Abreviado y se ordena traslado al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones personadas, para que en el plazo común de diez días soliciten la apertura del Juicio Oral formulando escrito de acusación, instando el sobreseimiento de la causa o, en su caso, de ser procedente, la práctica de diligencias de investigación complementarias de las referidas en el art. 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Y leído el escrito de fecha 20 de febrero de 2013 por el que se interpone recurso de reforma contra dicho Auto de 14 de febrero, puede comprobarse que en relación a las conversaciones telefónicas se dice al folio 4140 que la interceptación de las conversaciones telefónicas exige una decisión motivada y el debido control judicial lo que no ha ocurrido en este caso por las razones que se expresan, alegaciones que nada tenga que ver con denuncia que ahora se hace en relación a las fuentes de prueba ni con las legalidad de las intervenciones anteriores que no se cuestionan. Al folio 4144 de ese escrito se hace expresa referencia al Auto de fecha 20 de febrero de 2009 que adopta la decisión de intervenir telefónicamente determinadas terminales y se dice que el soporte del que aparentemente trae causa no se encuentra incorporado y que no se conoce la estructura sobre la que descansa la decisión, haciéndose después mención a la necesidad de que se aporten las transcripciones de las grabaciones, reiterando que no ha existido el debido control judicial. Examinado el escrito de fecha 25 de marzo de 2013, por el que se interpone



www.civil-mercantil.com

recurso de apelación contra el auto de fecha 19 de marzo de 2013 que desestima el recurso de reforma antes mencionado, en relación a la interceptación de las conversaciones telefónicas, se reitera lo expresado en el anterior escrito en el que se interpuso recurso de reforma sobre motivación y control judicial de las intervenciones telefónicas y en concreto, en la página 4494, sobre el Auto de fecha 20 de febrero de 2009 se reproduce lo ya expresado en el recurso anterior y se reitera el deber de entregar en el Juzgado los originales de las grabaciones y que no ha existido ninguna clase de control judicial. Nada más se dice sobre las intervenciones telefónicas. Examinada el acta del juicio oral, al que también se hace mención en este como en el anterior recurso, puede comprobarse que la defensa del ahora recurrente, Sr. Rafael Hernan , se adhiere a la cuestión de nulidad planteada por la defensa de Felix Valentin y leídas las cuestiones previas planeadas por la defensa de este último acusado podemos comprobar que en relación a la invocada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones señala lo siguiente: "No existe ni una sola diligencia del Secretario Judicial de la que resulte, que los resúmenes hechos por la autoridad administrativa de las conversaciones intervenidas, que la transcripción se corresponde con el contenido de los CDS. De esto resulta que todo lo que se pueda aportar y que derive de tales conversaciones es nulo de pleno derecho, por no haber cadena de custodia ni dación de fe por el Secretario Judicial. Si no hay cadena de custodia, como dice el propio Secretario judicial (que manifiesta que los CDs se encuentran en un aula de formación), las conclusiones que deriven de tales conversaciones son nulas".

Así las cosas, no ha existido alegación ni denuncia alguna que reclame la incorporación de resoluciones judiciales precedentes al Auto de 20 de febrero de 2009 ni fuentes de prueba de dicha resolución, y es de reiterarse que obra incorporado el oficio policial que aporta datos objetivos suficientes para justificar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, que son debida y motivadamente recogidos en el Auto de 20 de febrero de 2009, como igualmente están incorporados los CDs que contienen las conversaciones telefónicas observadas.

Por todo ello, no se ha vulnerado lo expresado en el Acuerdo tomado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2009 ni se ha desatendido la jurisprudencia de esta Sala que se refiere a dicho Acuerdo.

Son reiteradas las invocaciones que se hacen en el motivo al derecho a la presunción de inocencia y a la ausencia de prueba de cargo y es oportuno recordar, como ya se explicó al examinar el anterior recurso, que el Tribunal de instancia, en los fundamentos de derecho catorce, quince y dieciséis de la sentencia recurrida, analiza y valora la prueba practicada, tanto la de cargo como la de descargo, para llevar al convencimiento sobre los hechos que se declaran probados, considerando que la prueba de cargo es suficientemente incriminatoria para enervar el derecho de presunción de inocencia de los acusados, incluido el ahora recurrente. Así, señala que se ha tenido en cuenta: a) El Certificado expedido por la Jefa del Servicio de Régimen y Registro de Personal de la Dirección General de la Función Pública del Gobierno de Canarias (folio 3014) en el que se acredita que el acusado Rafael Hernan era funcionario de la Comunidad Autónoma de Canarias en la fecha de los hechos. Para el Tribunal de instancia dicho certificado acredita la imposibilidad de que el acusado Rafael Hernan pudiera ser contratado por el Ayuntamiento de Arrecife e INALSA, por la Ley de Incompatibilidades y que ello era conocido por todos los acusados; b) Las facturas presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan , al Ayuntamiento de Arrecife (marzo a junio de 2008 y enero y febrero de 2009), y a INALSA (marzo a diciembre de 2008 y enero a marzo de 2009), las primeras, que ya constaban testimoniadas en el procedimiento, fueron aportadas por el MF al inicio del juicio oral, en el trámite de cuestiones previas, y que figuran en los archivos del Ayuntamiento en dos expedientes de contabilidad (desaparecidos ambos) (folio 2479), y respecto a las segundas, obran a los folios 3066, 3071, 3075, 3083 y 3087); c) El certificado del Banco Santander (folio 3090), que acredita que le fue transferida al acusado Rafael Hernan ,

CEF.-**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

desde el Ayuntamiento de Arrecife la cantidad total de 16.641,18 euros, y desde INALSA la cantidad total de 21.882,35 euros y certificado del Interventor del Ayuntamiento de Arrecife (folio 1681) de la cuantía (brutas) abonadas a Rafael Hernan de 12.352,96 euros el día 26 de agosto de 2008 y

7.411,76 euros el 30 de marzo de 2009, y certificado del Director de INALSA (folio 1863) de 3 de mayo de 2012, en el que constan abonados al acusado 18,677,64 euros en el año 2008 y 7,411,75 euros en el año 2009; d) Ordenes de pago, que en el caso de las minutas presentadas por el acusado Rafael Hernan al Ayuntamiento de Arrecife, cuatro de ellas fueron firmadas por el acusado Javier Pablo y dos por dicho acusado y la acusada Valle Yolanda . Y en el caso de las minutas a INALSA, todas las órdenes de pago fueron firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano ; e) Inexistencia de expediente alguno o contrato escrito para la prestación de servicios del acusado Rafael Hernan en el Ayuntamiento de Arrecife y en INALSA, cuando por la cuantía de las facturas y minutas no podía hacerse la contratación verbal, dado lo preceptuado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la Ley de Contratos del Sector Público (pags. 74 a 79 de la sentencia). Lo acredita la declaración del Alcalde de Arrecife en aquella época Arsenio Leandro , que negó la contratación de Rafael Hernan , el Informe (f.2482) y testimonio de Sonia Noelia , funcionaria del Ayuntamiento, que expresa que no existe en el Ayuntamiento expediente o contrato de Rafael Hernan , el Informe (folio 2487) y testimonio de Ana Virginia , Interventora accidental del Ayuntamiento, que expresa la inexistencia de expediente contable, de las facturas de Rafael Hernan en el Departamento de Contratación ni de Régimen Interior; y el Informe (F. 2483) y testimonio de Beatriz Carla , que expresa que en el Libro de Decretos no se ha encontrado entre las fechas 1 de enero de 2008 y a 31 de diciembre de 2009, ninguna que se refiera a Rafael Hernan ; f) Declaración del coimputado Javier Pablo que en el juicio oral reconoce las cartas obrantes a los folios 1337 a 1340 como remitidas por Felix Valentin , 1408 y 1409 remitidas por él a Felix Valentin , 2022 a 2024 que fueron remitidas por Felix Valentin y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 108 a 109). Reconoce las conversaciones del día 1 de abril de 2009 (folio 2071 y 2072), de 13 de marzo de 2009 (f.2066 y 2067), de 19 de marzo de 2009 (f. 2068) y 1 de abril de 2009 (f. 488) y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 106 a 108). Que Felix Valentin fue quien le propuso a Rafael Hernan , que Felix Valentin convocó la reunión de concejales del grupo PIL, en el Gran Hotel de Arrecife, que Felix Valentin no asistió, y allí conoció a Rafael Hernan , que se lo presentó Valle Yolanda . Que las facturas de Rafael Hernan le llegaron unas por vía de Felix Valentin a él y otras a la Concejalía de Hacienda. Que el Grupo PIL se negaba a pagar dichas facturas por la inexistencia de trabajo. Que Felix Valentin insistía que se pagaran las facturas a Rafael Hernan , y por eso se pagaron, pero que no había realizado ningún trabajo para el Ayuntamiento. Que Felix Valentin era el que hacía y deshacía y mandaba en el Ayuntamiento de Arrecife. Además, Javier Pablo , desde su primera declaración policial (f. 1446 y ss) afirmó que Felix Valentin le insistía para que abonase las facturas de Rafael Hernan , añadiendo en su primera declaración judicial (folio 1512 y ss.) que Felix Valentin quería que Rafael Hernan fuera asesor, que no cree que este hiciera nada, que Felix Valentin le insistió para el abono de las facturas y que cuando los Concejales se negaron a pagar, Felix Valentin le buscó INALSA. Manifestaciones que reitera a los folios 2673 y siguientes de las actuaciones. El Tribunal considera creíbles dichas declaraciones del coimputado y le da valor de prueba de cargo, después de analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo sobre el valor de las declaraciones de los coimputados como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, por su persistencia, no existir ánimo espurio o de enemistad, y considerarla corroborada por la investigación y documentos obrantes en la causa. Señala el Tribunal que es cierto que el coacusado Javier Pablo ha obtenido un beneficio penológico por su reconocimiento de los hechos, y que puede que en otras piezas de la causa lo obtenga, pero ello no desacredita ni ensombrece la fiabilidad



www.civil-mercantil.com

y credibilidad de su declaración por estar corroborada por hechos y datos externos y considera como tales: 1. Los abonos efectuados por el Ayuntamiento de Arrecife e INALSA a Rafael Hernan , que nadie ha negado; 2. Las declaraciones de los testigos en el juicio oral, testimonios que se recogen en la sentencia (pags. 96 a 102) a las que nos remitimos;

3. Las conversaciones telefónicas, que fueron oídas en el juicio oral, y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 106 a 108); 4. La correspondencia intervenida a los acusados Javier Pablo , en su domicilio y a Felix Valentin en su celda del Centro Penitenciario, cuyo contenido se recoge en la sentencia (f. 108 y 109); y 5. La consignación por Javier Pablo de los 16.941,18 euros que se entregó a Rafael Hernan por parte del Ayuntamiento de Arrecife (folio 4066); g) Conversaciones telefónicas interceptadas con autorización judicial por Auto de 20 de febrero de 2009 de los teléfonos de los acusados Felix Valentin y Javier Pablo , cuyas transcripciones obran en la causa y especialmente las que se grabaron del teléfono móvil 650.43.63.30, atribuido al acusado Felix Valentin , sin que este haya negado su titularidad, y que fueron oídas en el juicio oral, únicamente admitidas por el acusado Javier Pablo y negadas por los otros acusados, pero a las que el Tribunal da valor de prueba de cargo, al considerarlas legítimas, como se ha expuesto anteriormente y por haber identificado las voces de los acusados, y así el Tribunal afirma: "Y en este caso ninguna duda albergamos, tanto por el contenido de las conversaciones, véase a título de ejemplo la coincidencia de las fechas señaladas por Felix Valentin respecto del tercer grado con las conversaciones mantenidas con Rafael Hernan , y no albergamos dudas, pues las voces escuchadas de manera directa por este Tribunal es sencillo identificarlas con la acusados, sin necesidad de prueba alguna ajena a la de la propia percepción de la Sala"; h) Correspondencia intervenida con autorización judicial (Autos de 13 de marzo de 2010 y 29 de mayo de 2009, obrantes a los folios 1326 y 1749) a los acusados Javier Pablo , en su domicilio, y a Felix Valentin en su celda del Centro Penitenciario, cuyo contenido se recoge en la sentencia, y obrantes a los folios 1337 a 1340, 1349 a 1353, 1356 a 1358, 2023 a 2024 y 1405 a 1407 de las actuaciones. De las anteriores cartas intervenidas el Tribunal infiere que Felix Valentin seguía los asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y su influencia en la toma de decisiones, pese a estar inhabilitado, su interés para que se realizaran los pagos al acusado Rafael Hernan , y también el Tribunal infiere que el acusado Rafael Hernan se implicó e hizo gestiones sobre el tercer grado de Felix Valentin y le insistía en el pago de las facturas, pues él era el único amigo que tenía; i) Las declaraciones de los testigos, tanto de la acusación como de las defensas, cuyo contenido se transcribe en la sentencia recurrida

El Tribunal de instancia, del examen, análisis y valoración de dichas pruebas tanto personales como documentales indicadas, en los fundamentos jurídicos quince y dieciséis, infiere que no se realizó la contratación al Sr. Rafael Hernan por el Ayuntamiento de Arrecife, ni verbal ni escrita, por que además no podía hacerse por su condición de funcionario, como lo demuestran las declaraciones del Alcalde Arsenio Leandro , Sonia Noelia , Carmela Evangelina , y Ana Virginia y sus certificaciones, y que también manifiestan que en el Ayuntamiento de Arrecife no existía necesidad de contratar al Sr. Rafael Hernan , manifestando Arsenio Leandro , como Alcalde, y el acusado Javier Pablo que no contrataron al Sr. Rafael Hernan . También infiere el Tribunal que tampoco se contrató al Sr. Rafael Hernan para asesorar a INALSA, pues la acusada Felisa Yolanda , que buscaba una persona con el perfil de éste, lo dejó en manos del jurídico a quien no identifica, y el acusado Leovigildo Emiliano señala que este asesor fue contratado en el mes de mayo de 2008 (concretamente el día 13), lo que no es posible dado que la primera factura presentada a cobro (f. 3066) minuta de 14 de mayo de 2008 lo era por honorarios devengados por "labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008".

El Tribunal de instancia considera que el hecho de que el acusado y ahora recurrente Sr. Rafael Hernan entregara abundante documentación, relativa a asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y de INALSA a los agentes de la UCO, que se hallaba en su poder, y la manifestación



www.civil-mercantil.com

de varios testigos de la defensa, que relatan que el acusado acudió a reuniones, en las que se presentaba como asesor del Ayuntamiento e INALSA, no acreditan ni la contratación ni la efectiva prestación de servicios al Ayuntamiento de Arrecife y a INALSA. Y que esta falta de prestación de servicios del Sr. Rafael Hernan era conocida por el acusado Felix Valentin , que lo impuso a los Concejales del Grupo Político PIL, al que pertenecían los acusados Javier Pablo , Valle Yolanda y Felisa Yolanda , así como a Geronimo Hector , contratado por ésta última, y que éstos conocían que las facturas, cuya orden de pago firmaron, no obedecía a trabajo alguno. Por lo expuesto, no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

También señala el Tribunal de instancia que esta falta de prestación de servicios del Sr. Rafael Hernan tanto al Ayuntamiento como a INALSA se ve reforzada por el hecho de que "no existe ni un solo documento, informe escrito o dictamen de ningún tipo que acredite esas labores de asesoramiento, y así lo señalan Sonia Noelia , Carmela Evangelina , Ana Virginia , Beatriz Carla o Cornelio Hector , todos ellos respecto del Ayuntamiento.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de instancia alcanzar la convicción, de ningún modo arbitraria y acorde con las reglas de la lógica y la experiencia, que refleja en el relato fáctico de la sentencia de instancia, y en base a pruebas, legítimamente obtenidas que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado.

El motivo no puede prosperar.

Segundo.

En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución .

También coincide este motivo con el segundo del anterior recurrente. Y como en aquél se denuncia la inexistencia de cadena de custodia y se hace referencia a la providencia de fecha 20 de diciembre de 2013 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife y se dice que se constata que el Secretario Judicial manifiesta que la totalidad de los discos originales así como las copias, pudieran encontrarse en el despacho del aula de formación desconociéndose el estado de la custodia y que esa cadena de custodia, de haber existido, se ha roto en diversas ocasiones tal como refleja la providencia citada de 20 de diciembre de 2013 como el informe de la Sra. Magistrada, de 29 de noviembre de 2011, dirigido al TSJ de Canarias. Se dice que no es que se trate de una deficiente custodia de los discos originales sino de la inexistencia de custodia, que es el eje principal sobre el que gira el presente motivo.

Concluye el motivo señalando, a modo de resumen, que del informe de 29 de noviembre de 2011 y de la providencia de 20 de diciembre de 2013 se infiere la falta absoluta de toda cadena de custodia y que ello lesiona derechos fundamentales y causa indefensión y en todo caso se denuncia la falta de integridad y autenticidad de los CD en los que se dice constan las conversaciones telefónicas interceptadas y se hace referencia a las fechas de entrega de Cd 102 en el Juzgado.

Como se ha dejado ya expresado, al rechazar estas mismas alegaciones realizadas por el anterior recurrente, el Tribunal de instancia da oportuna respuesta a esta cuestión de la cadena de custodia en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida y así expresa que respecto a los defectos de la custodia ni la providencia de diciembre de 2013 ni el informe anterior de la Magistrado instructora afirman la existencia de manipulación alguna, sino que señalan (y es cierto) lo inadecuado del lugar en que se encontraban los CD?s originales. Dicho sea de paso, en esa providencia y contrariamente a lo que se afirma por la defensa, no se dice



www.civil-mercantil.com

que fue en ese momento en el que los originales fueron hallados, o dicho de otra forma, que las copias ofrecidas a las partes no se efectuaron de dichos originales, sin que exista prueba que permita afirmar que las copias entregadas a las partes no se realizaron sobre dichos originales.

El Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, también se refiere a lo expresado por el Tribunal de instancia de que ni la providencia de diciembre de 2013 ni el informe anterior de la Magistrada instructora en noviembre de 2013 afirman la existencia de manipulación alguna de los CDs, sino que señalan el inadecuado sitio en el que se encontraban, tampoco se dice que en dichas fechas fueran hallados los CDs ni que las copias entregadas a las partes no lo fueran de dichos soportes y que recuerda la Sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 2014 sobre la integridad y seguridad del Sistema SITEL, añadiendo el Tribunal que las defensas no han aportado indicio alguno que permita dudar o negar que las grabaciones de los CDs son los originales, que de las mismas se expidió copia a las partes y que éstas fueron las que se oyeron en el juicio oral y coincidían con las transcripciones realizadas por la Policía, en sus oficinas. En definitiva no existe dato o elemento alguno que permita sostener que las grabaciones del sistema SITEL fueran manipuladas.

Conviene recordar sobre el sistema SITEL que las acreditaciones individualizadas a los miembros de las unidades de investigación para acceder al sistema, autorizaciones que únicamente permiten visualizar el contenido pero nunca modificarlo, son pues usuarios pasivos de la información. Y cumpliendo lo ordenado por la autoridad judicial proceden a volcar a un soporte, CD/DVD, el contenido de la intervención correspondiente, volcado que implica nueva certificación digital de cada soporte empleado con las siguientes precisiones: a) Ese volcado se realiza desde los centros remotos y utilizando los terminales del SITEL b) Se verifica de fecha a fecha, es decir, que comienza con el primer día de la intervención e incorpora la totalidad de las conversaciones y datos asociados producidos hasta la fecha que se indique al sistema, que será la señalada por el juzgado para que se le de cuenta (semanal o quincenalmente) o la necesaria para solicitar la prórroga de la intervención. C) La realización de sucesivos volcados de la intervención a los soportes CD/DVD se lleva a cabo sin solución de continuidad, enlazando los periodos temporales hasta que finaliza la intervención, de forma que los CD/DVD aportados de esta manera al Juzgado contienen íntegramente la intervención correspondiente por lo que son los soportes que han de emplear para la solicitud de la prueba, en el caso de que sea necesario, para el acto del juicio oral. Desde un equipo remoto no es posible modificar ni borrar absolutamente nada del servidor central del SITEL. El soporte DVD es el que se vuelca la intervención telefónica se trata de un soporte de solo lectura, porque así lo han acordado llevar a cabo, es decir, se trata de un soporte en el que no se puede grabar sobre el mismo. D) Las transcripciones de parte de las conversaciones no implican más que una herramienta de facilitación del trabajo al Juez. El contenido de las conversaciones y datos asociados queda íntegramente grabado en el Servidor Central del SITEL, y no es posible su borrado sin autorización judicial específica, sin que sea posible su alteración porque queda registrado en el sistema cualquier intento de manipulación y ello de forma indeleble. La aportación de los soportes CD/DVD en los que se ha volcado la información, se efectúa por los responsables de las unidades de investigación y amparadas por la intervención que realiza el funcionario policial que actúa como secretario de las mismas. E) El cualquier momento del proceso es posible la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante su contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial. Este contraste puede realizarse por el juzgado en los terminales correspondientes para acreditar su identidad con la "matriz" del servidor central.

Y esta verificación no fue solicitada en momento alguno por el recurrente. Ello, con independencia, de que en modo alguno aparece en las actuaciones indicio de manipulación de los soportes, como señala la sentencia recurrida. Los CDs fueron cotejados, como lo

www.civil-mercantil.com

demuestra el folio 5206 de la causa, y unidos a la causa en sobre cerrado como se dice en Diligencia de la Secretaria de fecha 11 de febrero de 2013, y reproducidos en el juicio oral. Respecto a las irregularidades o errores de los oficios policiales, señalados por el recurrente, el Tribunal, acertadamente, los considera errores de fecha, que en ningún caso pueden alterar la realidad de los mismos y no generadora de indefensión a las partes. Basta con examinar los oficios denunciados para comprobar la irrelevancia de dichos errores.

Por todo lo que se ha dejado expresado, el motivo no puede prosperar.

Tercero.

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo

5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad y a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, en relación a los artículos 24.1 y 2 , 18.2 y 3 , 17.1 , 9.3 y 25.1 de la Constitución .

Como el anterior recurrente, en igual motivo, en un primer apartado parece ser que se denuncia que se han incorporado a la presente causa unas Diligencias de Investigación de la Fiscalía de Area de Arrecife, con nº 15/2010 (folios 1544 y siguientes) iniciadas en virtud de denuncia formulada por D. Leoncio Braulio , incorporación que se acuerda por providencia de 20 de marzo de 2009 (folio 13.183) y se dice que el juez que firmó esa providencia no reconoce su firma y por eso se alega que se ignora la forma y el modo en que dichas diligencias de Fiscalía tuvieron acceso a los autos y que por ello se ha producido quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, causando indefensión y afectación del derecho a la presunción de inocencia y que debió ser expulsado de los autos por esa razón. Se añade que el denunciante Sr. Leoncio Braulio (folios 2668 a 2671) es ajeno a INALSA y que no podía tener en su poder esa documentación y que por ello, se dice, tiene un origen ilícito y no puede ser valorada.

En un segundo apartado se denuncia la falta de firmas y no reconocimiento por el Magistrado Sr. Romero de "numerosísimos autos y providencias", como resulta del testimonio de su escrito de fecha 14 de febrero de 2014, y se concluye señalando que ello implica la nulidad de dichas resoluciones y la vulneración de los derechos fundamentales mencionados causando indefensión.

En los apartados tercero y cuarto se cuestiona la valoración que ha hecho el Tribunal de instancia de las declaraciones de acusados y testigos, haciéndose una propia valoración de esas pruebas personales e igualmente de determinados documentos y concluye señalando que el ahora recurrente prestó los servicios que le fueron encomendados ya sea por el Ayuntamiento de Arrecife o sea por INALSA y que lo que percibió por tal cometido está justificado, por lo que se reitera que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Como se ha dejado expresado al dar respuesta a similares alegaciones planteadas por el anterior recurrente, todas estas denuncias deben ser rechazadas, pues como acertadamente señala la sentencia recurrida, respecto a la no constancia de la firma del Juez en determinados Autos y Providencias (páginas 47 y 48 de la sentencia), las defensas no han determinado la indefensión que pudo producirles dicha falta y, además, en su caso, la omisión de la firma podría haber dado lugar a declarar ineficaces dichas resoluciones, pero no la nulidad de todo el procedimiento. Añadiendo el Tribunal que dichas resoluciones no fueron recurridas. En el caso concreto, la Providencia de fecha 20 de marzo de 2010, que acordó la incorporación a la causa de las Diligencias de Investigación de Fiscalía 15/2010, es de mero trámite impulsor de la causa, no lleva la firma del juez pero sí la firma del Secretario del Juzgado y es un error



www.civil-mercantil.com

subsana. Y, por otro lado, no puede considerarse que las copias de las facturas aportadas en su denuncia en Fiscalía por el denunciante, en su calidad de Concejal electo del Ayuntamiento de Arrecife, fueran ilegítimamente obtenidas, dada la inexistencia de prueba de ello y que, además, fueron reconocidas dichas facturas como verdaderas en la causa por quien las expidió y las pagó, como se recoge en los fundamentos jurídicos catorce, quince y dieciséis de la sentencia recurrida en los que se analiza la prueba practicada a la que se ha hecho mención al examinar el primer motivo de este recurso.

El Tribunal de instancia, del examen, análisis y valoración de dichas pruebas tanto personales como documentales, indicadas en dichos fundamentos jurídicos, infiere que no se realizó la contratación al Sr. Rafael Hernan por el Ayuntamiento de Arrecife, ni verbal ni escrita, y no podía hacerse por su condición de funcionario, como lo demuestran las declaraciones del Alcalde Arsenio Leandro , Sonia Noelia , Carmela Evangelina , y Ana Virginia y sus certificaciones, y que también manifiestan que en el Ayuntamiento de Arrecife no existía necesidad de contratar al Sr. Rafael Hernan , manifestando Arsenio Leandro , como Alcalde, y el acusado Javier Pablo que no contrataron al Sr. Rafael Hernan . También infiere el Tribunal que tampoco se contrató al Sr. Rafael Hernan para asesorar a INALSA, pues la acusada Felisa Yolanda , que buscaba una persona con el perfil de éste, lo dejó en manos del jurídico a quien no identifica, y el acusado Leovigildo Emiliano señala que este asesor fue contratado en el mes de mayo de 2008 (concretamente el día 13), lo que no es posible dado que la primera factura presentada a cobro (f. 3066) minuta de 14 de mayo de 2008 lo era por honorarios devengados por "labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008". El Tribunal considera que el hecho de que el acusado Sr. Rafael Hernan entregara abundante documentación, relativa a asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y de INALSA a los agentes de la UCO, que se hallaba en su poder, y la manifestación de varios testigos de la defensa, que relatan que el acusado acudió a reuniones, en las que se presentaba como asesor del Ayuntamiento e INALSA, no acreditan , tanto la relación (contratación) como la efectiva prestación de servicios al Ayuntamiento de Arrecife y a INALSA. Y que esta falta de prestación de servicios del Sr. Rafael Hernan era conocida por el acusado Felix Valentin , que lo impuso a los Concejales del Grupo Político PIL, al que pertenecían los acusados Javier Pablo , Valle Yolanda y Felisa Yolanda , así como a Geronimo Hector , contratado por ésta última, y que éstos conocían que las facturas, cuya orden de pago firmaron, no obedecía a trabajo alguno.

Como se ha dejado expresado al examinar el primer motivo, ha existido prueba de cargo, legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia y por lo acabado de exponer, no se han vulnerado los derechos que se invocan en defensa del presente motivo, que tampoco puede ser estimado.

Cuarto.

En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal .

Se niega la concurrencia de los elementos que caracterizan el delito de prevaricación.

El recurrente reconoce que fue contratado por el Ayuntamiento de Arrecife y por la entidad INALSA mediante contrato verbal si bien dice que en los contratos menores únicamente se exige la aprobación del gasto y la adición de la factura y que en este caso se cumplió con la tramitación administrativa pertinente, sin que fuera necesario un expediente administrativo de contratación ni era necesario la formalización del contrato en documento administrativo ni era esa la práctica habitual del Ayuntamiento e INALSA y que de existir algún tipo de irregularidad formal en su contratación, que dice que no la hubo, ello no desvirtuaría el derecho al cobro ya que la administración se ha visto beneficiada por el servicio prestado.



www.civil-mercantil.com

También se defiende, como se hizo en el anterior recurso, que al referirse a la prestación de servicios por parte de un abogado se trata de un arrendamiento de servicios sujeto al derecho civil y no al administrativo, por lo que hay que excluir el delito de prevaricación administrativa.

Se dice que por lo expuesto no concurren los elementos objetivos y subjetivos del delito de prevaricación.

También coincide con las alegaciones realizadas por el anterior recurrente. Y como allí se dejó expresado, el motivo se formaliza por el cauce del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo que determina que los hechos que se declaran probados sean rigurosamente respetados y que el debate se ciña a la calificación jurídica de dichos hechos.

Y en la sentencia recurrida se declara probado, entre otros extremos, lo siguiente: Que los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , quién al tiempo de los hechos ostentaba la condición de funcionario público de la Comunidad Autónoma de Canarias, y a principios de año 2008 se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote. A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de la ascendencia que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. También se declara probado que guiados por esta finalidad, el acusado Felix Valentin en el mes de febrero de 2008 convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Rafael Hernan y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel momento gobernaba coaligado, y que en esta reunión, a la que no acudió Felix Valentin , les fue presentado a todos los Concejales Rafael Hernan a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma. Con carácter previo a esta reunión, el acusado Arsenio Leandro ya se había concertado con el entonces Concejal de Hacienda (más tarde también se haría cargo de la Concejalía de Urbanismo), el también acusado Javier Pablo , a fin de que por su parte, hiciera las gestiones oportunas para el abono de las minutas que fueran presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas ambos de que las mismas no obedecían a trabajo alguno a favor del Ayuntamiento. Accediendo Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL, tenía sobre él Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfecto conocedor Javier Pablo que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . En el relato fáctico de la sentencia se hace constar las minutas presentadas por Rafael Hernan al Ayuntamiento de Arrecife, en el año 2008 y las presentadas en el año 2009, por un total de 16.941,18 euros netos, ascendiendo la cantidad bruta a 19.746,72 euros y que el pago de las presentadas en el año 2008 "se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado Javier Pablo con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander. ." Y respecto a las minutas del año 2009, se declara probado que "(...) " la acusada Valle Yolanda , con quién Javier Pablo , atendiendo los requerimientos de Felix Valentin , se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo Javier Pablo y Valle Yolanda en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos conocedores Javier Pablo y Valle Yolanda que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . (...) Y sobre el pago de las presentadas en el año 2009, " se efectuó el 1 de abril y efectivamente transferido a la Cuenta abierta a nombre de Rafael Hernan en el Banco de Santander" , previo reconocimiento de la

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

obligación y de la orden de pago que fue firmada por los Concejales acusados Javier Pablo y Valle Yolanda el 20 de marzo de 2009. En el factum se declara probado además que: Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Javier Pablo al que se sumo, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad la acusada Valle Yolanda . Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte del Ayuntamiento de Arrecife. Y lo mismo se dice en los hechos que se declaran probados sobre las minutas presentadas a INALSA en los años 2008 y 2009, al declarar: "(...) En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno (...) . Se añade que las minutas presentadas por Rafael Hernan a INALSA, en el año 2008 y las presentadas en el año 2009, por un total de 21.882,35 euros netos, ascendiendo la cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros y que dichas minutas fueron pagadas y abonadas en la cuenta de Rafael Hernan , en el Banco de Santander, y " en todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos concedores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . (...)Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumo, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad INALSA.

La subsunción de estos hechos en un delito de prevaricación administrativa, a título de inductor, es acorde con reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, la jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa 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; en cuarto lugar, que ocasiones un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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 (SSTS 49/2010, de 4 de febrero ; 1160/2011 , de 8/11 ; 502/2012, de 8/6 y 743/2013, de 11/10 , entre otras. En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala 627/2006, de 8 de junio , 755/2007, de 25 de mayo , y 743/2013, de 11 de octubre , argumentan que las resoluciones administrativas

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art.9.3 CE , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, 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 de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTs de 23/5/98 ; 4/12/98 ; 766/99, de 18 de mayo ; y 2340/2001 , de 10 de diciembre).

Y en las Sentencias de esta Sala 657/2013, de 15 de julio , y 49/2010, de 4 de febrero , se declara, respecto al delito de prevaricación administrativa, que no basta la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, y tales condiciones aparecen cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). 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. Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa 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; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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.

En el presente caso, y en los hechos declarados probados, que se han dejado expuestos, se declara que hubo un concierto de los acusados para que el Sr. Rafael Hernan , que por su condición de funcionario público no podía contratar con otras Administraciones Públicas, obtuviera beneficios de fondos públicos, por servicios no prestados, y sin que se realizara por el Ayuntamiento de Arrecife ni por INALSA expediente alguno de contratación como asesor de pago señor, y lo que es más importante que el reconocimiento de obligación y las órdenes de pago de las minutas presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas de que no correspondían a la prestación de servicio alguno, tanto al Ayuntamiento de Arrecife como a INALSA, fueron firmadas por los Concejales del Ayuntamiento de Arrecife y por la Consejera Delegada y Gerente de INALSA en cumplimiento de dicho concierto, y con conocimiento de que las minutas no obedecían a prestación alguna. Y ello constituye el dictado de una resolución absolutamente arbitraria e injusta, contraria al ordenamiento jurídico y lesiva del



www.civil-mercantil.com

interés colectivo. Y esa falta de contratación y la inexistencia de la prestación dejan sin contenido las alegaciones que se hacen, en defensa del motivo, de que se trataba de un contrato menor y que se debería separar las cantidades abonada por distintos ejercicios y lo mismo sucede con la alegación de que su naturaleza es civil y no administrativa, cuando esa contratación no existió ni existió tampoco la prestación, siendo de dar por reproducidos los correctos razonamientos expresados en la sentencia recurrida para rechazar estas alegaciones.

El Código Penal de 1995 ha aclarado el tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa, 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 o las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (SSTS. 61/1998, de 27 de enero , 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio).

Y también se ha pronunciado esta Sala sobre el alcance del término "resolución". Así, en la 411/2013, de 6 de mayo, declara que por "resolución" se entiende todo acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Se añade que también hemos recordado que por resolución debe 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 (SSTS. 38/98 de 29.1 , 813/98 de 12.6 , 943/98 de 10.7 , 1463/98 de 24.11 , 190/99 de 12.2 , 1147/99 de 9.7 , 460/2002 de 16.3 , 647/2002 de 16.4 , 504/2003 de 2.4 , 857/2003 de 13.6 , 927/2003 de 23.6 , 406/2004 de 31.3 , 627/2006 de 8.6 , 443/2008 de 1.7 , 866/2008 de 1.12).

Pues bien, el caso actual, dados los hechos que se declaran probados, concurren los requisitos expuestos y constituye un ejemplo paradigmático en el 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 a los intereses generales de la Administración Pública, en un injustificado ejercicio de abuso de poder. Constituye, en consecuencia, un caso claro de arbitrariedad, en el sentido de acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.

En cuanto al elemento subjetivo "a sabiendas" que exige el tipo del delito de prevaricación, se infiere perfectamente del relato fáctico de la sentencia recurrida al describirse el acuerdo alcanzado entre todos los acusados, quienes conocían que se realizaron los pagos sin prestación de servicio alguno.

También se rechaza la comisión del delito de prevaricación esgrimiendo como argumento que carece de la condición de funcionario o autoridad.

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 ; 303/2013, de 26-3 ; y 773/2014, de 28 de octubre). Y ello es lo que ha sucedido en el presente caso, ya que el ahora recurrente ha sido condenado como inductor de dos delitos continuados de prevaricación respecto a resoluciones arbitrarias dictadas por quienes si eran funcionarios públicos.

Respecto a la inducción, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 787/2013, de 23 de octubre , que la inducción consiste en hacer nacer en otro la resolución criminal. El inductor es quien determina al autor a la comisión de un hecho delictivo creando en él la idea de realizarlo. La inducción debe ser directa y terminante, referida a una persona y a una acción determinada. Por ello la inducción es la creación del dolo en el autor principal mediante un influjo síquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de una acción delictiva determinada.



www.civil-mercantil.com

Y en los hechos que se declaran probados queda perfectamente descrito que el ahora recurrente, puesto de acuerdo con el también acusado Felix Valentin , aprovechándose de la ascendencia que éste último tenía sobre los otros acusados, se les determinó e hizo nacer en ellos la resolución criminal, resolución que nunca hubiese surgido de no ser por la instigación acordada entre Felix Valentin y el ahora recurrente.

Su no condición de funcionario del Ayuntamiento de Arrecife ha sido tenida en cuenta por el Tribunal de instancia para aplicar el apartado 3º del artículo 65 del Código Penal .

No se ha producido la infracción legal denunciada y el motivo debe ser desestimado.

Quinto.

En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 404 y 432 del Código Penal .

Se dice, en defensa del motivo, que la apreciación de los delitos por los que ha sido condenado pasan por acreditar que la entidad INALSA era en los años 2008 y 2009 Administración Pública y se niega que la sociedad anónima de Aguas de Lanzarote, en anagrama INALSA, sea administración pública ni su consejera delegada ni el gerente son funcionarios o autoridad pública, por lo que no pueden ser sujetos activos del artículo 432 del Código Penal . También se alega que no figura en la causa cual era la distribución del capital social de INALSA en los años 2008 y 2009 y que no está acreditado que fuese una entidad 100% de titularidad pública, integrante de la Administración y sometida a las normas de contratación previstas en la Ley 30 /2007.

La estimación parcial del quinto de los motivos formalizado por el anterior recurrente debe apreciarse igualmente respecto a Rafael Hernan por lo que debe excluirse la condena por delito continuado de malversación de caudales públicos en relación a la entidad INALSA.

En consecuencia, al denunciarse infracción legal por la aplicación de los delitos continuados de prevaricación y malversación de caudales públicos la respuesta debe ceñirse a los delitos de prevaricación, tanto respecto a las conductas relacionadas con el Ayuntamiento de Arrecife como con la entidad INALSA, y al delito continuado de malversación de caudales públicos si bien limitado a las conductas que se declaran probadas en relación al Ayuntamiento de Arrecife.

El motivo, en relación al delito de prevaricación, es una reiteración del cuarto motivo formalizado por el ahora recurrente, por lo que debe darse por reproducido lo allí expresado para rechazar la denuncia de la misma infracción legal, si bien debe darse respuesta a las alegaciones que se hacen en el presente motivo en las que se niega que la acusada Felisa Yolanda fuese funcionario público y lo mismo se niega respecto al acusado Leovigildo Emiliano como también se rechaza que la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A. (INALSA) fuese administración pública.

Como se ha dejado antes expuesto, al examinar anteriores motivos, en los hechos que se declaran probados, entre otros extremos, se dice que guiados por el idéntico ánimo de lucro los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , buscaron una segunda fuente de ingresos para el segundo, provenientes de fondos públicos, en este caso de la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa). Dicha sociedad tiene como objeto social, la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo Órgano soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote".

Sociedad que fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por El Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haria, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza para la

**CEF.-****Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

instalación y gestión de los servicios de interés local. Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta La Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones Locales. La Consejera Delegada de dicha entidad era la acusada Felisa Yolanda , miembro del PIL, cargo para el que fue nombrada en la sesión del Consejo de Administración de Inalsa de 16 de julio de 2007, acuerdo elevado a escritura pública el 1 de agosto de 2007, habiendo contratado dicha Consejera Delegada como Gerente de Inalsa al acusado Leovigildo Emiliano en virtud de contrato de fecha 8 de mayo de 2008. En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno. De esta manera Rafael Hernan presentó al cobro en Inalsa durante el año 2008 las siguientes minutas: Minuta de fecha 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008. Minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009. Y durante el año 2009 el mismo acusado presentó al cobro las siguientes minutas: Minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009. Minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento tanto de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno, y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . En todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos concededores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . Como consecuencia de la actuación de los cuatro acusados, Rafael Hernan recibió de manera indebida de la entidad Inalsa la cantidad neta de 21.882,35 euros, ascendiendo la cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumó, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de



www.civil-mercantil.com

servicios prestados a la entidad Inalsa. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte de la entidad Inalsa.

De relato fáctico que acaba de ser expuesto se infiere que los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano, cuando estaban en el ejercicio de sus funciones como Consejera Delegada y Gerente, respectivamente, actuaban como funcionarios públicos y que la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A. (INALSA) era una administración pública.

Al analizar la condición de funcionario público, a efectos penales, tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 149/2015, de 11 de marzo y 1590/2003, de 22 de abril, que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP (con anterioridad art. 119 CP 1973), conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo". Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos (STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002)". Se añade en la Sentencia

**CEF.-****Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

primeramente citada que de manera más reciente se mantiene esta misma doctrina en la STS 421/14, de 16 de mayo , en la que se expresa que "Sobre el concepto penal de funcionario público aplicable a supuestos similares al que aquí se dilucida, se remiten las sentencias de esta Sala 186/2012, de 14 de marzo y 166/2014, de 28 de febrero , entre otras, a la 1.590/2003, de 22 de abril de 2004 , en la que se afirma que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 del C. Penal , conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS 68/2003, de 27 de enero). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS 2059/2002, de 4 de diciembre), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 37/2003, de 22 de enero y 1952/2000, de 19 de diciembre), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico- política, acorde con un planteamiento político- criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo. Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas - prosigue argumentando la STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 - tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). Apoyándose en lo anterior, se matiza en la sentencia 166/2014, de 28 de febrero , que el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas. No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública,



www.civil-mercantil.com

aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material".

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta, al caso que examinamos en el presente recurso, resulta evidente que la acusada Felisa Yolanda y el acusado Leovigildo Emiliano, la primera en su condición de Consejera Delegada y el segundo en su condición de Gerente, eran funcionarios públicos, tanto por las funciones desarrolladas, como por sus respectivos nombramientos, como igualmente la entidad INALSA participaba en el ejercicio de funciones públicas, pues sus funciones incluían el ejercicio de potestades públicas en cuanto se declara probado que la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA) tiene como objeto social la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo Órgano soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la

Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote y que esa Sociedad fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por el Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Tegui, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local, Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta La Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio.

Por último, completando lo expresado en el anterior motivo sobre el delito de prevaricación administrativa, es oportuno recordar que en la Sentencia citada 149/2015, de 11 de marzo, también se declara que los requisitos de la prevaricación, en los supuestos de empresas de capital público, son los siguientes: 1º) a la condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública;

2º) a que éste sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo; 3º) a que dicha resolución sea arbitraria, en el sentido de que se trate de un acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho 4º) a que se dicte en un asunto administrativo, es decir en una fase del proceso de decisión la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos, de publicidad y concurrencia; y 5º) "a sabiendas de la injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable. Se añade en esa Sentencia que el sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y que la Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: " Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios ". Se sigue diciendo que el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo dio una nueva redacción a esta regla: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades



www.civil-mercantil.com

mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia expresada, resulta evidente que los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano actuaron como funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones de Consejera Delegada y Gerente, respectivamente, en una entidad que se integra en la administración pública y con unas conductas que cumplen cuantos requisitos se han dejado expuestos para que exista el delito de prevaricación.

Por todo lo expuesto, no se ha producido infracción legal y el motivo debe ser desestimado.

Sexto.

En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º (sic) del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 404 y 432, ambos del Código Penal.

Tras recordar, una vez más, los hechos que se declaran probados, se reitera lo expresado en el motivo anterior de que la apreciación de estos delitos contra la Administración pasan por acreditar que la entidad INALSA era en los años 2008 y 2009 Administración Pública.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar el anterior motivo, el presente motivo debe correr la misma suerte desestimatoria.

Séptimo.

En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 432 del Código Penal.

El recurrente recuerda que en los hechos probados se dice que D. Felix Valentin se concertó con D. Javier Pablo, concejal de Hacienda y luego, además, concejal de Urbanismo, a fin de que por parte de éste se hicieran las gestiones oportunas para el abono de las minutas presentadas por el ahora recurrente contra el Ayuntamiento de Arrecife, a sabiendas de que no obedecían a trabajo alguno a su favor, a lo que accedió D. Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL tenía sobre él Felix Valentin.

En lo que se refiere al tema INALSA se declara probado que en ejecución del plan preconcebido, D. Felix Valentin, valiéndose de su ascendencia sobre Felisa Yolanda, en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que fueran abonadas al ahora recurrente las minutas frente a esta librada por aquél, aun cuando las mismas no se correspondían con trabajo alguno.

Y se alega, en defensa del motivo, que D. Javier Pablo, Concejal de Hacienda del Ayuntamiento de Arrecife, no estaba en posesión de los caudales públicos ni podía disponer de ellos, en tanto que su sola firma no habilitaba el pago de las minutas libradas por el ahora recurrente por los servicios prestados, siendo necesaria la firma del Interventor Municipal, que en efecto fue la que dio lugar a estos pagos y, además, ese Interventor no hizo informe alguno de ilegalidad del pago y que ello es extrapolable a lo sucedido en INALSA y se reitera que el recurrente realizó los servicios que le fueron encomendados y de ahí la legalidad del pago sin que consta tampoco que INALSA emitiera informe desfavorable al pago.

Por todo ello se entiende que los hechos no son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Ya se ha dado respuesta, al examinar el quinto motivo formalizado por el anterior recurrente, a la misma alegación que se hace en defensa del presente motivo. Y allí se dejó expresado que, en relación al Ayuntamiento de Arrecife, en el relato fáctico se declara que los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , quién al tiempo de los hechos ostentaba la condición de funcionario público de la Comunidad Autónoma de Canarias, y a principios de año 2008 se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote. A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de las ascendencia que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. A su vez Felix Valentin era perfecto conocedor de las influencias que el Rafael Hernan , en atención a los cargos desempeñados en el Gobierno de Canarias, y que las mismas le podían reportar beneficios en su situación penitenciaria, habiendo realizado, efectivamente, el acusado gestiones para la consecución del tercer grado penitenciario a Felix Valentin . En concreto Rafael Hernan ostentaba la condición de funcionario del Grupo A Subgrupo A.1 del Cuerpo Superior de Administradores de la Escala de Administradores Generales entre el 18 de julio de 2003 y el 20 de octubre de 2008 ocupó el puesto de Jefe de Sección de Cajas de Ahorro de Canarias de la Dirección General del Tesoro y Política financiera y entre el 29 de octubre de 2008 y 24 de febrero de 2010 ocupó un puesto singularizado en la Unidad de Apoyo al Viceconsejero de Justicia de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias. Guiados por esta finalidad, el acusado Felix Valentin en el mes de febrero de 2008 convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Rafael Hernan y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel momento gobernaba, coaligado, en esta reunión, a la que no acudió Felix Valentin , les fue presentado a todos los Concejales Rafael Hernan a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma. Con carácter previo a esta reunión, el acusado Felix Valentin ya se había concertado con el entonces Concejal de Hacienda (más tarde también se haría cargo de la Concejalía de Urbanismo), el también acusado Javier Pablo , a fin de que por su parte, hiciera las gestiones oportunas para el abono de las minutas que fueran presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas ambos de que las mismas no obedecían a trabajo alguno a favor del Ayuntamiento. Accediendo Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL, tenía sobre él Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfecto conocedor Javier Pablo que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . En ejecución de estos acuerdos y durante el año 2008 el acusado Rafael Hernan presentó las siguientes minutas: 14 marzo, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes marzo, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 26 de mayo. 14 abril, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes abril 2008, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 7 de agosto. 14 de mayo, concepto minuta servicios de colaboración y asesoramiento mes mayo de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto. 14 de junio, concepto minuta servicio de colaboración y asesoramiento mes junio de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto. El pago de dichas minutas se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado Javier Pablo con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan , al que se sumó, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad el acusado Javier Pablo . Siendo plenamente conscientes los tres acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife. A continuación, en los hechos declarados probados se dice: Guiado por idéntico propósito y en ejecución del plan diseñado previamente, el acusado Rafael Hernan presentó en el año 2009 las siguientes minutas: 14 de enero, concepto colaboración y asesoramiento mes enero 2009, importe neto 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo. 14 de febrero, colaboración y asesoramiento mes febrero 2009, importe 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo, fecha orden de pago, 20/03/2009 realización del pago 01/04/2009. Como quiera que en las minutas figuraban labores de asesoramiento por parte del Javier Pablo se entendió que debía vincularse también a la Concejalía de personal, a cargo de la acusada Valle Yolanda , con quién Javier Pablo , atendiendo los requerimientos de Felix Valentin , se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo Javier Pablo y Valle Yolanda en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos conocedores Javier Pablo y Valle Yolanda que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . De esta manera con fecha 20 de marzo y por parte de los Concejales acusados, se rubrico tanto el reconocimiento de la obligación como la orden de pago. El pago de dichas minutas se efectuó el 1 de abril y efectivamente transferido a la Cuenta abierta a nombre de Rafael Hernan en el Banco de Santander. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Javier Pablo al que se sumó, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad la acusada Valle Yolanda . Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte del Ayuntamiento de Arrecife. Como consecuencia de la actuación de los cuatros acusados, Rafael Hernan recibió de manera indebida del Ayuntamiento de Arrecife la cantidad neta de 16.941,18 euros, ascendiendo la cuantía bruta abonada a 19.746,72 euros.

En este relato fáctico se describen cuantos elementos caracterizan a un delito continuado de malversación de caudales públicos, cometido por inducción por el ahora recurrente, acorde con la jurisprudencia de esta Sala a la que antes se ha hecho referencia.

Queda perfectamente acreditado, y así se refleja en los hechos declarados probados, que el acusado Javier Pablo era funcionario público que participaba en el ejercicio de funciones públicas, a quien el ahora recurrente, de acuerdo con el coacusado Felix Valentin , sometió a un influjo psíquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de la acción delictiva; queda igualmente acreditado y consta en el relato fáctico que Javier Pablo , en sus funciones de Concejal de Hacienda, tenía facultad decisoria sobre los caudales públicos, facultad que ejerció y determinó el desplazamiento a favor del acusado Rafael Hernan de las



www.civil-mercantil.com

sumas de dinero que se indican en ese relato, siendo bien esclarecedora la declaración del coacusado Javier Pablo quien manifestó, como consta en la sentencia recurrida, que autorizó los pagos porque Felix Valentin así lo quiso, que el pago se hacía previo reconocimiento del crédito y sin que existiera ningún reparo por parte del Interventor del Ayuntamiento y también es esclarecedora la declaración de la Interventora accidental del Ayuntamiento de Arrecife quien manifiesta, como consta en la sentencia recurrida al folio 97, que eran firmas necesarias para el pago la del Concejal de Hacienda y el Interventor; tampoco plantea cuestión que esas sumas de dinero entregadas al coacusado Sr. Rafael Hernan constituían caudales públicos, al estar integrados en los bienes propios del Ayuntamiento de Arrecife; e igualmente queda acreditado y así se declara probado que esas sumas de dinero fueron entregadas al Sr. Rafael Hernan quien se apropió de ellas sin ánimo de reintegro.

Concurren, por consiguiente, cuantos elementos caracterizan el delito continuado de malversación de caudales públicos apreciado en la sentencia recurrida, por lo que no se ha producido la infracción legal denunciada respecto a estas conductas relacionadas con el Ayuntamiento de Arrecife.

Respecto al delito de malversación de caudales públicos en relación a la entidad INALSA, como se dejó expresado al dar respuesta a ese mismo motivo formalizado por el acusado Felix Valentin, no concurren todos los requisitos necesarios para apreciar ese delito que no puede apreciarse en relación a las conductas que se describen en el ámbito de esa entidad.

Es de dar por reproducido lo que se dejó allí expresado para rechazar el delito de malversación en relación a la entidad INALSA y con este alcance, el motivo debe ser parcialmente estimado.

Octavo.

En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 392.1, en relación con el artículo 390.1.2ª, ambos del Código Penal.

Se rechaza que los hechos que se declaran probados sean constitutivos de delito de falsedad de documento mercantil ya que entiende que sólo tendrán naturaleza mercantil las facturas que reflejen actos de comercio, es decir, los actos propios de quienes se dedican al comercio de manera habitual y los actos de las compañías mercantiles y el ahora recurrente no es un comerciante que realice actos de comercio sino un profesional que presta servicios profesionales, por lo que las facturas que emite para el cobro de sus servicios no son documentos mercantiles.

Ciertamente, el ahora recurrente fue acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, entre otros delitos, como consta en los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, como autor de un delito continuado de falsificación de documento mercantil tipificado en los artículos 392 y 390.1.2º del Código Penal.

Sobre el concepto de documento mercantil se han pronunciado sentencias de esta Sala, así en la Sentencia 135/2015, de 17 de febrero, se declara que es conocida la inexistencia de un concepto legal de documento mercantil lo que ha suplido la jurisprudencia con un análisis casuístico y en ese sentido la Sentencia 111/2009 de 10 de febrero, con cita en la Sentencia 900/2006, de 22 de setiembre, señala que "son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades".



www.civil-mercantil.com

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, se declara probado, entre otros extremos, que en ejecución de estos acuerdos y durante el año 2008 el acusado Rafael Hernan presentó, ante el Ayuntamiento de Arrecife, las siguientes minutas: 14 marzo, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes marzo, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 26 de mayo. 14 abril, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes abril 2008, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 7 de agosto. 14 de mayo, concepto minuta servicios de colaboración y asesoramiento mes mayo de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto. 14 de junio, concepto minuta servicio de colaboración y asesoramiento mes junio de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno.

También se declara probado que Rafael Hernan presentó al cobro en Inalsa durante el año 2008 las siguientes minutas: Minuta de fecha 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008. Minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009. Y durante el año 2009 el mismo acusado presentó al cobro las siguientes minutas: Minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009. Minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009.

Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno.

Consta, por consiguiente, en el relato fáctico, que las minutas cobradas por el ahora recurrente lo fueron en pago de honorarios de letrado por asesoramiento y colaboración, nada se dice que lo hubieran sido por operaciones de comercio, obligaciones de naturaleza mercantil o producidas en el ámbito de una empresa mercantil, lo que impide considerar que estemos antes documentos mercantiles, cuya falsedad es lo que ha sido objeto de acusación y condena por el Tribunal de instancia.

Así las cosas, los hechos que se declaran probados no permiten apreciar el delito continuado de falsedad en documento mercantil, como se ha hecho por el Tribunal de instancia.

Se ha producido la infracción legal denunciada y el motivo debe ser estimado.

Noveno.

En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 a) en relación a los artículos 432 y 404, todos del Código Penal.



www.civil-mercantil.com

Se alega en defensa del motivo que en los hechos que se declaran probados no concurre la inducción (o cooperación) del ahora recurrente a D. Felix Valentin para que éste, a su vez, indujera sobre los demás, primero, porque todos lo niegan, salvo D. Javier Pablo y, segundo, porque no se dan los presupuestos legales requeridos ya que la existencia recurrida carece de la debida motivación, sin que conste influjo psíquico en ninguno de los otros acusados, declarados autores materiales de los hechos, por lo que no cabe la inducción atribuida al ahora recurrente.

El ahora recurrente ha sido condenado como autor por inducción de los delitos continuados de prevaricación y malversación de caudales públicos, y ello viene sustentado por los hechos que se declaran probados, que deben ser rigurosamente respetados, en los que se dice, entre otras cosas, que los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote. A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de las ascendencia que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos.

Es de dar por reproducido lo que ya se dejó expresado sobre la doctrina de esta Sala cuando participa quien no es funcionario en un delito especial y así recordamos que tiene declarado esta Sala de forma reiterada que el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser participe en un delito de prevaricación, como igualmente en un delito de malversación de caudales públicos, cometido 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 ; 303/2013, de 26-3 ; y 773/2014, de 28 de octubre). Y ello es lo que ha sucedido en el presente caso. Y asimismo recordamos la Sentencia de esta Sala 787/2013, de 23 de octubre , en la que se declara que la inducción consiste en hacer nacer en otro la resolución criminal. El inductor es quien determina al autor a la comisión de un hecho delictivo creando en él la idea de realizarlo. La inducción debe ser directa y terminante, referida a una persona y a una acción determinada. Por ello la inducción es la creación del dolo en el autor principal mediante un influjo síquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de una acción delictiva determinada. Y en los hechos que se declaran probados queda perfectamente descrito que el ahora recurrente se concertó con el coacusado Felix Valentin , aprovechándose de la ascendencia que este último tenía sobre los demás acusados, para hacer nacer en ellos la resolución criminal, resolución que nunca hubiese surgido de no ser por la instigación realizada por el ahora recurrente y por Felix Valentin .

Su no condición de funcionario ha sido tenida en cuenta por el Tribunal de instancia para aplicar el apartado 3º del artículo 65 del Código Penal .

Por lo expuesto, no se ha producido la infracción legal denunciada y el presente motivo no puede prosperar.

Décimo.

En el décimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación al artículo 24 de la Constitución y al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.6 con relación a los artículos 66.1.2 y 70.1.2, todos del Código Penal .



www.civil-mercantil.com

Con carácter subsidiario a los demás motivos y para el supuesto de que no prosperan se solicita la rebaja en dos grados de las penas por dilaciones indebidas.

Se señala que la pieza a la que corresponde la presente causa permaneció paralizada sin aparente investigación desde el 28 de abril de 2010 al 15 de diciembre de 2011 (folios 1528 y 156 según sentencia) y que transcurrieron siete meses desde el último escrito de defensa y el dictado del Auto de admisión de pruebas.

Coincide con el motivo del anterior recurrente, en el que se hacen las mismas alegaciones, por lo que se da por reproducido lo que ya se ha dejado expresado para rechazar dicho motivo.

Este motivo tampoco puede prosperar.

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSADA DOÑA Valle Yolanda PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la defensa causante de indefensión, con relación al artículo 24.2 de la Constitución.

Se dice producida vulneración del derecho de defensa por el hecho de que el día anterior al inicio de las sesiones del juicio oral se dio traslado a las partes de la llegada de diversos documentos procedentes del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife sin que las partes acusadoras ni las defensas lo hubieran solicitado previamente y que cuando se formuló el escrito de defensa no se dio traslado de la causa de forma completa, habiéndose incorporado documento en fecha posterior.

En concreto se hace referencia a la documentación que fue remitida por el Juzgado a la Sección Sexta de la Audiencia consistente en 14 tomos de documentos que debieron ser expulsados del procedimiento porque ninguna parte lo había solicitado o acordar la retroacción de las actuaciones al momento de formular escrito de defensa, lo que fue solicitado al inicio del juicio oral lo cual fue desestimado.

Se añade que también con fecha 22 de septiembre de 2014 tuvo entrada en la Sección de la Audiencia Provincial de las Palmas de oficio remitido por la Sra. Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife en el que remitió testimonio del precinto nº 4202 cuando tampoco el documento al que se refiere fue acordada su incorporación en el Auto de 10 de febrero de 2012.

Por último también se dice afectado el derecho de defensa al no habersele entregado las actuaciones por medio de original o fotocopia en el momento en que la ley prevé dicho trámite lo que hubiera permitido su examen sin las limitaciones de espacio y tiempo que supone el hacerlo en sede judicial.

Las plurales alegaciones, en defensa del presente motivo, tienen como abrazadera común, la invocada vulneración del derecho a la defensa causante de indefensión.

Como acertadamente se señala por el Ministerio Fiscal, en su impugnación del presente motivo, la indefensión supone la efectiva y real privación del derecho de defensa y no basta con una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, como es exponente su Sentencia de 24 de enero de 1995 en la que se declara que una deficiencia procesal no puede producir indefensión si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías "en relación con algún interés" de quien lo invoca (STC 90/1988). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 y 314/1994, de 28 noviembre). Por ello hemos hablado siempre de indefensión "material".



www.civil-mercantil.com

Y esa indefensión material no se ha producido en el presente caso en relación a las alegaciones efectuadas en defensa del motivo.

El Tribunal de instancia, en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, rechaza correctamente que se hubiera producido indefensión por el retraso en el traslado a las partes de la prueba documental reseñada en la Diligencia de ordenación de la Secretaría del Juzgado de Instrucción nº 5 de Lanzarote de 29/9/2014, pues es totalmente inocua a los efectos del pleito y nada afecta al resultado del mismo. Se trata de una documental que aparece reseñada en el Acta de Entrada y Registro en el domicilio de Felix Valentin y que estuvo a disposición de las partes, pese a que no fue entregada hasta el día antes al comienzo del juicio, que comenzó el 16/10/2014 y acabó el 5/12/2014, en jornadas no consecutivas, y durante dicho tiempo pudieron ser examinados dichos documentos por las partes y articular la defensa en base a ellos. Sin embargo, durante el juicio, ni las acusaciones ni las defensas realizaron preguntas a los acusados a los acusados o testigos sobre dichos documentos, ni las conclusiones definitivas de las acusaciones se basaron en los mismos y el Tribunal, según su pronunciamiento, no los tuvo en cuenta como prueba de cargo, para fundamentar la sentencia condenatoria recurrida.

En conclusión no ha habido indefensión real por el retraso en la entrega de los documentos mencionados.

Y resulta evidente que tampoco se ha producido indefensión material por la incorporación de oficio remitido por la Sra. Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife referido al testimonio de un determinado precinto, ni por la falta de entrega de los originales o copia de los miles de folios de las actuaciones cuando estaban a la disposición de las defensas en la sede del Tribunal.

No se ha producido la vulneración constitucional denunciada y el motivo debe ser desestimado.

Segundo.

En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, causando indefensión, con relación al artículo 24 y 24.2 de la Constitución.

Se dicen producidas tales vulneraciones afirmándose que " todas las resoluciones y diligencias que se produjeron constantes el secreto del sumario no se ajustan a la verdad ".

Se añade que se decretó el secreto del sumario con fecha 6 de junio de 2008 (folio 9 de las actuaciones) y de dichas diligencias previas 697/2008 se desglosó la presente causa mediante Auto de 10 de febrero de 2012 (folio 1), permaneciendo bajo el secreto del sumario hasta que el mismo fue alzado por Auto de 4 de mayo de 2012 (folio 1696 de las actuaciones) por lo que permaneció bajo secreto durante cuatro años.

La Magistrada que se hizo cargo en segundo lugar de la instrucción de la causa emite informe con fecha 29 de noviembre de 2011 dirigido al Tribunal Superior de Justicia de Canarias (folio 523 del rollo de Sala) y que de dicho informe se destaca que fueron necesarias 16 horas para analizar el estado en que se encontraba materialmente el procedimiento, descubriendo una serie de irregularidades en la organización y formación de la causa, comprobándose que más de la mitad de los 64 tomos que conforman la causa principal, junto con los 7 de situación personal no se encuentran numerados ni foliados, además de desordenados. Que no se ha dado el correspondiente traslado al Ministerio Fiscal de ninguna resolución, actuación o informe y que se constata multitud de resoluciones carentes de firma de juez y secretario.



www.civil-mercantil.com

También se denuncia que en las actuaciones obran los Cds numerados como 102, 113 a 119, 133 a 136, 156 a 158 y el 162 y que tiene unos archivos que si se da al botón derecho del ratón del ordenador aparece una pestaña en la que aparece la fecha en la que se grabó cada uno de los audios en el Cd y se dice que los Cds 102 y 103 se grabaron el 11 de marzo de 2009 en Madrid y se alega que imposible que con fecha 9 de marzo pudiera dictarse una providencia en la que se tenía por aportado dicho Cds como tampoco es posible que el oficio de la UCO aportado por el MF en el trámite de cuestiones previas tuviera entrada el mismo 9 de marzo de 2009 tal como consta en el sello estampado por el Juzgado nº 5 y se dice que ese baile de fechas que también se ha producido en otros Cds era porque si no se hacía así no cuadraban las fechas de los Autos de interceptación de las conversaciones, de prórrogas, los Autos de secreto y los autos de detención.

De todo ello, se concluye, resulta patente el descontrol judicial de la causa que aboca a la declaración de nulidad de lo actuado por haberse vulnerado el derecho a un procedimiento con todas las garantías, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva.

Como se ha dejado expresado al dar respuesta a similares denuncias presentadas por el primer recurrente, el Tribunal de instancia ofreció respuesta a estas alegaciones señalando que ni la Providencia de diciembre de 2013 ni el informe anterior de la Magistrada instructora en noviembre de 2013 afirman la existencia de manipulación alguna de los CDs, sino que señalan el inadecuado sitio en el que se encontraban, tampoco se dice que en dichas fechas fueran hallados los CDs ni que las copias entregadas a las partes no lo fueran de dichos soportes y que recuerda la Sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 2014 sobre la integridad y seguridad del Sistema SITEL, añadiendo el Tribunal que las defensas no han aportado indicio alguno que permita dudar o negar que las grabaciones de los CDs son los originales, que de las mismas se expidió copia a las partes y que éstas fueron las que se oyeron en el juicio oral y coincidían con las transcripciones realizadas por la Policía, en sus oficios. En definitiva no existe dato o elemento alguno que permita sostener que las grabaciones del sistema SITEL fueran manipuladas.

Y también da respuesta el Tribunal de instancia a la denuncia de que no consta la firma del Juez en determinados Autos y Providencias (pag. 47 y 48 de la sentencia), señalando que las defensas no han determinado la indefensión que pudo producirles dicha falta y, además, en su caso, la omisión de la firma podría haber dado lugar a declarar ineficaces dichas resoluciones, pero no la nulidad de todo el procedimiento. Añadiendo el Tribunal que dichas resoluciones no fueron recurridas. En el caso concreto, la Providencia de fecha 20 de marzo de 2010, que acordó la incorporación a la causa de las Diligencias de Investigación de Fiscalía 15/2010, es de mero trámite impulsor de la causa, no lleva la firma del juez pero sí la firma del Secretario del Juzgado y es un error subsanable. Y, por otro lado, no puede considerarse que las copias de las facturas aportadas en su denuncia en Fiscalía por el denunciante, en su calidad de Concejal electo del Ayuntamiento de

Arrecife, fueran ilegítimamente obtenidas, dada la inexistencia de prueba de ello y que, además, fueron reconocidas dichas facturas como verdaderas en la causa por quien las expidió y las pagó, como se recoge en los fundamentos jurídicos catorce, quince y dieciséis de la sentencia recurrida en los que se analiza la prueba practicada.

Es de dar por reproducido lo expresado al examinar el anterior motivo. La indefensión supone la efectiva y real privación del derecho de defensa y no basta con una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión.

Y como se señala por el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, en ningún caso se ha producido irregularidad procesal de tal magnitud que haya producido indefensión a las partes. Estas alegadas nulidades ya fueron acertadamente rechazadas por el Tribunal de instancia, al ser planteadas como cuestiones previas al inicio del juicio oral, al considerar que respecto a la no constancia de la firma del juez en determinados Autos y Providencias (pag 47 y 48



www.civil-mercantil.com

sentencia) las defensas no han determinado la indefensión que pudo producirles dicha falta y además, en su caso, la omisión de la firma podría haber dado lugar a declarar ineficaces dichas resoluciones pero no la nulidad de todo el procedimiento. Añadiendo el Tribunal que dichas resoluciones no fueron recurridas. Y respecto a las irregularidades o errores en los oficios policiales, señalados por la recurrente, el Tribunal, acertadamente, los considera errores de fechas que en ningún caso puede alterar la realidad de los mismos y no generadora de indefensión a las partes. Basta con examinar los oficios denunciados para comprobar la irrelevancia de dichos errores.

Respecto a la duración de la decisión del instructor de mantener el secreto de las actuaciones, es de recordar lo que ya se expuso con anterioridad de que el presente procedimiento constituye la Pieza Separada nº 8 cuya formación fue acordada por Auto de fecha 10 de febrero de 2012 y que fue en el Auto de fecha 4 de mayo de 2012, es decir menos de tres meses después, cuando se alzó el secreto de las actuaciones, dándose vista a las partes, que pudieron solicitar las diligencias de prueba que estimaron pertinentes.

No se han producido las vulneraciones de derechos fundamentales denunciados y el motivo debe ser desestimado.

Tercero.

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 432 del Código Penal.

Se niega la existencia de un delito de malversación de caudales públicos afirmándose que la ahora recurrente no tenía facultad material ni jurídica para disponer de los bienes que se dicen malversados ni tenía conocimiento de que con su acción produjera un perjuicio a las arcas municipales. Y añade que en relación a las minutas de 2009 por importe de 7.411,76 euros (que son la únicas en las que se atribuye participación a la recurrente) se ha probado que los trabajos contratados han sido realizados (testigos Covadonga Remedios y Leoncio Braulio). Se realiza a continuación una propia valoración de la prueba discrepante de la realizada por el Tribunal de instancia.

Es de reiterar lo que se dejó expresado al examinar el quinto motivo formalizado por el coacusado Felix Valentin y procede recordar que esta Sala tiene declarado (cfr. Sentencias 797/2015, de 24 de noviembre y 1051/2013, de 26 de septiembre) que el delito de malversación de caudales públicos tiene como presupuestos: a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales públicos han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero ; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos (STS310/2003, de 7 de marzo).

Como se ha dejado expresado al examinar otros motivos, dado el cauce procesal esgrimido, debe partirse del más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia recurrida.

En relación al Ayuntamiento de Arrecife, a cuyo ámbito se limita la actuación de la ahora recurrente, en el relato fáctico se declara, entre otros extremos, que los acusados Felix

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Valentin y Rafael Hernan , a principios de año 2008 se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote. A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de las ascendencia que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. Guiados por esta finalidad, el acusado Felix Valentin en el mes de febrero de 2008 convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Rafael Hernan y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel momento gobernaba, coaligado, en esta reunión, a la que no acudió Felix Valentin , les fue presentado a todos los Concejales Rafael Hernan a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma. Con carácter previo a esta reunión, el acusado Felix Valentin ya se había concertado con el entonces Concejal de Hacienda (más tarde también se haría cargo de la Concejalía de Urbanismo), el también acusado Javier Pablo , a fin de que por su parte, hiciera las gestiones oportunas para el abono de las minutas que fueran presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas ambos de que las mismas no obedecían a trabajo alguno a favor del Ayuntamiento. Accediendo Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL, tenía sobre él Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfecto conocedor Javier Pablo que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . En ejecución de estos acuerdos y durante el año 2008 el acusado Rafael Hernan presentó las siguientes minutas: 14 marzo, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes marzo, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 26 de mayo. 14 abril, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes abril 2008, importe neto 2.647,06, fecha registró intervención 7 de agosto. 14 de mayo, concepto minuta servicios de colaboración y asesoramiento mes mayo de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto. 14 de junio, concepto minuta servicio de colaboración y asesoramiento mes junio de 2008, importe neto 3.008,26, fecha registró intervención 11 de agosto. El pago de dichas minutas se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado Javier Pablo con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan , al que se sumó, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad el acusado Javier Pablo . Siendo plenamente conscientes los tres acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife. A continuación, en los hechos declarados probados se dice: Guiado por idéntico propósito y en ejecución del plan diseñado previamente, el acusado Rafael Hernan presentó en el año 2009 las siguientes minutas: 14 de enero, concepto colaboración y asesoramiento mes enero 2009, importe neto 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo. 14 de febrero, colaboración y asesoramiento mes febrero 2009, importe 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo, fecha orden de pago, 20/03/2009 realización del pago 01/04/2009. Como quiera que en las minutas figuraban labores de asesoramiento por parte del Javier Pablo se entendió que debía



**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

vincularse también a la Concejalía de personal, a cargo de la acusada Valle Yolanda , con quién Javier Pablo , atendiendo los requerimientos de Felix Valentin , se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo Javier Pablo y Valle Yolanda en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Felix Valentin , y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos conocedores Javier Pablo y Valle Yolanda que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . De esta manera con fecha 20 de marzo y por parte de los Concejales acusados, se rubrico tanto el reconocimiento de la obligación como la orden de pago. El pago de dichas minutas se efectuó el 1 de abril y efectivamente transferido a la Cuenta abierta a nombre de Rafael Hernan en el Banco de Santander. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Javier Pablo al que se sumó, por la ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad la acusada Valle Yolanda . Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte del Ayuntamiento de Arrecife. Como consecuencia de la actuación de los cuatro acusados, Rafael Hernan recibió de manera indebida del Ayuntamiento de Arrecife la cantidad neta de 16.941,18 euros, ascendiendo la cuantía bruta abonada a 19.746,72 euros.

Se añadía, al examinar dicho motivo, que quedaba perfectamente acreditado, y así se refleja en los hechos declarados probados, que el acusado Javier Pablo era funcionario a autoridad que participaba en el ejercicio de funciones públicas, a quien el ahora recurrente sometió a un influjo psíquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de la acción delictiva; queda igualmente acreditado y consta en el relato fáctico que Javier Pablo , en sus funciones de Concejal de Hacienda, tenía facultad decisoria sobre los caudales públicos, facultad que ejerció y determinó el desplazamiento a favor del acusado Rafael Hernan de las sumas de dinero que se indican en ese relato, siendo bien esclarecedora la declaración del coacusado Javier Pablo quien manifestó, como consta en la sentencia recurrida, que autorizó los pagos porque Felix Valentin así lo quiso, que el pago se hacía previo reconocimiento del crédito y sin que existiera ningún reparo por parte del Interventor del Ayuntamiento y también es esclarecedora la declaración de la Interventora accidental del Ayuntamiento de Arrecife quien manifiesta, como consta en la sentencia recurrida al folio 97, que eran firmas necesarias para el pago la del Concejal de Hacienda y el Interventor.

También se dejó allí expresado, que el texto del Código Penal aplicado en la sentencia recurrida es el que estaba vigente cuando se produjeron los hechos y antes de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, texto legal cuya aplicación no ha sido cuestionada en los recursos, y en el apartado 1º del artículo 432 del Código Penal , ante de esa reforma, disponía que se castiga a "la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones..".

Con relación a ese requisito de que se tengan los caudales a su cargo, por razón de sus funciones, ha declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 411/2013, de 6 de mayo , que debe existir una relación especial entre agente y caudales, de ahí que esta disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico



www.civil-mercantil.com

del delito. El tipo penal se consuma, pues, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público. Se añade en esta Sentencia, que tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

Se hacía una recordatorio al principio de legalidad penal y se añadía, en relación a los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , y ceñido al ámbito de la entidad INALSA, que solo mediante una lectura extensiva y suponiendo lo que no se dice podría afirmarse que esos acusados tenían a su cargo los caudales públicos de los que se benefició Rafael Hernan , por lo que no se puede afirmar que se cumpla el requisito previsto en el artículo 432.1 del Código Penal de que se hubiera producido la sustracción de efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

Y todo lo que se acaba de dejar expuesto es perfectamente aplicable a la conducta desarrollada por la acusada Valle Yolanda , que intervino en su condición de Concejala de Personal, que no tenía a su cargo los caudales públicos de los que se benefició el otro acusado y como dejó bien esclarecido la Interventora accidental del Ayuntamiento de Arrecife en su declaración, como consta en la sentencia recurrida al folio 97, la firma de Valle Yolanda no era necesaria para el pago realizado a Rafael Hernan .

Por todo ello, en relación a la ahora recurrente Valle Yolanda , está ausente uno de los requisitos esenciales que integran el delito de malversación de caudales públicos, por lo que la conducta que se describe de esta acusada, en los hechos probados, no es constitutiva del delito continuado de malversación de caudales públicos por el que ha sido condenada en la sentencia recurrida.

El motivo debe ser estimado.

Cuarto.

En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal .

Se alega que de conformidad con la prueba documental practicada los hechos no son constitutivos de delito de prevaricación.

Se dice que las dos minutas de 2009 por importe de 7.411,76 euros acompañan al correspondiente documento de aprobación del gasto, firmado por los funcionarios competentes para ello (Técnico del Area, Interventor, Concejala de Hacienda, Visto bueno de Tesorería y Concejala del Area) y que las declaraciones en el juicio oral (folio 97) de la interventora Accidental del Ayuntamiento, Ana Virginia , como la Secretaria del Ayuntamiento, Carmela Evangelina , verifican que tal actuación se ajustaba a ,la legalidad vigente, cumpliendo con los trámites administrativos exigidos para ese tipo y cuantía, por lo que no se puede apreciar el delito de prevaricación. También se dice ausente el tipo subjetivo, de clara consciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido, ya que la recurrente no era consciente de que el resto de acusados estuviesen llevando a cabo una actuación irregular y su actuación se limita a rubricar una aprobación de gasto que ya viene firmada por cuatro funcionarios del

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Ayuntamiento de Arrecife por lo que confía plenamente en que su actuación siempre estuvo precedida de un control administrativo.

Las alegaciones que se hacen en defensa del motivo se enfrentan al relato fáctico de la sentencia recurrida cuando los hechos que se declaran probados deben ser rigurosamente respetados y en ellos se describen cuantos elementos o requisitos caracterizan el delito de prevaricación.

Ciertamente, se declara probado, entre otros extremos, que los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote. A este fin el acusado Rafael Hernan guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de la ascendencia que el acusado Felix Valentin tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. También se declara probado que guiados por esta finalidad, el acusado Felix Valentin en el mes de febrero de 2008 convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Rafael Hernan y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel momento gobernaba coaligado, y que en esta reunión, a la que no acudió Felix Valentin, les fue presentado a todos los Concejales Rafael Hernan a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma. Con carácter previo a esta reunión, el acusado Felix Valentin ya se había concertado con el entonces Concejal de Hacienda (más tarde también se haría cargo de la Concejalía de Urbanismo), el también acusado Javier Pablo, a fin de que por su parte, hiciera las gestiones oportunas para el abono de las minutas que fueran presentadas por Rafael Hernan, a sabiendas ambos de que las mismas no obedecían a trabajo alguno a favor del Ayuntamiento. Accediendo Javier Pablo en atención a la ascendencia que como miembro del PIL, tenía sobre él Felix Valentin, y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfecto conocedor Javier Pablo que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin. En el relato fáctico de la sentencia se hace constar las minutas presentadas por Rafael Hernan al Ayuntamiento de Arrecife, en el año 2008 y las presentadas en el año 2009, por un total de 16.941,18 euros netos, ascendiendo la cantidad bruta a 19.746,72 euros y que el pago de las presentadas en el año 2008 "se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado Javier Pablo con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander. ." Y respecto a las minutas del año 2009, se declara probado que "(...) "la acusada Valle Yolanda, con quién Javier Pablo, atendiendo los requerimientos de Felix Valentin, se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo Javier Pablo y Valle Yolanda en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Felix Valentin, y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos conocedores Javier Pablo y Valle Yolanda que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin. (...) Y sobre el pago de las presentadas en el año 2009, " se efectuó el 1 de abril y efectivamente transferido a la Cuenta abierta a nombre de Rafael Hernan en el Banco de Santander", previo reconocimiento de la obligación y de la orden de pago que fue firmada por los Concejales acusados Javier Pablo y Valle Yolanda el 20 de marzo de 2009. En el relato fáctico se declara probado además que: Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan, amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Javier Pablo al que se sumó, por la

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

ascendencia de Felix Valentin sobre el PIL, con posterioridad la acusada Valle Yolanda . Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte del Ayuntamiento de Arrecife.

La conducta que se deja descrita de la ahora recurrente en los hechos probados se subsume, sin duda, en el delito de prevaricación administrativa apreciado en la sentencia recurrida, subsunción que es acorde con reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa 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; en cuarto lugar, que ocasiones un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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 (SSTS 49/2010, de 4 de febrero ; 1160/2011 , de 8/11 ; 502/2012, de 8/6 y 743/2013, de 11/10 , entre otras. En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala 627/2006, de 8 de junio , 755/2007, de 25 de mayo , y 743/2013, de 11 de octubre , argumentan que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art.9.3 CE , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos dela autoridad o funcionario público. Y así, 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 de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23/5/98 ; 4/12/98 ; 766/99, de 18 de mayo ; y 2340/2001 , de 10 de diciembre).

Y en el presente caso concurren en la conducta de la ahora recurrente cuantos elementos se hacen necesarios para apreciar el delito de prevaricación administrativa ya que firmó unas órdenes de pago y un reconocimiento de deuda en relación a las minutas presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas de que no correspondían a la prestación de servicio alguno al Ayuntamiento de Arrecife y ello constituye el dictado de una resolución absolutamente arbitraria e injusta, contraria al ordenamiento jurídico y lesiva del interés colectivo.

En cuanto al elemento subjetivo "a sabiendas" que exige el tipo del delito de prevaricación, se infiere perfectamente del relato fáctico de la sentencia recurrida al describirse el acuerdo alcanzado entre todos los acusados, quienes conocían que se realizaron los pagos sin prestación de servicio alguno.

No se ha producido la infracción legal denunciada y el motivo debe ser desestimado.



www.civil-mercantil.com

Quinto.

En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 74 del Código Penal .

Todo lo que se dice, en defensa del motivo, es lo siguiente: que no se puede aplicar el artículo 74 del Código Penal afirmándose que "la única acción por la que se acusa y condena a Dª Valle Yolanda es por el Expediente Administrativo 1095/09, referente a las facturas giradas contra el Ayuntamiento de Arrecife en el año 2009 y por un importe total de 7.411,76 euros, por lo tanto, el valor de las cantidades supuestamente malversadas y el entorpecimiento o daño sufrido al servicio público, no representa en caso alguno, una especial gravedad, por lo que no puede ser de aplicación el artículo 74 del Código Penal , como se interesa en la sentencia recurrida respecto de la situación de nuestra representada".

También este motivo se presenta enfrentado a un relato fáctico que debe ser respetado y en el que se describe una pluralidad de acciones en cumplimiento de un plan preconcebido ya que se dice que Valle Yolanda actuó en concierto y en virtud de un plan con los otros acusados y realizó dos actuaciones, reconociendo la obligación en dos minutas y firmó dos órdenes de pagos.

El motivo debe ser desestimado.

Sexto.

En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del principio de legalidad, con relación al artículo 25 de la Constitución .

Se reitera que ha sido condenada por unos hechos que no son constitutivos de delito alguno.

Así se dice que respecto a su participación en los hechos se limita a la solicitud que realiza a su compañero de partido político y Concejal de

Hacienda y Urbanismo del Ayuntamiento de Arrecife, el coacusado Javier Pablo , de la necesidad de un Letrado que asesorara en temas de personal y a tal efecto firma una solicitud de necesidad de servicio en la que ya constaban las firmas de otras cuatro personas quienes en conjunto verifican al propuesta de gasto que acompaña a las facturas presentadas y abonadas al Sr. Rafael Hernan en el año 2009. Y se dice que la adecuada tramitación de este procedimiento administrativo viene confirmada por las declaraciones de la Interventora Accidental del Ayuntamiento Dª Ana Virginia y que la Secretaria del Ayuntamiento Dª Carmela Evangelina manifiesta que estamos ante la tramitación de los llamados contratos menores de la administración pública donde la documentación exigida era "la aprobación del Gasto y las Facturas Correspondientes". Lo que coincide con el art. 95 de la Ley de Contratos del Sector Público .

Y respecto de su capacidad y atribuciones se dice que la delegación de firma del Alcalde era para el Area de Recursos Humanos y Régimen Interior "sin facultad de resolver mediante actos administrativos que afecten a terceros". Por lo que se le atribuye erróneamente facultad de contratar cuando no tenía capacidad para ello. Y que las personas que autorizan con su firma la transferencia bancaria (instrumento donde se materializa el cumplimiento por Tesorería de la Orden Pago dictada por el Alcalde o Concejal delegado de Hacienda y fiscalizada por el Interventor), son el Concejal de Hacienda, el Interventor y el Tesorero.



www.civil-mercantil.com

En el presente motivo se vienen a reiterar las alegaciones esgrimidas en defensa de los anteriores motivos en los que se denunciaba la aplicación indebida de los artículos 432 y 404 del Código Penal .

La ahora recurrente pretende alegando vulneración del principio de legalidad y sin respetar hechos probados hacer una nueva valoración de prueba y llegar a unos hechos distintos de los que se declaran probados.

No se ha vulnerado el principio de legalidad y es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar el motivo en el que se decía indebidamente apreciado el delito de prevaricación y estimar el motivo en el que se denunciaba la indebida aplicación del delito de malversación de caudales públicos.

El presente motivo no puede prosperar.

Séptimo.

En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se dice que no se han tenido en cuenta toda la documentación que obra en las actuaciones correspondiente a la Concejalía de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Arrecife, dependiente de la recurrente, como escritos que dirigía el Secretario General de Comisiones Obreras al Alcalde del Ayuntamiento de Arrecife; citación de la Inspección de Trabajo dirigida al Ayuntamiento de Arrecife; diversos Convenios de Personal de diferentes ayuntamientos de España, todo ello relacionado con la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) que estaban elaborándose desde la Concejalía de Recursos Humanos del Ayuntamiento. Y por otra parte se señala la declaración de los testigos D^a Covadonga Remedios (folio 98 de la sentencia) y D. Leoncio Braulio (folio 99 de la sentencia).

Es de recordar la doctrina reiterada de esta Sala sobre este motivo de casación, habiendo señalado en numerosas sentencias (826/2014, de 26 de noviembre y 36/2014, de 29 de enero , entre otras), que para su éxito deben concurrir los siguientes requisitos: en primer lugar ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; en segundo lugar, que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; en tercer lugar, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, en cuarto lugar, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

En consecuencia, el documento casacional que sustente el motivo debe gozar de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma de la comisión de un error sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas y eso de ningún modo puede afirmarse de los dos documentos que se señalan en apoyo del motivo.

Y los requisitos que se dejan expresados para que pueda prosperar este motivo de casación no concurren en los documentos que se designan en apoyo del motivo, sin que las declaraciones puedan entenderse como documentos a estos efectos casacionales, aunque



www.civil-mercantil.com

aparezcan documentadas en las actuaciones, en cuanto se trata de pruebas personales sujetas a la valoración del Tribunal sentenciador como así se ha hecho en este caso.

Por otra parte, hay que recordar, en relación a aquellos documentos con los que se pretende cuestionar la aplicación del delito de malversación de caudales público que ese delito, como se ha dejado expresado al dar respuesta a anteriores motivos, se ha eliminado de la condena de la ahora recurrente.

No consta acreditado error en la valoración de la prueba y el motivo debe ser desestimado.

Octavo.

En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.6 con relación al artículo 66.1.2º, ambos del Código Penal.

Se dice cometida infracción legal al no haberse aplicado una atenuante por dilaciones indebidas. Se indica que las actuaciones se incoaron por Auto de 6 de junio de 2008, y no es hasta el 27 de abril de 2010 cuando se detiene a la ahora recurrente y el 28 de abril se le recibe declaración (folio 1528 del Tomo III) y es por providencia de 22 de septiembre de 2011 (folio 1568 del Tomo VI) cuando el Instructor acuerda requerir al Ayuntamiento de Arrecife para que remita el expediente de contratación del Sr. Rafael Hernan y que se informara por el Interventor de los pagos realizados.

Una vez más es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar igual alegación realizada por los dos anteriores recurrentes.

Por las razones que se dejan expresadas al examinar esos recursos, el presente motivo también debe ser desestimado.

Noveno.

En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 21.7 con relación al artículo 66.1.2ª, ambos del Código Penal.

Se dice producida infracción legal al no haber apreciado la sentencia recurrida una atenuante por detención ilegal alegándose que el Auto de fecha 27 de abril de 2010 (folio 1846) en el que se acordó su detención no está firmado por el Juez Instructor.

El Tribunal de instancia explica, en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida, las razones por las que no se puede considerar nula la detención de la recurrente Valle Yolanda y que no puede dar lugar a una atenuación analógica.

En todo caso no puede apreciarse por las alegaciones efectuadas en defensa del motivo que se haya acreditado una menor entidad del injusto, un menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal, por lo que no puede postularse la atenuante analógica que se solicita.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSADA DOÑA Felisa Yolanda

Primero.

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal.



www.civil-mercantil.com

Se dice producida tal infracción legal por ausencia de arbitrariedad en la conducta de la recurrente y por estimar que los hechos probados solo describen una contratación administrativa irregular pero no delictiva, no habiéndose causado perjuicio alguno al interés público.

Se hace una propia valoración de la prueba y se niega la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de prevaricación.

El cauce procesal que se esgrime en defensa del motivo exige el más riguroso respeto a los hechos que se declaran probados y en ellos se dice, entre otros extremos, que "en ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno (...) . Se añade que las minutas presentadas por Rafael Hernan a INALSA, en el año 2008 y las presentadas en el año 2009, por un total de 21.882,35 euros netos, ascendiendo la cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros y que dichas minutas fueron pagadas y abonadas en la cuenta de Rafael Hernan , en el Banco de Santander, y " en todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos conocedores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . (...)Ni con carácter previo al abono de dichas minutas había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumó, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad INALSA.

La conducta que se deja descrita de la ahora recurrente en los hechos probados se subsume, sin duda, en el delito de prevaricación administrativa apreciado en la sentencia recurrida, subsunción que es acorde con reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa 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; en cuarto lugar, que ocasiones un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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 (SSTS 49/2010, de 4 de febrero ; 1160/2011 , de 8/11 ; 502/2012, de 8/6 y 743/2013, de 11/10 , entre otras. En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala 627/2006, de 8 de junio , 755/2007, de 25 de mayo , y 743/2013, de 11 de octubre , argumentan que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art.9.3 CE , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se



www.civil-mercantil.com

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 de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23/5/98 ; 4/12/98 ; 766/99, de 18 de mayo ; y 2340/2001 , de 10 de diciembre).

Y en el presente caso concurren en la conducta de la ahora recurrente cuantos elementos se hacen necesarios para apreciar el delito de prevaricación administrativa ya que firmó unas órdenes de pago en relación a las minutas presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas de que no correspondían a la prestación de servicio alguno a la entidad INALSA y ello constituye el dictado de una resolución absolutamente arbitraria e injusta, contraria al ordenamiento jurídico y lesiva del interés colectivo.

En cuanto al elemento subjetivo "a sabiendas" que exige el tipo del delito de prevaricación, se infiere perfectamente del relato fáctico de la sentencia recurrida al describirse el acuerdo alcanzado entre todos los acusados, quienes conocían que se realizaron los pagos sin prestación de servicio alguno.

En relación a la condición de funcionaria que tenía la ahora recurrente cuando realizó los hechos que se le imputan, como se ha expresado al examinar el segundo de los recursos, en los hechos que se declaran probados, entre otros extremos, también se dice que guiados por el idéntico ánimo de lucro los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , buscaron una segunda fuente de ingresos para el segundo, provenientes de fondos públicos, en este caso de la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa). Dicha sociedad tiene como objeto social, la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo Organismo soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote". Sociedad que fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por el Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local. Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta La Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones Locales. La Consejera Delegada de dicha entidad era la acusada Felisa Yolanda , miembro del PIL, cargo para el que fue nombrada en la sesión del Consejo de Administración de INALSA de 16 de julio de 2007, acuerdo elevado a escritura pública el 1 de agosto de 2007, habiendo contratado dicha Consejera Delegada como Gerente de INALSA al acusado Leovigildo Emiliano en virtud de contrato de fecha 8 de mayo de 2008. En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de INALSA, las minutas que este le presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno. De esta manera Rafael Hernan presentó al cobro en INALSA durante el año 2008 las siguientes minutas: Minuta de fecha 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto



www.civil-mercantil.com

3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008. Minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009. Y durante el año 2009 el mismo acusado presentó al cobro las siguientes minutas: Minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009. Minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento tanto de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno, y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . En todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos concededores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . Como consecuencia de la actuación de los cuatros acusados, Rafael Hernan recibió de manera indebida de la entidad Inalsa la cantidad neta de 21.882,35 euros, ascendiendo la cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumó, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad INALSA. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte de la entidad INALSA.

Del relato fáctico que acaba de ser expuesto se infiere que los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , cuando estaban en el ejercicio de sus funciones como Consejera Delegada y Gerente, respectivamente, actuaban como funcionarios públicos y que la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A. (INALSA) era una administración pública.

Al analizar la condición de funcionario público, a efectos penales, tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 149/2015, de 11 de marzo y 1590/2003, de 22 de abril , que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP (con anterioridad art. 119 CP 1973), conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo". Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos (STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002)". Se añade en la Sentencia primeramente citada que de manera más reciente se mantiene esta misma doctrina en la STS 421/14, de 16 de mayo , en la que se expresa que "Sobre el concepto penal de funcionario público aplicable a supuestos similares al que aquí se dilucida, se remiten las sentencias de esta Sala 186/2012, de 14 de marzo y 166/2014, de 28 de febrero , entre otras, a la 1.590/2003, de 22 de abril de 2004 , en la que se afirma que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 del C. Penal , conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS 68/2003, de 27 de enero). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS 2059/2002, de 4 de diciembre), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 37/2003, de 22 de enero y 1952/2000, de 19 de diciembre), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico- política, acorde con



CEF.-

Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-

www.civil-mercantil.com

un planteamiento político- criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo. Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas - prosigue argumentando la STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 - tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). Apoyándose en lo anterior, se matiza en la sentencia 166/2014, de 28 de febrero , que el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas. No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material".

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta, al caso que examinamos en el presente recurso, resulta evidente que la acusada Felisa Yolanda y el acusado Leovigildo Emiliano , la primera en su condición de Consejera Delegada y el segundo en su condición de Gerente, eran funcionarios públicos, tanto por las funciones desarrolladas, como por sus respectivos nombramientos, como igualmente la entidad INALSA participaba en el ejercicio de funciones públicas, pues sus funciones incluían el ejercicio de potestades públicas en cuanto se declara probado que la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA) tiene como objeto social la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo Organismo soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote y que esa Sociedad fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por el Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local, Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de



www.civil-mercantil.com

la Sociedad, estando compuesta La Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio.

Por último, completando lo expresado en el anterior motivo sobre el delito de prevaricación administrativa, es oportuno recordar que en la Sentencia citada 149/2015, de 11 de marzo, también se declara que los requisitos de la prevaricación, en los supuestos de empresas de capital público, son los siguientes: 1º) a la condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública;

2º) a que éste sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo; 3º) a que dicha resolución sea arbitraria, en el sentido de que se trate de un acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho 4º) a que se dicte en un asunto administrativo, es decir en una fase del proceso de decisión la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos, de publicidad y concurrencia; y 5º) "a sabiendas de la injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable. Se añade en esa Sentencia que el sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y que la Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: " Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios ". Se sigue diciendo que el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo dio una nueva redacción a esta regla: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia expresada, resulta evidente que los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano actuaron como funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones de Consejera Delegada y Gerente, respectivamente, en una entidad que se integra en la administración pública y con unas conductas que cumplen cuantos requisitos se han dejado expuestos para que exista el delito de prevaricación.

No se ha producido la infracción legal denunciada y el motivo debe ser desestimado.

Segundo.

En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 14 del Código Penal.

Se defiende la existencia de un error invencible y alternativamente vencible sobre la licitud de su conducta. Se señala que la recurrente desconocía que Rafael Hernan fuera funcionario y por tanto, aunque conociera los cargos públicos que había desempeñado, no sabía de su incompatibilidad para ser contratado por empresa pública, desconociendo asimismo la irregularidad de su contratación.



www.civil-mercantil.com

Como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, la ahora recurrente, en la fundamentación del presente motivo, no señala la clase de error que alega ni las circunstancias especiales que concurrían en la acusada para incurrir en un error invencible o vencible, tan solo, vuelve a incidir en contradecir los hechos declarados probados, exponiendo en sus alegaciones que en INALSA se contrató al Sr. Rafael Hernan por las personas que tenían facultades para ello, que se prestaron los servicios contratados y que el cobro de las minutas fue justo. La alegación de la existencia en la acusada de error invencible, o alternativamente vencible, como circunstancia de exclusión de la responsabilidad penal, o como circunstancia de atenuación es rechazada por el Tribunal, acertadamente, en el fundamento jurídico décimo séptimo de la sentencia recurrida, por falta de exposición por la defensa de las condiciones que concurrían en su defendida para que pueda considerarse que actuó bajo el error alegado (entendiendo que el error alegado era el de prohibición). El Tribunal de instancia considera inverosímil e inadmisibile la invocación del error cuando se trata de infracciones de carácter natural o elemental cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada. Señala, acertadamente, la sentencia que en este caso concreto la acusada era Consejera Delegada de INALSA y el error en cualquier caso era fácilmente vencible, pues tanto la inexistencia de trabajo alguno realizado por Rafael Hernan como la ausencia de contrato o la condición de funcionario de éste (y por tanto la imposibilidad de contratar) eran circunstancias de hecho fácilmente constatables, máxime cuando ésta acusada afirmó conocerle "porque aquí nos conocemos todos".

Por todo lo que se deja expresado, el motivo no puede ser estimado.

Tercero.

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se dice que el Tribunal de instancia incurre en error al declarar probado que todas las órdenes de pago de INALSA estaban firmadas por los acusados Dª Felisa Yolanda y D. Leovigildo Emiliano cuando de los documentos que obran a los folios 3065 a 3090 (minutas y órdenes de pago de INALSA) queda claro que las dos primeras órdenes de pago y las dos primeras contabilizaciones de las minutas no constan firmadas por nadie.

Y se dice que lo más relevante de todo es lo referido al primer pago de 6.000 euros pues no consta ningún documento firmado ni por Dª Felisa Yolanda ni por D. Leovigildo Emiliano en que conste que se pague a D. Rafael Hernan por servicios realizados en marzo y abril de 2008 y se dice que no lo hay porque lo que se pagó a este señor fue inicialmente una provisión de fondos de 6.000 euros y luego minutas de honorarios por los servicios de junio de 2008 en adelante.

Como se dejó expresado al examinar otro recurso, es de recordar la doctrina reiterada de esta Sala sobre este motivo de casación, habiendo señalado en numerosas sentencias (826/2014, de 26 de noviembre y 36/2014, de 29 de enero, entre otras), que para su éxito deben concurrir los siguientes requisitos: en primer lugar ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; en segundo lugar, que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; en tercer lugar, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, en cuarto lugar, que el dato o elemento



www.civil-mercantil.com

acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

En consecuencia, el documento casacional que sustente el motivo debe gozar de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma de la comisión de un error sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas y eso de ningún modo puede afirmarse de los dos documentos que se señalan en apoyo del motivo.

En el caso presente, del examen de los folios designados se desprende que en el folio 3065 obra oficio del Administrador de INALSA de fecha 21/12/2012 en que se hace constar que se remiten al Juzgado los documentos solicitados y la identificación de las personas firmantes, entre los que se encuentran las minutas presentadas por Rafael Hernan y las órdenes de pago y fiscalización entre otros documentos, significando que cuando se indica fotocopia es porque el documento original no se encuentra en el archivo físico, al menos en el orden lógico, de la empresa. En dicho oficio se hace constar: "B) Identificación de las personas autorizantes de las facturas referidas: D. Leovigildo Emiliano (Gerente) y D^a Felisa Yolanda (Consejera Delegada)". Y en cuanto a la orden de pago, obrante al folio 3067, por 6.000 euros, es cierto que es fotocopia y por eso no hay firmas, pero si se observan los folios 3069 y 3070, referidos a dicha orden de pago, en el 3069 consta documento de Caja Canarias, referente al listado de nóminas de Rafael Hernan .b.34 y en el folio 3070, de Detalle Fichero, consta en ambos documentos un cajetín sello, en el que consta "Insular de Aguas de Lanzarote", "Autorización de pagos", "contabilidad" y dos firmas, que no son otras que las de los acusados Leovigildo Emiliano y Felisa Yolanda. Y respecto a la orden de pago del folio 3072, consta al folio 3073 documento de contabilización de la transferencia al Sr. Rafael Hernan y no pudo hacerse por persona distinta de los acusados, como se señala en el oficio del Administrador de INALSA, antes referenciado. Por lo que la afirmación en los hechos probados de que todas las órdenes de pago fueron firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano y que la primera minuta del Sr. Rafael Hernan no correspondía a provisión de fondos, tienen sustento en otros documentos y en otras pruebas, y los documentos indicados por carecer de literosuficiencia no evidencian que el Tribunal de instancia haya incurrido en error en la valoración de la prueba.

El motivo no puede prosperar.

Cuarto.

En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradictorios por otros elementos probatorios.

Se dice cometido error al declararse como probado que la primera minuta girada por D. Rafael Hernan se refiera a los servicios prestados en los meses de marzo y abril de 2008 (documento que obra al folio 3066 de las actuaciones) y también se refiere a los folios 3065 a 3070 y se añade que dicha factura se pagó el 13 de junio de 2008 (folio 3069) y que es contradictorio que se hubiese presentado dicha factura el 2 de septiembre de 2008 (tiene sello de entrada de Inalsa de 2 de septiembre).

Se concluye el motivo señalando que en cualquier caso, por la documentación aportada por el Jefe de administración de INALSA D. Placido Leon resulta que ni las órdenes de pago estaban firmadas ni todas las contabilizaciones ni puede darse por probado que D^a Felisa Yolanda y D. Leovigildo Emiliano pagaran con cargos Inalsa por servicios prestados por



www.civil-mercantil.com

D. Rafael Hernan en los meses de marzo y abril de 2008 sino que la contratación y prestación de servicios se hizo en mayo de 2008 y fue contratado por D^a Felisa Yolanda y D. Leovigildo Emiliano habiéndose pactado y pagado por ello un primer pago de 6.000 euros en concepto de provisión de fondos y luego cinco pagos cada dos meses todos ellos de igual importe concretamente 3.176,47 euros.

Es de dar por reproducido lo que se acaba de dejar expresado para rechazar el anterior motivo y las razones que se han dejado expuestas para afirmar que el Tribunal de instancia no ha incurrido en error en la valoración de la prueba son perfectamente aplicables a los documentos señalados en defensa del presente motivo, que tampoco puede prosperar.

Quinto.

En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por manifiesta contradicción.

Se dice que incurre en contradicción al declararse probado en el hecho tercero, página 10 de la sentencia que "En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de INALSA, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno. Y que por otra parte en el hecho tercero página 11 de la sentencia se diga "Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumó, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad INALSA.

Se dice contradictorio porque en primer lugar se hace mención a un acuerdo entre Felix Valentin y Felisa Yolanda y después a un acuerdo entre Felix Valentin , Rafael Hernan y Felisa Yolanda , al que se sumó Leovigildo Emiliano .

Esta Sala viene declarando, de forma reiterada, que una de las notas que caracterizan este defecto procesal es que la alegada contradicción sea "interna", pues ha de producirse en el seno del relato histórico y, de ningún modo confrontando el mentado relato con el encabezamiento, fundamentación jurídica o fallo de la sentencia de que se trate, y también es jurisprudencia de esta Sala la que señala que para que prospere este motivo por quebrantamiento de forma han de concurrir, además de que se trate de una contradicción interna, esto es, que se de en el seno del apartado relativo a los hechos estimados probados, que no haya posibilidad de concatenar o armonizar lo que se aduce como contradictorio y que la citada contradicción recaiga sobre puntos esenciales o fundamentales, generando, por mutua exclusión, una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (Cfr. entre otras muchas, Sentencia 576/2013, de 25 de junio).

Y como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, en el caso de autos, en el relato de hechos robados de la sentencia, no se observa ninguna contradicción interna, incompatible e insubsanable, que sea causal respecto al fallo, pues se afirma la existencia de concierto en los acusados, para el pago de minutas que no obedecen a prestación de servicios alguno con cargo a fondos públicos.

El motivo debe ser desestimado.



www.civil-mercantil.com

Sexto.

En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la tutela judicial efectiva, con relación al artículo 24 de la Constitución.

Se alega, en defensa del motivo, que la presente causa tiene su origen en la Pieza Separada nº 8 dimanante a su vez de las Diligencias Previas 697/2008 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife y se dice que esta parte recurrente no ha tenido acceso a dicha pieza principal y que su petición fue rechazada y que en cambio al Ministerio Fiscal, que estaba personado tanto en las Diligencias Previas 697/2008 como en la Pieza Separada nº 8 se le permitió acceder a dicha pieza principal, de tal forma, que entre otras aportaciones, mediante Providencia de fecha 4 de febrero de 2013 justo apenas un mes antes del Auto de apertura del juicio oral de fecha 5 de abril de 2013, se acuerda incorporar a la meritada Pieza

Separada nº 8, a petición del Ministerio Fiscal, varios miles de folios provenientes precisamente de las Diligencias Previas 697/2008 a las que se denegó su acceso a las defensas por lo que se dicen conculcados los derechos antes mencionados.

Ya se ha dado respuesta a similar alegación al examinar el recurso formalizado por Felix Valentin y como allí se dejó expresado el presente procedimiento se desgajó de las Diligencias Previas 697/2008, del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife, por Auto de 10 febrero de 2012, que acordó la formación de Pieza Separada nº 8, que constituye el procedimiento enjuiciado, y al único al que ha tenido acceso el Tribunal de enjuiciamiento y que ha dado lugar a la sentencia recurrida y se formó dicha pieza con los testimonios acordados en el mencionado Auto, que constituían los antecedentes necesarios de la Pieza Principal, para la investigación objeto de los pagos por facturas de trabajos no realizados al Ayuntamiento de Arrecife y a la entidad INALSA. Todas las incorporaciones de testimonios de la Pieza Principal a la nº 8 han sido acordadas judicialmente, incluso las solicitadas por el MF y a todas ellas han tenido acceso las defensas de los acusados. Y si bien se denegó por Providencia de 18 de febrero de 2013 (folio 4065) la solicitud de la defensa de Rafael Hernan de incorporación de todas las diligencias que constan en las Diligencias Previas 697/2008 a la Pieza 8, pero se recordaba en dicha resolución que las actuaciones se encontraban a su disposición en la Secretaría del Juzgado. Por tanto no se denegaba el acceso a dichas diligencias sino la incorporación de la totalidad de la Pieza Principal a la Pieza Separada nº 8.

Por otra parte, la alegación relativa a que el Ministerio Fiscal seleccionó las grabaciones de las conversaciones telefónicas intervenidas, ello, de ser cierto, no es motivo de indefensión, pues todas las grabaciones de las conversaciones intervenidas se encontraban en CDs, que mediante copias fueron entregados a las partes, y las que también pudieron hacer la selección que les interesara para ser oídas en el juicio oral.

También es de recordar que la Providencia de fecha 20 de marzo de 2010, que acordó la incorporación a la causa de las Diligencias de Investigación de Fiscalía 15/2010, es de mero trámite impulsor de la causa, no lleva la firma del juez pero sí la firma del Secretario del Juzgado y es un error subsanable. Y, por otro lado, no puede considerarse que las copias de las minutas aportadas por el Sr. Leoncio Braulio en su denuncia en Fiscalía, en su calidad de Concejal electo del Ayuntamiento de Arrecife, fueran ilegítimamente obtenidas, dada la inexistencia de prueba de ello y que, además, fueron reconocidas dichas facturas como verdaderas en la causa por quien las expidió y las pagó, como se recoge en los fundamentos jurídicos catorce, quince y dieciséis de la sentencia recurrida en los que se analiza la prueba practicada a la que se ha hecho mención al examinar el primer motivo del recurso formalizado por el acusado D. Felix Valentin.



www.civil-mercantil.com

Es de reiterar, como se dejó expresado al examinar el tercero de los recursos, que la indefensión supone la efectiva y real privación del derecho de defensa y no basta con una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, como es exponente su Sentencia de 24 de enero de 1995 en la que se declara que una deficiencia procesal no puede producir indefensión si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías "en relación con algún interés" de quien lo invoca (STC 90/1988). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución , ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 y 314/1994, de 28 noviembre). Por ello hemos hablado siempre de indefensión "material".

Y esa indefensión material no se ha producido en el presente caso en relación a las alegaciones efectuadas en defensa del motivo.

El Tribunal de instancia, en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, rechaza correctamente que se hubiera producido indefensión por el retraso en el traslado a las partes de la prueba documental reseñada en la Diligencia de ordenación de la Secretaría del Juzgado de Instrucción nº 5 de Lanzarote de 29/9/2014, pues es totalmente inocua a los efectos del pleito y nada afecta al resultado del mismo. Se trata de una documental que aparece reseñada en el Acta de Entrada y Registro en el domicilio de Felix Valentin y que estuvo a disposición de las partes, pese a que no fue entregada hasta el día antes al comienzo del juicio, que comenzó el 16/10/2014 y acabó el 5/12/2014, en jornadas no consecutivas, y durante dicho tiempo pudieron ser examinados dichos documentos por las partes y articular la defensa en base a ellos. Sin embargo, durante el juicio, ni las acusaciones ni las defensas realizaron preguntas a los acusados a los acusados o testigos sobre dichos documentos, ni las conclusiones definitivas de las acusaciones se basaron en los mismos y el Tribunal, según su pronunciamiento, no los tuvo en cuenta como prueba de cargo, para fundamentar la sentencia condenatoria recurrida.

En conclusión no ha habido indefensión real por el retraso en la entrega de los documentos mencionados.

Por todo lo que se deja expresado, el motivo no puede prosperar.

Séptimo.

En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia y alternativamente el principio in dubio pro reo , con relación al artículo 24 de la Constitución .

Se niega la existencia de prueba de cargo suficiente obtenida con todas las garantías y que alternativamente se le debe aplicar el principio in dubio pro reo .

Se realiza una propia valoración de la prueba y se concluye señalando que no ha quedado probado que D^a Felisa Yolanda perteneciera al grupo PIL ni que sufriera ningún tipo de ascendencia de D. Felix Valentin y que ha quedado probado que D^a Felisa Yolanda y D. Leovigildo Emiliano eran los cargos legitimados para contratar en INALSA y que contrataron a D. Rafael Hernan en unas circunstancias de urgente necesidad y que con independencia de la modalidad de contratación formalizada por INALSA lo cierto es que la sentencia recurrida reconoce que el perfil profesional del contratado era acertado y que los trabajos se hicieron, si bien la sentencia matiza que pagar 21.000 euros para ese tipo de asesoramiento fue un pago excesivo.



www.civil-mercantil.com

El Tribunal de instancia, en los fundamentos jurídicos décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto, analiza y valora la prueba practicada, tanto la de cargo como la de descargo, para llevar al convencimiento sobre los hechos que se declaran probados, considerando que la prueba de cargo es suficientemente incriminatoria para enervar el derecho de presunción de inocencia de los acusados. Así, señala que se ha tenido en cuenta: a) El Certificado expedido por la Jefa del Servicio de Régimen y Registro de Personal de la Dirección General de la Función Pública del Gobierno de Canarias (folio 3014) en el que se acredita que el acusado Rafael Hernan era funcionario de la Comunidad Autónoma de Canarias en la fecha de los hechos. Para el Tribunal de instancia dicho certificado acredita la imposibilidad de que el acusado Rafael Hernan pudiera ser contratado por el Ayuntamiento de Arrecife y por la entidad INALSA, por la Ley de Incompatibilidades y que ello era conocido por acusados; b) Las minutas presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan , al Ayuntamiento de Arrecife (marzo a junio de 2008 y enero y febrero de 2009), y a INALSA (marzo a diciembre de 2008 y enero a marzo de 2009), las primeras, que ya constaban testimoniadas en el procedimiento, fueron aportadas por el Ministerio Fiscal al inicio del juicio oral, en el trámite de cuestiones previas, y que figuran en los archivos del Ayuntamiento en dos expedientes de contabilidad (desaparecidos ambos) (folio 2479), y respecto a las segundas, obran a los folios 3066, 3071, 3075, 3083 y 3087); c) El certificado del Banco Santander (folio 3090), que acredita que le fue transferida al acusado Rafael Hernan , desde el Ayuntamiento de Arrecife la cantidad total de 16.641,18 euros, y desde INALSA la cantidad total de 21.882,35 euros y certificado del Interventor del Ayuntamiento de Arrecife (folio 1681) de la cuantía (brutas) abonadas a Rafael Hernan de 12.352,96 euros el día 26 de agosto de 2008 y 7.411,76 euros el 30 de marzo de 2009, y certificado del Director de INALSA (folio 1863) de 3 de mayo de 2012, en el que constan abonadas a dicho acusado las cantidades de 18,677,64 euros en el año 2008 y 7,411,75 euros en el año 2009; d) Ordenes de pago, que en el caso de las minutas presentadas por el acusado Rafael Hernan al Ayuntamiento de Arrecife, cuatro de ellas fueron firmadas por el acusado Javier Pablo y dos por dicho acusado y la acusada Valle Yolanda . Y en el caso de las minutas a INALSA, todas las órdenes de pago fueron firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano ; e) Inexistencia de expediente alguno o contrato escrito para la prestación de servicios del acusado Rafael Hernan en el Ayuntamiento de Arrecife y en la entidad INALSA, cuando por la cuantía de las facturas y minutas no podía hacerse la contratación verbal, dado lo preceptuado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la Ley de Contratos del Sector Público (pags. 74 a 79 de la sentencia). Lo acredita la declaración del Alcalde de Arrecife en aquella época Arsenio Leandro , que negó la contratación de Rafael Hernan , el Informe (f. 2482) y testimonio de Sonia Noelia , funcionaria del Ayuntamiento, que expresa que no existe en el Ayuntamiento expediente o contrato de Rafael Hernan , el Informe (folio 2487) y testimonio de Ana Virginia , Interventora accidental del Ayuntamiento, que expresa la inexistencia de expediente contable, de las facturas de Rafael Hernan en el Departamento de Contratación ni de Régimen Interior; y el Informe (F. 2483) y testimonio de Beatriz Carla , que expresa que en el Libro de Decretos no se ha encontrado entre las fechas 1 de enero de 2008 y a 31 de diciembre de 2009, ninguno que se refiera a Rafael Hernan ; f) Declaración del coimputado Javier Pablo que en el juicio oral reconoce las cartas obrantes a los folios 1337 a 1340 como remitidas por Felix Valentin , 1408 y 1409 remitidas por él a Felix Valentin , 2022 a 2024 que fueron remitidas por Felix Valentin y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 108 a 109). Reconoce las conversaciones del día 1 de abril de 2009 (folio 2071 y 2072), de 13 de marzo de 2009 (f.2066 y 2067), de 19 de marzo de 2009 (f. 2068) y 1 de abril de 2009 (f. 488) y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 106 a 108). Que Felix Valentin fue quien le propuso a Rafael Hernan , que Felix Valentin convocó la reunión de concejales del grupo PIL, en el Gran Hotel de Arrecife, que Felix Valentin no asistió, y allí conoció a Rafael Hernan , que se lo presentó Valle Yolanda .



www.civil-mercantil.com

Que las minutas de Rafael Hernan le llegaron unas por vía de Felix Valentin a él y otras a la Concejalía de Hacienda. Que el Grupo PIL se negaba a pagar dichas facturas por la inexistencia de trabajo. Que Felix Valentin insistía que se pagaran las facturas a Rafael Hernan , y por eso se pagaron, pero que no había realizado ningún trabajo para el Ayuntamiento. Que Felix Valentin era el que hacía y deshacía y mandaba en el Ayuntamiento de Arrecife. Además, Javier Pablo , desde su primera declaración policial (f. 1446 y ss) afirmó que Felix Valentin le insistía para que abonase las facturas de Rafael Hernan , añadiendo en su primera declaración judicial (folio 1512 y ss.) que Felix Valentin quería que Rafael Hernan fuera asesor, que no cree que este hiciera nada, que Felix Valentin le insistió para el abono de las facturas y que cuando los Concejales se negaron a pagar, Felix Valentin le buscó INALSA. Manifestaciones que reitera a los folios 2673 y siguientes de las actuaciones. El Tribunal considera creíbles dichas declaraciones del coimputado y le da valor de prueba de cargo, después de analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo sobre el valor de las declaraciones de los coimputados como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, por su persistencia, no existir ánimo espurio o de enemistad, y considerarla corroborada por la investigación y documentos obrantes en la causa. Señala el Tribunal que es cierto que el coacusado Javier Pablo ha obtenido un beneficio penológico por su reconocimiento de los hechos, y que puede que en otras piezas de la causa lo obtenga, pero ello no desacredita ni ensombrece la fiabilidad y credibilidad de su declaración por estar corroborada por hechos y datos externos y considera como tales: 1. Los abonos efectuados por el Ayuntamiento de Arrecife e INALSA a Rafael Hernan , que nadie ha negado; 2. Las declaraciones de los testigos en el juicio oral, testimonios que se recogen en la sentencia (pags. 96 a 102) a las que nos remitimos; 3. Las conversaciones telefónicas, que fueron oídas en el juicio oral, y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 106 a 108); 4. La correspondencia intervenida a los acusados Javier Pablo , en su domicilio y a Felix Valentin en su celda del Centro Penitenciario, cuyo contenido se recoge en la sentencia (f. 108 y 109); y 5. La consignación por Javier Pablo de los 16.941,18 euros que se entregó a Rafael Hernan por parte del Ayuntamiento de Arrecife (folio 4066); g)

Conversaciones telefónicas interceptadas con autorización judicial por Auto de 20 de febrero de 2009 de los teléfonos de los acusados Felix Valentin y Javier Pablo , cuyas transcripciones obran en la causa y especialmente las que se grabaron del teléfono móvil 650.43.63.30, atribuido al acusado Felix Valentin , sin que este haya negado su titularidad, y que fueron oídas en el juicio oral, únicamente admitidas por el acusado Javier Pablo y negadas por los otros acusados, pero a las que el Tribunal da valor de prueba de cargo, al considerarlas legítimas, como se ha expuesto anteriormente y por haber identificado las voces de los acusados, y así el Tribunal afirma: "Y en este caso ninguna duda albergamos, tanto por el contenido de las conversaciones, véase a título de ejemplo la coincidencia de las fechas señaladas por Felix Valentin respecto del tercer grado con las conversaciones mantenidas con Rafael Hernan , y no albergamos dudas, pues las voces escuchadas de manera directa por este Tribunal es sencillo identificarlas con la de los acusados, sin necesidad de prueba alguna ajena a la de la propia percepción de la Sala"; h) Correspondencia intervenida con autorización judicial (Autos de 13 de marzo de 2010 y 29 de mayo de 2009, obrantes a los folios 1326 y 1749) a los acusados Rafael Hernan , en su domicilio, y a Felix Valentin en su celda del Centro Penitenciario, cuyo contenido se recoge en la sentencia, y obrantes a los folios 1337 a 1340, 1349 a 1353, 1356 a 1358, 2023 a 2024 y 1405 a 1407 de las actuaciones. De las anteriores cartas intervenidas el Tribunal infiere que Felix Valentin seguía los asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y su influencia en la toma de decisiones, pese a estar inhabilitado, su interés para que se realizaran los pagos al acusado Rafael Hernan , y también el Tribunal infiere que el acusado Rafael Hernan se implicó e hizo gestiones sobre el tercer grado de Felix Valentin y le insistía en el pago de las facturas, pues él era el único amigo que tenía; i) Las declaraciones de



www.civil-mercantil.com

los testigos, tanto de la acusación como de las defensas, cuyo contenido se transcribe en la sentencia recurrida

El Tribunal de instancia, del examen, análisis y valoración de dichas pruebas tanto personales como documentales indicadas, infiere que no se realizó la contratación al Sr. Rafael Hernan por el Ayuntamiento de Arrecife, ni verbal ni escrita, por que además no podía hacerse por su condición de funcionario, como lo demuestran las declaraciones del Alcalde Arsenio Leandro , Sonia Noelia , Carmela Evangelina , y Ana Virginia y sus certificaciones, y que también manifiestan que en el Ayuntamiento de Arrecife no existía necesidad de contratar al Sr. Rafael Hernan , manifestando Arsenio Leandro , como Alcalde, y el acusado Javier Pablo que no contrataron al Sr. Rafael Hernan . También infiere el Tribunal que tampoco se contrató al Sr. Rafael Hernan para asesorar a INALSA, pues la acusada Felisa Yolanda , que buscaba una persona con el perfil de éste, lo dejó en manos del jurídico a quien no identifica, y el acusado Leovigildo Emiliano señala que este asesor fue contratado en el mes de mayo de 2008 (concretamente el día 13), lo que no es posible dado que la primera factura presentada a cobro (f. 3066) minuta de 14 de mayo de 2008 lo era por honorarios devengados por "labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008".

El Tribunal de instancia considera que el hecho de que el acusado Sr. Rafael Hernan entregara abundante documentación, relativa a asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y de INALSA a los agentes de la UCO, que se hallaba en su poder, y la manifestación de varios testigos de la defensa, que relatan que el acusado acudió a reuniones, en las que se presentaba como asesor del Ayuntamiento e INALSA, no acreditan la contratación ni la efectiva prestación de servicios al Ayuntamiento de Arrecife y a INALSA. Y que esta falta de prestación de servicios del Sr. Rafael Hernan era conocida por el acusado Felix Valentin , que lo impuso a los Concejales del Grupo Político PIL, al que pertenecían los acusados Javier Pablo , Valle Yolanda y Felisa Yolanda , así como a Geronimo Hector , contratado por ésta última, y que éstos conocían que las facturas, cuya orden de pago firmaron, no obedecía a trabajo alguno.

Está también fuera de dudas -y así lo recuerda la Sentencia de esta Sala 1199/2006, de 11 de diciembre , que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia y eso de ningún modo afirmarse de la valoración que ha hecho el Tribunal de instancia de la prueba disponible que ha sido ponderada razonadamente.

Y eso también puede afirmarse respecto a las pruebas que acreditan que la ahora recurrente firmó las órdenes de pago en beneficio del coacusado Sr. Rafael Hernan lo que viene igualmente acreditado por el oficio del Administrador de INALSA, incorporado al folio 3065, de fecha 21 de diciembre de 2012, en el que se hace constar que se remiten al Juzgado los documentos solicitados y la identificación de las personas firmantes, entre los que se encuentran las minutas presentadas por Rafael Hernan y las órdenes de pago y fiscalización entre otros documentos, significando que cuando se indica fotocopia es porque el documento original no se encuentra en el archivo físico, al menos en el orden lógico, de la empresa. En dicho oficio se hace constar: "B) Identificación de las personas autorizadas de las facturas referidas: D. Leovigildo Emiliano (Gerente) y D^a Felisa Yolanda (Consejera Delegada)". Y en cuanto a la orden de pago, obrante al folio 3067, por 6.000 euros, es cierto que es fotocopia y por eso no hay firmas, pero si se observan los folios 3069 y 3070, referidos a dicha orden de pago, en el 3069 consta documento de Caja Canarias, referente al listado de nóminas de Rafael Hernan .b.34 y en el folio 3070, de Detalle Fichero, consta en ambos documentos un cajetín sello, en el que consta "Insular de Aguas de Lanzarote", "Autorización de pagos", "contabilidad" y dos firmas, que no son otras que las de los acusados Leovigildo Emiliano y Felisa Yolanda . Y respecto a la orden de pago del folio 3072, consta al folio 3073 documento



www.civil-mercantil.com

de contabilización de la transferencia al Sr. Rafael Hernan y no pudo hacerse por persona distinta de los acusados, como se señala en el oficio del Administrador de INALSA, antes referenciado. Por lo que la afirmación en los hechos probados de que todas las órdenes de pago fueron firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano viene acreditada por las pruebas practicadas.

Respecto a la invocación que se hace del principio in dubio pro reo, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 649/2003, de 9 de mayo, que dicho principio únicamente puede estimarse infringido, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo, opta por la solución más perjudicial para el acusado pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna. El principio in dubio pro reo nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación.

Por lo todo expuesto, el Tribunal de instancia ha podido valorar pruebas de cargo, legítimamente obtenidas, que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado en lo que se refiere al delito continuado de prevaricación administrativa por el que ha sido condenada en la sentencia recurrida.

Por el contrario, en relación al delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A. (INALSA) por el que también ha sido condenada esta recurrente en la sentencia recurrida, no ha quedado probada la concurrencia de todos los elementos que caracterizan a ese delito y ello ha tenido su reflejo en los hechos que se declaran probados donde no consta que la ahora recurrente tuviera a su cargo los caudales públicos de los que se ha beneficiado el coacusado Rafael Hernan.

Todo ello ha sido explicado al examinar el quinto de los motivos formalizados por el acusado D. Felix Valentin, donde se dejó expresado lo siguiente:

Uno de los elementos o requisitos necesarios para la existencia del delito de malversación de caudales públicos es que el funcionario o autoridad a quien se atribuye la conducta delictiva goce de facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

En relación a la entidad INALSA se declara probado que guiados por el idéntico ánimo de lucro los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan, buscaron una segunda fuente de ingresos para el segundo, provenientes de fondos públicos, en este caso de la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA). Dicha sociedad tiene como objeto social, la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo órgano soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote, Sociedad que fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por El Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haria, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local. Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta la Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Locales. La Consejera Delegada de dicha entidad era la acusada Felisa Yolanda , miembro del PIL, cargo para el que fue nombrada en la sesión del Consejo de Administración de Inalsa de 16 de julio de 2007, acuerdo elevado a escritura pública el 1 de agosto de 2007, habiendo contratado dicha Consejera Delegada como Gerente de Inalsa al acusado Leovigildo Emiliano en virtud de contrato de fecha 8 de mayo de 2008. En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno. De esta manera Rafael Hernan presentó al cobro en Inalsa durante el año 2008 las siguientes minutas: Minuta de fecha 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008. Minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009. Y durante el año 2009 el mismo acusado presentó al cobro las siguientes minutas: Minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009. Minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento tanto de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno, y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . En todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano .

En este relato fáctico se declara como probado que la acusada Felisa Yolanda era la Consejera Delegada de dicha entidad y que el acusado Leovigildo Emiliano era el Gerente de INALSA y que ambos habían firmado las órdenes de pago que permitieron al acusado Rafael Hernan apropiarse de unas cantidades por unos servicios que no había prestado.

Esas firmas se ha considerado decisiones arbitrarias que han determinado la aplicación del delito de prevaricación administrativa, lo que nada se dice es que esos dos acusados, que ejercían puestos de responsabilidad en la entidad INALSA, tuvieran poder de disposición sobre los caudales de dicha entidad o que estuvieran a su cargo.

El texto del Código Penal aplicado en la sentencia recurrida es el que estaba vigente cuando se produjeron los hechos y antes de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, texto legal cuya aplicación no ha sido cuestionada en los recursos, y en el apartado 1º del artículo 432 del Código Penal , ante de esa reforma, disponía que se castiga a "la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones..".

Con relación a ese requisito de que se tengan los caudales a su cargo, por razón de sus funciones, ha declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 411/2013, de 6 de mayo , que debe existir una relación especial entre agente y caudales, de ahí que esta disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico



www.civil-mercantil.com

del delito. El tipo penal se consuma, pues, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público. Se añade en esta Sentencia, que tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

Los Tribunales están sujetos al principio de legalidad y como se expresa en las sentencias de esta Sala 657/2013, de 15 de julio , y 300/2012, de 3 de mayo , la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (art 4.1º del Código Penal) que prohíbe taxativamente la analogía in malam partem , es decir la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él. Así lo ha expresado nuestro Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 123/2001, de 4 de junio ; 120/2005, de 10 de mayo ; 76/2007, de 16 de abril ; 258/2007, de 18 de diciembre ; y 91/2009, de 20 de abril), que de forma reiterada ha recordado que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, añadiendo que en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a utilizar está constituido por el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem . Por tanto el respeto del principio de legalidad, en su exigencia de Lex Stricta , impide la aplicación del tipo en perjuicio del reo mas allá de lo que consiente el propio sentido literal del precepto que configura el alcance de protección de la norma. Y relacionado el principio de legalidad con el de tipicidad, es bien ilustrativa la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 126/2001, de 4 junio , en la que se expresa que "la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones («lex certa»)." Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987 de 21 de julio ; 182/1990, de 15 de noviembre ; 156/1996, de 14 de octubre ; 137/1997, de 21 de julio ; 151/1997, de 29 de septiembre ; 232/1997, de 16 de diciembre ; y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «in malam partem» (SSTC 81/1995, de 5 de junio ; 34/1996, de 11 de marzo ; 64/2001, de 17 de marzo ; AATC 3/1993, de 14 de enero ; 72/1993, de 1 de marzo , es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC



www.civil-mercantil.com

133/1987, de 21 de julio ; 137/1997, de 21 de julio ; 142/1999, de 22 de julio ; AATC 263/1995, de 27 de septiembre ; 282/1995, de 23 de octubre).

Y en los hechos que se declaran probados, a los que se ha hecho antes mención, no se atribuye a los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano esa posibilidad de disposición sobre los caudales públicos, y solo mediante una lectura extensiva y suponiendo lo que no se dice podría afirmarse que esos acusados tenían a su cargo los caudales públicos de los que se benefició otro de los acusados, por lo que no se puede afirmar que se cumpla el requisito previsto en el artículo 432.1 del Código Penal de que se hubiera producido la sustracción de efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

Así las cosas, y en relación al delito de malversación de caudales públicos atribuido, como autores principales a los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , en el ámbito de la entidad INALSA, está ausente uno de los requisitos esenciales que integran el delito de malversación de caudales públicos, por lo que no puede castigarse como autores por inducción cuando la conducta descrita de los directamente ejecutores no es constitutiva de delito.

Así las cosas, debe prevalecer el derecho de presunción de inocencia en relación al delito de malversación de caudales públicos por el que también ha sido condenada la ahora recurrente en la sentencia recurrida y ello determina que proceda la estimación parcial del presente motivo con el alcance que acaba de ser expuesto.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Leovigildo Emiliano

Primero.

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 432.1 del Código Penal .

Son de reiterar las razones expresadas, al examinar el quinto de los motivos formalizados por el acusado Felix Valentin y el último de los motivos formalizados por la anterior recurrente, para explicar que los hechos que se declaran probados en relación Leovigildo Emiliano no son constitutivos del delito de malversación de caudales públicos por el que ha sido condenado por el Tribunal de instancia.

Ciertamente, uno de los elementos o requisitos necesarios para la existencia del delito de malversación de caudales públicos es que el funcionario o autoridad a quien se atribuye la conducta delictiva goce de facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

En relación a la entidad INALSA se declara probado que guiados por el idéntico ánimo de lucro los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , buscaron una segunda fuente de ingresos para el segundo, provenientes de fondos públicos, en este caso de la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA). Dicha sociedad tiene como objeto social, la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo órgano soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote, Sociedad que fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por El Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haria, San Bartolomé, Teguise, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local. Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta la Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de



www.civil-mercantil.com

los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones Locales. La Consejera Delegada de dicha entidad era la acusada Felisa Yolanda , miembro del PIL, cargo para el que fue nombrada en la sesión del Consejo de Administración de Inalsa de 16 de julio de 2007, acuerdo elevado a escritura pública el 1 de agosto de 2007, habiendo contratado dicha Consejera Delegada como Gerente de Inalsa al acusado Leovigildo Emiliano en virtud de contrato de fecha 8 de mayo de 2008. En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno. De esta manera Rafael Hernan presentó al cobro en Inalsa durante el año 2008 las siguientes minutas: Minuta de fecha 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008. Minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009. Y durante el año 2009 el mismo acusado presentó al cobro las siguientes minutas: Minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009. Minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento tanto de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno, y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . En todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano .

En este relato fáctico se declara como probado que la acusada Felisa Yolanda era la Consejera Delegada de dicha entidad y que el acusado Leovigildo Emiliano era el Gerente de INALSA y que ambos habían firmado las órdenes de pago que permitieron al acusado Rafael Hernan apropiarse de unas cantidades por unos servicios que no había prestado.

Esas firmas en las órdenes de pago integran las decisiones arbitrarias que han determinado la aplicación del delito de prevaricación administrativa, lo que nada se dice es que esos dos acusados, que ejercían puestos de responsabilidad en la entidad INALSA, tuvieran poder de disposición sobre los caudales de dicha entidad o que estuvieran a su cargo.

El texto del Código Penal aplicado en la sentencia recurrida es el que estaba vigente cuando se produjeron los hechos y antes de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, texto legal cuya aplicación no ha sido cuestionada en los recursos, y en el apartado 1º del artículo 432 del Código Penal , ante de esa reforma, disponía que se castiga a "la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones..".

Con relación a ese requisito de que se tengan los caudales a su cargo, por razón de sus funciones, ha declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 411/2013, de 6 de



www.civil-mercantil.com

mayo , que debe existir una relación especial entre agente y caudales, de ahí que esta disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito. El tipo penal se consuma, pues, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público. Se añade en esta Sentencia, que tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

Los Tribunales están sujetos al principio de legalidad y como se expresa en las sentencias de esta Sala 657/2013, de 15 de julio , y 300/2012, de 3 de mayo , la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (art 4.1º del Código Penal) que prohíbe taxativamente la analogía in malam partem , es decir la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él. Así lo ha expresado nuestro Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 123/2001, de 4 de junio ; 120/2005, de 10 de mayo ; 76/2007, de 16 de abril ; 258/2007, de 18 de diciembre ; y 91/2009, de 20 de abril), que de forma reiterada ha recordado que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, añadiendo que en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a utilizar está constituido por el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem . Por tanto el respeto del principio de legalidad, en su exigencia de Lex Stricta , impide la aplicación del tipo en perjuicio del reo mas allá de lo que consiente el propio sentido literal del precepto que configura el alcance de protección de la norma. Y relacionado el principio de legalidad con el de tipicidad, es bien ilustrativa la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 126/2001, de 4 junio , en la que se expresa que "la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones («lex certa»)." Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987 de 21 de julio ; 182/1990, de 15 de noviembre ; 156/1996, de 14 de octubre ; 137/1997, de 21 de julio ; 151/1997, de 29 de septiembre ; 232/1997, de 16 de diciembre ; y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «in malam partem» (SSTC 81/1995, de 5 de junio ; 34/1996, de 11 de marzo ; 64/2001, de 17 de marzo ; AATC 3/1993, de 14 de enero ; 72/1993, de 1 de marzo , es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador



www.civil-mercantil.com

corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio ; 137/1997, de 21 de julio ; 142/1999, de 22 de julio ; AATC 263/1995, de 27 de septiembre ; 282/1995, de 23 de octubre).

Y en los hechos que se declaran probados, a los que se ha hecho antes mención, no se atribuye a los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano esa posibilidad de disposición sobre los caudales públicos, y solo mediante una lectura extensiva y suponiendo lo que no se dice podría afirmarse que esos acusados tenían a su cargo los caudales públicos de los que se benefició otro de los acusados, por lo que no se puede afirmar que se cumpla el requisito previsto en el artículo 432.1 del Código Penal de que se hubiera producido la sustracción de efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

Así las cosas, y en relación al delito de malversación de caudales públicos atribuido, como autores principales a los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , en el ámbito de la entidad INALSA, está ausente uno de los requisitos esenciales que integran el delito de malversación de caudales públicos, por lo que no puede castigarse como autores por inducción cuando la conducta descrita de los directamente ejecutores no es constitutiva de delito.

Por todo lo que se acaba de dejar expresado, el presente motivo debe ser estimado.

Segundo.

- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal .

Se niega la existencia del delito de prevaricación y se dice que las propia Sala de instancia reconoce la prestación de servicios realizados por el Sr. Rafael Hernan en la entidad INALSA por lo que tesis de que los acusados eran plenamente conscientes de que las minutas presentadas por ese señor no se correspondían con servicio alguno y que conocían la inexistencia del servicio es falaz.

Y se concluye señalando que el ahora recurrente autorizó el pago de unas facturas que se correspondían a servicios prestados a la entidad INALSA y que la autorización del pago es una resolución justa y acorde a derecho y que el Sr. Leovigildo Emiliano , como Gerente de la entidad INALSA, en pleno conocimiento de los diferentes servicios prestados por el Sr. Rafael Hernan a la mencionada entidad, era condecorador de estar dictando una resolución justa, por lo que no concurren los elementos constitutivos del delito de prevaricación.

Como se ha dejado expresado al examinar el primero motivo formalizado por la anterior recurrente, el cauce procesal que se esgrime en defensa del motivo exige el más riguroso respeto a los hechos que se declaran probados y en ellos se dice, entre otros extremos, que "en ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se correspondían con trabajo alguno (...) . Se añade que las minutas presentadas por Rafael Hernan a INALSA, en el año 2008 y las presentadas en el año 2009, por un total de 21.882,35 euros netos, ascendiendo la cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros y que dichas minutas fueron pagadas y abonadas en la cuenta de Rafael Hernan , en el Banco de Santander, y "en todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos condecoradores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . (...)Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el



www.civil-mercantil.com

desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumó, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad INALSA.

La conducta que se deja descrita de la ahora recurrente en los hechos probados se subsume, sin duda, en el delito de prevaricación administrativa apreciado en la sentencia recurrida, subsunción que es acorde con reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa 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; en cuarto lugar, que ocasiones un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, 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 (SSTS 49/2010, de 4 de febrero ; 1160/2011 , de 8/11 ; 502/2012, de 8/6 y 743/2013, de 11/10 , entre otras. En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala 627/2006, de 8 de junio , 755/2007, de 25 de mayo , y 743/2013, de 11 de octubre , argumentan que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art.9.3 CE , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos dela autoridad o funcionario público. Y así, 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 de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23/5/98 ; 4/12/98 ; 766/99, de 18 de mayo ; y 2340/2001 , de 10 de diciembre).

Y en el presente caso concurren en la conducta del ahora recurrente cuantos elementos se hacen necesarios para apreciar el delito de prevaricación administrativa ya que firmó unas órdenes de pago en relación a las minutas presentadas por Rafael Hernan , a sabiendas de que no correspondían a la prestación de servicio alguno a la entidad INALSA y ello constituye el dictado de una resolución absolutamente arbitraria e injusta, contraria al ordenamiento jurídico y lesiva del interés colectivo.

En cuanto al elemento subjetivo "a sabiendas" que exige el tipo del delito de prevaricación, se infiere perfectamente del relato fáctico de la sentencia recurrida al describirse el acuerdo alcanzado entre todos los acusados, quienes conocían que se realizaron los pagos sin prestación de servicio alguno.

En relación a la condición de funcionario que tenía el ahora recurrente cuando realizó la conducta que se le imputa, en los hechos que se declaran probados, entre otros extremos, también se dice que guiados por el idéntico ánimo de lucro los acusados Felix Valentin y Rafael Hernan , buscaron una segunda fuente de ingresos para el segundo, provenientes de fondos

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

públicos, en este caso de la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa). Dicha sociedad tiene como objeto social, la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo Organismo soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote". Sociedad que fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por el Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Teguipe, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local. Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta La Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones Locales. La Consejera Delegada de dicha entidad era la acusada Felisa Yolanda , miembro del PIL, cargo para el que fue nombrada en la sesión del Consejo de Administración de INALSA de 16 de julio de 2007, acuerdo elevado a escritura pública el 1 de agosto de 2007, habiendo contratado dicha Consejera Delegada como Gerente de INALSA al acusado Leovigildo Emiliano en virtud de contrato de fecha 8 de mayo de 2008. En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Felix Valentin de su ascendencia sobre Felisa Yolanda , en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Rafael Hernan y con cargo a fondos públicos de INALSA, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno. De esta manera Rafael Hernan presentó al cobro en INALSA durante el año 2008 las siguientes minutas: Minuta de fecha 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008. Minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008. Minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009. Y durante el año 2009 el mismo acusado presentó al cobro las siguientes minutas: Minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009. Minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009. Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan con perfecto conocimiento tanto de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno, y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Rafael Hernan en el Banco de Santander NUM000 . En todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos concededores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin . Como consecuencia de la actuación de los cuatro acusados, Rafael Hernan recibió de manera indebida de la entidad Inalsa la cantidad neta de 21.882,35 euros, ascendiendo la



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros. Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumó, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad INALSA. Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte de la entidad INALSA.

De relato fáctico que acaba de ser expuesto se infiere que los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , cuando estaban en el ejercicio de sus funciones como Consejera Delegada y Gerente, respectivamente, actuaban como funcionarios públicos y que la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A. (INALSA) era una administración pública.

Al analizar la condición de funcionario público, a efectos penales, tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 149/2015, de 11 de marzo y 1590/2003, de 22 de abril , que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP (con anterioridad art. 119 CP 1973), conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo". Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.The cover features the title 'Revista práctica del Derecho CEFLegal.-' in white text on a dark background. To the right, there is a photograph of a person in a dark suit holding a pair of golden scales of justice.

www.civil-mercantil.com

de 27 de enero de 2003). El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos (STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002)". Se añade en la Sentencia primeramente citada que de manera más reciente se mantiene esta misma doctrina en la STS 421/14, de 16 de mayo , en la que se expresa que "Sobre el concepto penal de funcionario público aplicable a supuestos similares al que aquí se dilucida, se remiten las sentencias de esta Sala 186/2012, de 14 de marzo y 166/2014, de 28 de febrero , entre otras, a la 1.590/2003, de 22 de abril de 2004 , en la que se afirma que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 del C. Penal , conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS 68/2003, de 27 de enero). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS 2059/2002, de 4 de diciembre), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTs 37/2003, de 22 de enero y 1952/2000, de 19 de diciembre), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico- política, acorde con un planteamiento político- criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo. Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas - prosigue argumentando la STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 - tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTs de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). Apoyándose en lo anterior, se matiza en la sentencia 166/2014, de 28 de febrero , que el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas. No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento



www.civil-mercantil.com

formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material".

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta, al caso que examinamos en el presente recurso, resulta evidente que la acusada Felisa Yolanda y el acusado Leovigildo Emiliano, la primera en su condición de Consejera Delegada y el segundo en su condición de Gerente, eran funcionarios públicos, tanto por las funciones desarrolladas, como por sus respectivos nombramientos, como igualmente la entidad INALSA participaba en el ejercicio de funciones públicas, pues sus funciones incluían el ejercicio de potestades públicas en cuanto se declara probado que la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA) tiene como objeto social la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo Órgano soberano, la Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote y que esa Sociedad fue constituida por acuerdo del Consorcio para el Abastecimiento de aguas a Lanzarote, Consorcio a su vez formado por el Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local, Consorcio que sustituye a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta La Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. Por último, completando lo expresado en el anterior motivo sobre el delito de prevaricación administrativa, es oportuno recordar que en la Sentencia citada 149/2015, de 11 de marzo, también se declara que los requisitos de la prevaricación, en los supuestos de empresas de capital público, son los siguientes: 1º) a la condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública;

2º) a que éste sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo; 3º) a que dicha resolución sea arbitraria, en el sentido de que se trate de un acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho 4º) a que se dicte en un asunto administrativo, es decir en una fase del proceso de decisión la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos, de publicidad y concurrencia; y 5º) "a sabiendas de la injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable. Se añade en esa Sentencia que el sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y que la Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: " Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público,



www.civil-mercantil.com

se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios ". Se sigue diciendo que el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo dio una nueva redacción a este regla : "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 , para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia expresada, resulta evidente que los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano actuaron como funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones de Consejera Delegada y Gerente, respectivamente, en una entidad que se integra en la administración pública y con unas conductas que cumplen cuantos requisitos se han dejado expuestos para que exista el delito de prevaricación.

No se ha producido la infracción legal denunciada y el motivo debe ser desestimado.

Tercero.

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se dice que el Tribunal de instancia ha incurrido en error al declarar que el capital de INALSA era público toda vez que ello está sustentado en un documento del que se desconoce su veracidad, contenido y vigencia ya que los estatutos incorporados a la causa, al folio 3169 y siguientes han sido aportados por la Administración Concursal con fecha 22 de enero de 2013, cuando el único modo de conocer de forma fehaciente el contenido y vigencia de unos Estatutos es por medio de una Certificación expedida por el Registro Mercantil.

También se señalan las minutas emitidas por D. Rafael Hernan a la entidad INALSA obrantes a los folios 1547 a 1551, 3066, 3071, 3075, 3083 y 3087 y se dice que el Tribunal de instancia ha incurrido en error al valorar la minuta número 1 obrante al folio 3066 y siguientes, por importe de 6.000 euros y se dice que no se puede tener en cuenta como sumando para determinar el importe de las minutas cobradas por el Sr. Rafael Hernan ya que no se corresponde a labores de asesoramiento sino a provisión de fondos o gastos de representación y que los honorarios pactados eran 3000 euros bimensuales, lo que al año suponen 18.000 euros, cantidad que la Ley de Contratos del Sector Público vigente al tiempo de los hechos permitía para contratos menores y se dice que la autorización de pago de dicha factura (minuta de honorarios) no está firmada por el Sr. Geronimo Hector ni por Dª Felisa Yolanda y que lo que existe en las actuaciones es una copia y no el original por lo que el ahora recurrente no pudo percatarse del error cometido por el Sr. Rafael Hernan al elaborar la minuta en la que hace constar que se refiere a labores de asesoramiento de los meses de marzo y abril del 2008 cuando en realidad la factura se corresponde a los aludidos gastos de representación.

Por todo ello la condena está apoyada en un documento que carece de toda validez jurídica.

Y por último se señala como documento la entregada por D. Rafael Hernan de manera voluntaria a los agentes de la Guardia Civil que procedieron a su detención la cual se haya digitalizada en el CD obrante al folio 1561-bis. Se dice que dichos documentos acreditan que la entidad INALSA entregó al Sr. Rafael Hernan documentación, entre la que se encontraban facturas de suministro eléctrico de INALSA, copia del Convenio Colectivo y el Plan de Viabilidad con el objeto de que procediera a su estudio y realizare las oportunas gestiones en



www.civil-mercantil.com

orden a solucionar los graves problemas que tenía la entidad. Es evidente que si tal documentación obraba en poder de del Sr. Rafael Hernan era porque INALSA le había encomendado y encargado servicios de asesoramiento en beneficio e interés de la sociedad.

El motivo no puede ser estimado.

Ya se ha dejado expresado al examinar otros recursos que el invocado error, por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , solo puede sostenerse cuando se apoya en documentos que gocen de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas y eso de ningún modo puede afirmarse de los documentos que se indican en el presente motivo.

Se dice erróneo que se sostenga en la sentencia recurrida que el capital de la entidad INALSA fuese público y los documentos que se designan para cuestionar tal pronunciamiento son los Estatutos de los que se infiere precisamente esa característica de los caudales de INALSA y lo que realmente se denuncia es el origen de esos Estatutos, que al haber sido aportados por la Administración Concursal no debieron ser valorados. Es decir no se aporta ningún documento con autonomía probatoria que sustente lo que se sostiene en el motivo y se limita a cuestionar unos Estatutos cuando no hay razón alguna que permita afirmar que son inauténticos o están manipulados.

En segundo lugar se alega cometido error al haberse sumado como una más de las minutas la que consta al folio 3066 cuando considera que esos 6.000 euros corresponden a una provisión de fondos.

Examinado ese folio puede comprobarse que en él consta que esa cantidad está relacionada "con labores de colaboración y asesoramiento de marzo y abril de 2008" por lo que no puede acreditar el error que se dice cometido.

Por último tampoco gozan de literosuficiencia los documentos que el acusado Sr. Rafael Hernan entregó a la Guardia Civil ya que por si solos no acreditan que ese señor estuviese prestando servicios a la entidad INALSA.

En consecuencia no se designan documentos que gocen de autonomía probatoria y que acrediten que el Tribunal de instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba.

Cuarto.

En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, causante de indefensión, con relación al artículo 24 de la Constitución .

Se dice producida, en primer lugar, una ruptura de la cadena de custodia ya que la actual Instructora de las Diligencias Previas 697/2008 dictó Providencia de fecha 20 de diciembre de 2013 en la que relata que el Sr. Secretario judicial ha manifestado que la totalidad de los discos originales objeto de las intervenciones telefónicas acordadas y las copias existentes pueden encontrarse en el despacho del aula de formación desconociendo el estado de custodia y ordenó por Auto deducir testimonio contra el Secretario judicial por si sus actos fueran constitutivos de delito y se tramitan las Diligencias Previas 654/2014, en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Arrecife, en el que se investiga la comisión de un delito de falsificación de documentos públicos e infidelidad en la custodia de documentos por funcionario.

El segundo motivo de nulidad planteado por la defensa del recurrente es la falta de firma del Magistrado instructor en innumerables resoluciones como son Autos acordando detenciones, Autos acordando entradas y registros, Autos acordando intervenciones telefónicas, Diligencias de careo, etc..

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Entre las innumerables resoluciones carentes de firma se dice que está la Providencia de fecha 16 de abril de 2010 por la que se une a esta causa el atestado nº 9/2010 de la Unión del Crimen Organizado, atestado que abre la Pieza Separa nº 8 y la Providencia de fecha 20 de marzo de 2010 por la que se une a esta causa la denuncia interpuesto por D. Leoncio Braulio referente a los pagos que realizó INALSA al Sr. Rafael Hernan , denuncia a la que el Sr. Leoncio Braulio acompaña las facturas emitidas por el Sr. Rafael Hernan , facturas que como declaró el testigo D. Placido Leon , director del departamento de administración de INALSA fueron robadas de la mencionada entidad por lo que se dice que la falta de firma con la negativa del Magistrado de subsanar las Providencias citadas y la obtención y presentación de estas facturas debe desembocar en la declaración de nulidad del atestado 9/2010 y de la denuncia referente a INALSA

Estas alegaciones en defensa del motivo coinciden con las denuncias presentadas por el coacusado Felix Valentin en los tres primeros motivos de su recurso y por la acusada Valle Yolanda en el segundo motivo de su recurso.

Es de por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar esos motivos, y reiterar, en relación a la alegada inexistencia de cadena de custodia que el Tribunal de instancia explica lo infundamentado de esta denuncia y en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida se expresa que respecto a los defectos de la custodia ni la providencia de diciembre de 2013 ni el informe anterior de la Magistrado instructora afirman la existencia de manipulación alguna, sino que señalan (y es cierto) lo inadecuado del lugar en que se encontraban los CD's originales. Dicho sea de paso, en esa providencia y contrariamente a lo que se afirma por la defensa, no se dice que fue en ese momento en el que los originales fueron hallados, o dicho de otra forma, que las copias ofrecidas a las partes no se efectuaron de dichos originales, sin que exista prueba que permita afirmar que las copias entregadas a las partes no se realizaron sobre dichos originales. El Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, también se refiere a lo expresado por el Tribunal de instancia de que ni la providencia de diciembre de 2013 ni el informe anterior de la Magistrada instructora en noviembre de 2013 afirman la existencia de manipulación alguna de los CDs, sino que señalan el inadecuado sitio en el que se encontraban, tampoco se dice que en dichas fechas fueran hallados los CDs ni que las copias entregadas a las partes no lo fueran de dichos soportes y que recuerda la Sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 2014 sobre la integridad y seguridad del Sistema SITES, añadiendo el Tribunal que las defensas no han aportado indicio alguno que permita dudar o negar que las grabaciones de los CDs son los originales, que de las mismas se expidió copia a las partes y que éstas fueron las que se oyeron en el juicio oral y coincidían con las transcripciones realizadas por la Policía, en sus oficinas. En definitiva no existe dato o elemento alguno que permita sostener que las grabaciones del sistema SITES fueran manipuladas. Conviene recordar sobre el sistema SITES que las acreditaciones individualizadas a los miembros de las unidades de investigación para acceder al sistema, autorizaciones que únicamente permiten visualizar el contenido pero nunca modificarlo, son pues usuarios pasivos de la información. Y cumpliendo lo ordenado por la autoridad judicial proceden a volcar a un soporte, CD/DVD, el contenido de la intervención correspondiente, volcado que implica nueva certificación digital de cada soporte empleado con las siguientes precisiones: a) Ese volcado se realiza desde los centros remotos y utilizando los terminales del SITES b) Se verifica de fecha a fecha, es decir, que comienza con el primer día de la intervención e incorpora la totalidad de las conversaciones y datos asociados producidos hasta la fecha que se indique al sistema, que será la señalada por el juzgado para que se le de cuenta (semanal o quincenalmente) o la necesaria para solicitar la prórroga de la intervención. C) La realización de sucesivos volcados de la intervención a los soportes CD/DVD se lleva a cabo sin solución de continuidad, enlazando los periodos temporales hasta que finaliza la intervención, de forma que los CD/DVD aportados de esta manera al Juzgado contienen íntegramente la intervención correspondiente por lo que son los soportes que han de emplear para la solicitud de la prueba, en

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

el caso de que sea necesario, para el acto del juicio oral. Desde un equipo remoto no es posible modificar ni borrar absolutamente nada del servidor central del SITEL. El soporte DVD en el que se vuelca la intervención telefónica se trata de un soporte de solo lectura, porque así lo han acordado llevar a cabo, es decir, se trata de un soporte en el que no se puede grabar sobre el mismo. D) Las transcripciones de parte de las conversaciones no implican más que una herramienta de facilitación del trabajo al Juez. El contenido de las conversaciones y datos asociados queda íntegramente grabado en el Servidor Central del SITEL, y no es posible su borrado sin autorización judicial específica, sin que sea posible su alteración porque queda registrado en el sistema cualquier intento de manipulación y ello de forma indeleble. La aportación de los soportes CD/DVD en los que se ha volcado la información, se efectúa por los responsables de las unidades de investigación y amparadas por la intervención que realiza el funcionario policial que actúa como secretario de las mismas. E) El cualquier momento del proceso es posible la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante su contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial. Este contraste puede realizarse por el juzgado en los terminales correspondientes para acreditar su identidad con la "matriz" del servidor central. Y esta verificación no fue solicitada en momento alguno por el recurrente. Ello, con independencia, de que en modo alguno aparece en las actuaciones indicio de manipulación de los soportes, como señala la sentencia recurrida. Los CDs fueron cotejados, como lo demuestra el folio 5206 de la causa, y unidos a la causa en sobre cerrado como se dice en Diligencia de la Secretaría de fecha 11 de febrero de 2013, y reproducidos en el juicio oral.

La alegada indefensión por ausencia de firma también se rechaza en la sentencia recurrida y así se expresa que, respecto a la no constancia de la firma del Juez en determinados Autos y Providencias (pag. 47 y 48 de la sentencia), las defensas no han determinado la indefensión que pudo producirles dicha falta y, además, en su caso, la omisión de la firma podría haber dado lugar a declarar ineficaces dichas resoluciones, pero no la nulidad de todo el procedimiento. Añadiendo el Tribunal que dichas resoluciones no fueron recurridas. En el caso concreto, la Providencia de fecha 20 de marzo de 2010, que acordó la incorporación a la causa de las Diligencias de Investigación de Fiscalía 15/2010, es de mero trámite impulsor de la causa, no lleva la firma del juez pero sí la firma del Secretario del Juzgado y es un error subsanable. Y, por otro lado, no puede considerarse que las copias de las minutas aportadas en su denuncia en Fiscalía por el denunciante, en su calidad de Concejal electo del Ayuntamiento de Arrecife, fueran ilegítimamente obtenidas, dada la inexistencia de prueba de ello y que, además, fueron reconocidas dichas facturas como verdaderas en la causa por quien las expidió y las pagó, como se recoge en los fundamentos jurídicos catorce, quince y dieciséis de la sentencia recurrida en los que se analiza la prueba practicada a la que se ha hecho mención al examinar el primer motivo de este recurso.

Por otra parte, es de reiterar lo expresado al examinar otros recursos de que la indefensión supone la efectiva y real privación del derecho de defensa y no basta con una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión y ninguna de las irregularidades procesales denunciadas en ningún caso han producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni indefensión a las partes, nulidades que, por lo antes expuesto, fueron rechazadas motivadamente por Tribunal sentenciador.

El motivo debe ser desestimado.

Quinto.

En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y sin



www.civil-mercantil.com

dilaciones indebidas, habiéndose causado indefensión, con relación al artículo 24 de la Constitución .

Se alega que el Tribunal de instancia no ha aplicado una atenuante por dilaciones indebidas y se dice que las Diligencias Previas 697/2008 se incoan el 6 de julio de 2008 y la sentencia que se recurre se dicta el 22 de enero de 2015 , y que el proceso ha durado siete años.

Es de dar por reproducido lo expresado al rechazar la misma alegación realizada por anteriores recurrentes.

Por las mismas razones expresadas en esos recursos, el presente motivo debe ser desestimado.

Sexto.

En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia con relación al artículo 24 de la Constitución .

Se alega que el Tribunal de instancia cimienta la condena del ahora recurrente como autor de un delito de malversación de caudales públicos y de un delito de prevaricación administrativa en tres premisas falsas:

1ª La existencia de un concierto entre D. Leovigildo Emiliano y D. Felix Valentin , Dª Felisa Yolanda y D. Rafael Hernan para transferir a éste último fondos públicos de INALSA de forma fraudulenta.

Lo que rechaza, reiterando lo ya expresado en defensa del primer motivo, de que no tenía relación de amistad con el Sr. Rafael Hernan , que tampoco tenía amistad con la Sra. Felisa Yolanda sino tan solo una relación laboral de 15 días, que tampoco tenía relación familiar ni de amistad con D. Felix Valentin y que si bien es yerno de ese señor esa relación familiar es posterior ya que conoció a su hija seis meses después de su contratación por la entidad INALSA y 6 meses después de la contratación del Sr. Rafael Hernan y que el ahora recurrente no formaba parte del Grupo PIL ni de ningún otro partido político ni era natrural de Lanzarote a donde llegó a finales de abril de 2008 para trabajar en INALSA contratado por la Consejera Felisa Yolanda y ratificado por el Consejo de Administración de INALSA en reunión de 29 de abril de 2008 por su experiencia de más de 15 años en el sector de tratamiento de aguas.

2º. Se dice cometida una segunda premisa falsa al afirmarse la inexistencia de los servicios y labores de asesoramiento realizadas por el Sr. Rafael Hernan a favor de INALSA y se remite, una vez más, a lo declarado en el acto del juicio oral por los testigos Placido Leon , Director de Administración de INSALSA, D. Ricardo Torcuato , D. Francisco Teodosio , Doña Bernarda Agueda , D. Nicanor Celestino , D. Lucas Baltasar , D. Celestino Lucas , D. Fulgencio Lucas y también se refiere a las declaraciones de la coacusada Dª Felisa Yolanda y a las propias declaraciones del ahora recurrente.

3º Que la sentencia fabula que los pagos realizados al Sr, Rafael Hernan con fondos públicos obedecen a no a servicios prestados a INALSA sino a la gestión de asuntos particulares de D. Felix Valentin y se dice que es no ha quedado demostrado por prueba alguna. Y se reiteran argumentos esgrimidos en defensa de los anteriores motivos y entre ellos, aquellos testimonios referidos a la necesidad de la contratación.

La estimación del primer motivo de este recurso, al no describirse en los hechos que se declaran probados los requisitos necesarios para apreciar un delito de malversación de caudales públicos, determina que el presente motivo queda limitado al delito de prevaricación.

CEF.-**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

Como también se ha dejado expresado al examinar precedentes recursos, el Tribunal de instancia, en los fundamentos jurídicos décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto, analiza y valora la prueba practicada, tanto la de cargo como la de descargo, para llevar al convencimiento sobre los hechos que se declaran probados, considerando que la prueba de cargo es suficientemente incriminatoria para enervar el derecho de presunción de inocencia de los acusados. Así, señala que se ha tenido en cuenta: a) El Certificado expedido por la Jefa del Servicio de Régimen y Registro de Personal de la Dirección General de la Función Pública del Gobierno de Canarias (folio 3014) en el que se acredita que el acusado Rafael Hernan era funcionario de la Comunidad Autónoma de Canarias en la fecha de los hechos. Para el Tribunal de instancia dicho certificado acredita la imposibilidad de que el acusado Rafael Hernan pudiera ser contratado por el Ayuntamiento de Arrecife y por la entidad INALSA, por la Ley de Incompatibilidades y que ello era conocido por acusados; b) Las minutas presentadas al cobro por el acusado Rafael Hernan , al Ayuntamiento de Arrecife (marzo a junio de 2008 y enero y febrero de 2009), y a INALSA (marzo a diciembre de 2008 y enero a marzo de 2009), las primeras, que ya constaban testimoniadas en el procedimiento, fueron aportadas por el Ministerio Fiscal al inicio del juicio oral, en el trámite de cuestiones previas, y que figuran en los archivos del Ayuntamiento en dos expedientes de contabilidad (desaparecidos ambos) (folio 2479), y respecto a las segundas, obran a los folios 3066, 3071, 3075, 3083 y 3087); c) El certificado del Banco Santander (folio 3090), que acredita que le fue transferida al acusado Rafael Hernan , desde el Ayuntamiento de Arrecife la cantidad total de 16.641,18 euros, y desde INALSA la cantidad total de 21.882,35 euros y certificado del Interventor del Ayuntamiento de Arrecife (folio 1681) de la cuantía (brutas) abonadas a Rafael Hernan de 12.352,96 euros el día 26 de agosto de 2008 y 7.411,76 euros el 30 de marzo de 2009, y certificado del Director de INALSA (folio 1863) de 3 de mayo de 2012, en el que constan abonadas a dicho acusado las cantidades de 18.677,64 euros en el año 2008 y 7.411,75 euros en el año 2009; d) Ordenes de pago, que en el caso de las minutas presentadas por el acusado Rafael Hernan al Ayuntamiento de Arrecife, cuatro de ellas fueron firmadas por el acusado Javier Pablo y dos por dicho acusado y la acusada Valle Yolanda . Y en el caso de las minutas a INALSA, todas las órdenes de pago fueron firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano ; e) Inexistencia de expediente alguno o contrato escrito para la prestación de servicios del acusado Rafael Hernan en el Ayuntamiento de Arrecife y en la entidad INALSA, cuando por la cuantía de las facturas y minutas no podía hacerse la contratación verbal, dado lo preceptuado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la Ley de Contratos del Sector Público (pags. 74 a 79 de la sentencia). Lo acredita la declaración del Alcalde de Arrecife en aquella época Arsenio Leandro , que negó la contratación de Rafael Hernan , el Informe (f. 2482) y testimonio de Sonia Noelia , funcionaria del Ayuntamiento, que expresa que no existe en el Ayuntamiento expediente o contrato de Rafael Hernan , el Informe (folio 2487) y testimonio de Ana Virginia , Interventora accidental del Ayuntamiento, que expresa la inexistencia de expediente contable, de las facturas de Rafael Hernan en el Departamento de Contratación ni de Régimen Interior; y el Informe (F. 2483) y testimonio de Beatriz Carla , que expresa que en el Libro de Decretos no se ha encontrado entre las fechas 1 de enero de 2008 y a 31 de diciembre de 2009, ninguno que se refiera a Rafael Hernan ; f) Declaración del coimputado Javier Pablo que en el juicio oral reconoce las cartas obrantes a los folios 1337 a 1340 como remitidas por Felix Valentin , 1408 y 1409 remitidas por él a Felix Valentin , 2022 a 2024 que fueron remitidas por Felix Valentin y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 108 a 109). Reconoce las conversaciones del día 1 de abril de 2009 (folio 2071 y 2072), de 13 de marzo de 2009 (f.2066 y 2067), de 19 de marzo de 2009 (f. 2068) y 1 de abril de 2009 (f. 488) y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 106 a 108). Que Felix Valentin fue quien le propuso a Rafael Hernan , que Felix Valentin convocó la reunión de concejales del grupo PIL, en el Gran Hotel de Arrecife, que

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Felix Valentin no asistió, y allí conoció a Rafael Hernan , que se lo presentó Valle Yolanda . Que las minutas de Rafael Hernan le llegaron unas por vía de Felix Valentin a él y otras a la Concejalía de Hacienda. Que el Grupo PIL se negaba a pagar dichas facturas por la inexistencia de trabajo. Que Felix Valentin insistía que se pagaran las facturas a Rafael Hernan , y por eso se pagaron, pero que no había realizado ningún trabajo para el Ayuntamiento. Que Felix Valentin era el que hacía y deshacía y mandaba en el Ayuntamiento de Arrecife. Además, Javier Pablo , desde su primera declaración policial (f. 1446 y ss) afirmó que Felix Valentin le insistía para que abonase las facturas de Rafael Hernan , añadiendo en su primera declaración judicial (folio 1512 y ss.) que Felix Valentin quería que Rafael Hernan fuera asesor, que no cree que este hiciera nada, que Felix Valentin le insistió para el abono de las facturas y que cuando los Concejales se negaron a pagar, Felix Valentin le buscó INALSA. Manifestaciones que reitera a los folios 2673 y siguientes de las actuaciones. El Tribunal considera creíbles dichas declaraciones del coimputado y le da valor de prueba de cargo, después de analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo sobre el valor de las declaraciones de los coimputados como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, por su persistencia, no existir ánimo espurio o de enemistad, y considerarla corroborada por la investigación y documentos obrantes en la causa. Señala el Tribunal que es cierto que el coacusado Javier Pablo ha obtenido un beneficio penológico por su reconocimiento de los hechos, y que puede que en otras piezas de la causa lo obtenga, pero ello no desacredita ni ensombrece la fiabilidad y credibilidad de su declaración por estar corroborada por hechos y datos externos y considera como tales: 1. Los abonos efectuados por el Ayuntamiento de Arrecife e INALSA a Rafael Hernan , que nadie ha negado; 2. Las declaraciones de los testigos en el juicio oral, testimonios que se recogen en la sentencia (pags. 96 a 102) a las que nos remitimos; 3. Las conversaciones telefónicas, que fueron oídas en el juicio oral, y cuyo contenido se recoge en la sentencia (pags. 106 a 108); 4. La correspondencia intervenida a los acusados Javier Pablo , en su domicilio y a Felix Valentin en su celda del Centro Penitenciario, cuyo contenido se recoge en la sentencia (f. 108 y 109); y 5. La consignación por Rafael Hernan de los 16.941,18 euros que se entregó a Rafael Hernan por parte del Ayuntamiento de Arrecife (folio 4066); g) Conversaciones telefónicas interceptadas con autorización judicial por Auto de 20 de febrero de 2009 de los teléfonos de los acusados Felix Valentin y Javier Pablo , cuyas transcripciones obran en la causa y especialmente las que se grabaron del teléfono móvil 650.43.63.30, atribuido al acusado Felix Valentin , sin que este haya negado su titularidad, y que fueron oídas en el juicio oral, únicamente admitidas por el acusado Javier Pablo y negadas por los otros acusados, pero a las que el Tribunal da valor de prueba de cargo, al considerarlas legítimas, como se ha expuesto anteriormente y por haber identificado las voces de los acusados, y así el Tribunal afirma: "Y en este caso ninguna duda albergamos, tanto por el contenido de las conversaciones, véase a título de ejemplo la coincidencia de las fechas señaladas por Felix Valentin respecto del tercer grado con las conversaciones mantenidas con Rafael Hernan , y no albergamos dudas, pues las voces escuchadas de manera directa por este Tribunal es sencillo identificarlas con la de los acusados, sin necesidad de prueba alguna ajena a la de la propia percepción de la Sala"; h) Correspondencia intervenida con autorización judicial (Autos de 13 de marzo de 2010 y 29 de mayo de 2009, obrantes a los folios 1326 y 1749) a los acusados Javier Pablo , en su domicilio, y a Felix Valentin en su celda del Centro Penitenciario, cuyo contenido se recoge en la sentencia, y obrantes a los folios 1337 a 1340, 1349 a 1353, 1356 a 1358, 2023 a 2024 y 1405 a 1407 de las actuaciones. De las anteriores cartas intervenidas el Tribunal infiere que Felix Valentin seguía los asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y su influencia en la toma de decisiones, pese a estar inhabilitado, su interés para que se realizaran los pagos al acusado Rafael Hernan , y también el Tribunal infiere que el acusado Rafael Hernan se implicó e hizo gestiones sobre el tercer grado de Felix Valentin y le insistía en el pago de las facturas, pues él



www.civil-mercantil.com

era el único amigo que tenía; i) Las declaraciones de los testigos, tanto de la acusación como de las defensas, cuyo contenido se transcribe en la sentencia recurrida

El Tribunal de instancia, del examen, análisis y valoración de dichas pruebas tanto personales como documentales indicadas, infiere que no se realizó la contratación al Sr. Rafael Hernan por el Ayuntamiento de Arrecife, ni verbal ni escrita, porque además no podía hacerse por su condición de funcionario, como lo demuestran las declaraciones del Alcalde Arsenio Leandro , Sonia Noelia , Carmela Evangelina , y Ana Virginia y sus certificaciones, y que también manifiestan que en el Ayuntamiento de Arrecife no existía necesidad de contratar al Sr. Rafael Hernan , manifestando Arsenio Leandro , como Alcalde, y el acusado Javier Pablo que no contrataron al Sr. Rafael Hernan . También infiere el Tribunal que tampoco se contrató al Sr. Rafael Hernan para asesorar a INALSA, pues la acusada Felisa Yolanda , que buscaba una persona con el perfil de éste, lo dejó en manos del jurídico a quien no identifica, y el acusado Leovigildo Emiliano señala que este asesor fue contratado en el mes de mayo de 2008 (concretamente el día 13), lo que no es posible dado que la primera factura presentada a cobro (f. 3066) minuta de 14 de mayo de 2008 lo era por honorarios devengados por "labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008".

El Tribunal de instancia considera que el hecho de que el acusado Sr. Leovigildo Emiliano entregara abundante documentación, relativa a asuntos del Ayuntamiento de Arrecife y de INALSA a los agentes de la UCO, que se hallaba en su poder, y la manifestación de varios testigos de la defensa, que relatan que el acusado acudió a reuniones, en las que se presentaba como asesor del Ayuntamiento e INALSA, no acreditan la contratación ni la efectiva prestación de servicios al Ayuntamiento de Arrecife y a INALSA. Y que esta falta de prestación de servicios del Sr. Leovigildo Emiliano era conocida por el acusado Felix Valentin , que lo impuso a los Concejales del Grupo Político PIL, al que pertenecían los acusados Javier Pablo , Valle Yolanda y Felisa Yolanda , así como a Geronimo Hector , contratado por ésta última, y que éstos conocían que las facturas, cuya orden de pago firmaron, no obedecía a trabajo alguno.

Está también fuera de dudas -y así lo recuerda la Sentencia de esta Sala 1199/2006, de 11 de diciembre , que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia y eso de ningún modo afirmarse de la valoración que ha hecho el Tribunal de instancia de la prueba disponible que ha sido ponderada razonadamente.

Y eso también puede afirmarse respecto a las pruebas que acreditan que Leovigildo Emiliano , ahora recurrente, firmó las órdenes de pago en beneficio del coacusado Sr. Rafael Hernan lo que viene igualmente acreditado por el oficio del Administrador de INALSA, incorporado al folio 3065, de fecha 21 de diciembre de 2012, en el que se hace constar que se remiten al Juzgado los documentos solicitados y la identificación de las personas firmantes, entre los que se encuentran las minutas presentadas por Rafael Hernan y las órdenes de pago y fiscalización entre otros documentos, significando que cuando se indica fotocopia es porque el documento original no se encuentra en el archivo físico, al menos en el orden lógico, de la empresa. En dicho oficio se hace constar: "B) Identificación de las personas autorizantes de las facturas referidas: D. Leovigildo Emiliano (Gerente) y Dª Felisa Yolanda (Consejera Delegada)". Y en cuanto a la orden de pago, obrante al folio 3067, por 6.000 euros, es cierto que es fotocopia y por eso no hay firmas, pero si se observan los folios 3069 y 3070, referidos a dicha orden de pago, en el 3069 consta documento de Caja Canarias, referente al listado de nóminas de Rafael Hernan .b.34 y en el folio 3070, de Detalle Fichero, consta en ambos documentos un cajetín sello, en el que consta "Insular de Aguas de Lanzarote", "Autorización de pagos", "contabilidad" y dos firmas, que no son otras que las de los acusados Leovigildo Emiliano y



www.civil-mercantil.com

Felisa Yolanda . Y respecto a la orden de pago del folio 3072, consta al folio 3073 documento de contabilización de la transferencia al Sr. Rafael Hernan y no pudo hacerse por persona distinta de los acusados, como se señala en el oficio del Administrador de INALSA, antes referenciado. Por lo que la afirmación en los hechos probados de que todas las órdenes de pago fueron firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano viene acreditada por las pruebas practicadas.

Ha existido, por consiguiente, prueba de cargo, legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia invocado.

El motivo no puede prosperar.

Séptimo.

En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del principio de seguridad jurídica, causando indefensión, con relación al artículo 9.3 de la Constitución .

Se alega, en defensa del motivo, que la motivación de la sentencia, la estructura racional del juicio de hecho y las conclusiones fácticas obtenidas por el Tribunal de instancia no son conciliables con los principios de la lógica ni se ajustan a las exigencias de una motivación racional del art. 9.3 de la Constitución .

El Tribunal Constitucional y esta Sala han recordado, en numerosas resoluciones, el mandato del artículo 120.3 de la Constitución acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas lo cual constituye, asimismo, una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, proclamado en el artículo 24.1 del mismo texto constitucional. Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

En el supuesto que examinamos, el Tribunal de instancia, en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, da cumplimiento a la debida motivación, ofreciendo estudiada y razonada respuesta a todas las cuestiones planteadas tanto sobre los hechos como de la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, con expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto y de las pruebas practicadas, tanto de cargo como de descargo, como se ha dejado expresado al examinar el anterior motivo en el que se invoca el derecho de presunción de inocencia.

No responden a la realidad las alegaciones realizadas en defensa del presente motivo que debe ser desestimado.

Octavo.

En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca quebrantamiento de forma por no expresarse clara y terminantemente cuáles son los hechos que se declaran probados y resultar manifiesta contradicción entre ellos y consignar como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

Se dicen cometidas contradicciones respecto a dos hechos cruciales: la existencia o inexistencia de servicios prestados por D. Rafael Hernan en la entidad INALSA y el motivo o razón de los pagos realizados al Sr. Rafael Hernan .



www.civil-mercantil.com

Así se señala que en la página 11 de la sentencia se declara probado que "Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Rafael Hernan , amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Felix Valentin y Rafael Hernan y Felisa Yolanda al que se sumó, con posterioridad el acusado Leovigildo Emiliano en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad Inalsa".

Se dice que en el pasaje descrito la Sala declara probado la inexistencia de servicios prestados por el Sr. Rafael Hernan a la entidad INALSA.

Por el contrario, se indica que en las páginas 112 y 113 de la sentencia se reconoce que el Sr. Rafael Hernan prestó servicios para INALSA al afirmarse: No duda esta Sala que el acusado Rafael Hernan estudiara la documentación que tenía en su poder referente a las dos instituciones de las que recibió pagos, como tampoco dudamos de su valía profesional. Tampoco dudamos de que en todas las reuniones a las que nos acabamos de referir.

No obstante los defectos que acabamos de apuntar es si la asistencia a estas reuniones satisface las labores de asesoría, es evidente que no, en primer lugar desconocemos quién comisionó a Rafael Hernan para acudir a estas reuniones en nombre del Ayuntamiento (dicho sea de paso en un primer momento se señaló que se le había contratado para asesorar a los concejales del PIL) y tampoco se ha señalado quién le comisionó para acudir en nombre de Inalsa. Pensemos, de nuevo en el plano teórico, que estaba comisionado para esta asistencia, que efectos prácticos, que utilidades recibieron las entidades contratantes, que informes se emitieron por el contratado, la respuesta es desalentadora casi ninguno, y es que el único efecto práctico fue la impartición de dos cursos formativos (impartición que tampoco se acredita de forma documental todo hay que decirlo) a los trabajadores de Inalsa, y no existe más constancia escrita de estas labores de asesoramiento...

Y a los folios 117, en su último párrafo y 118 el Tribunal de instancia declara: que el abono de las minutas no pueden justificarse como las breves reuniones mantenidas con Francisco Teodosio , Fulgencio Lucas , Bernarda Agueda , Nicanor Celestino , Lucas Baltasar o Celestino Lucas . O para ser más correctos si hubieron dos resultados, los cursos formativos (de los que se desconoce el número, la duración, la actividad formativa o los trabajadores formados) y la presentación del concurso, pero este último asesoramiento no consintió sino en convencer a Felix Valentin (no olvidemos inhabilitado por resolución judicial firme) de la necesidad de presentar el concurso. Y entendemos que tan pobre bagaje práctico de la actividad de una persona que carece de contrato a favor de la entidad no puede amparar el abono de más de 20.000 euros.

En la página 116 último párrafo y 117 la Sala declara que: En cualquier caso puede argumentarse que Rafael Hernan presto efectivos servicios para ambas entidades públicas, pues tanto tenía documentación en su poder que acreditaba el estudio de asuntos relacionados con ambas, habiendo asistido a reuniones en calidad de asesor en las que le veía informado de dichos temas.

También se aprecian contradicciones en relación al destino de los pagos realizados al Sr. Rafael Hernan .

En la página 11 se declara que: En todos los casos las órdenes de pago estaban firmadas por los acusados Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano , quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Felix Valentin con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos concededores Felisa Yolanda y Leovigildo Emiliano que dicho abono obedecía a intereses propios de Felix Valentin



www.civil-mercantil.com

En la página 119 de la Sentencia se mantiene que: Y es que a cambio Felix Valentin pretendía servirse de los contactos de Rafael Hernan , quién efectivamente se interesó en la consecución del tercer grado

En el primer párrafo del folio 114 de la sentencia se declara: "si que existe si no una asesoría si una dación de cuentas, pero esta no se efectuó ni al Ayuntamiento ni a Inalsa, sino a Felix Valentin como acreditan las cartas. Es por ello que coincidimos con el Ministerio Fiscal cuando entiende que más bien se trataban de servicios particulares a este acusado

Y se añade que, sin embargo, al folio 126 la Sala declara que: "existió un concierto entre Felix Valentin y Rafael Hernan a fin de que aquél le consiguiera a éste, para el abono de gastos familiares, ingresos regulares del Ayuntamiento de Arrecife y de Inalsa.

Por todo ello se entiende por el recurrente que la sentencia recurrida no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados y que hay una manifiesta contradicción entre ellos.

La falta de claridad a que se refiere el precepto invocado ha de ser de tal modo que determine la incomprensión de los hechos que se dejan probados, o aparezcan redactados confusa o dubitativamente, de tal modo que resulten inadecuados para servir de argumentación lógica al fallo; nada de eso sucede en el recurso que se examina, la narración es perfectamente clara sin que deba reflejarse en la narración fáctica extremos que, aducidos por las partes, no han podido ser recogidos por el Tribunal al no deducirse, según su apreciación, de las pruebas practicadas, sin que puedan enfrentarse, para denunciar esa falta de claridad extremos que no están integrados en los hechos que se declaran probados.

Y respecto a la alegada manifiesta contradicción, es de recordar que esta Sala viene declarando, de forma reiterada, que una de las notas que caracterizan este defecto procesal es que la alegada contradicción sea "interna", pues ha de producirse en el seno del relato histórico y, de ningún modo confrontando el mentado relato con el encabezamiento, fundamentación jurídica o fallo de la sentencia de que se trate, y también es jurisprudencia de esta Sala la que señala que para que prospere este motivo por quebrantamiento de forma han de concurrir, además de que se trate de una contradicción interna, esto es, que se de en el seno del apartado relativo a los hechos estimados probados, que no haya posibilidad de concatenar o armonizar lo que se aduce como contradictorio y que la citada contradicción recaiga sobre puntos esenciales o fundamentales, generando, por mutua exclusión, una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (Cfr. entre otras muchas, Sentencia 576/2013, de 25 de junio)

Como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, en el caso de autos, en el relato de hechos robados de la sentencia, no se observa ninguna contradicción interna, incompatible e insubsanable, que sea causal respecto al fallo, pues se afirma la existencia de concierto en los acusados, para el pago de minutas que no obedecen a prestación de servicios alguno con cargo a fondos públicos, sin que puedan enfrentarse, como contradictorios, extremos de los fundamentos jurídicos con los que integran el relato fáctico de la sentencia, que en todo caso, no ofrecen conclusiones insostenibles o enfrentados en oposición o antítesis manifiesta.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido estimar parcialmente los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuestos por los acusados/as D. Felix Valentin , D. Rafael Hernan , Doña Valle Yolanda ,



www.civil-mercantil.com

Doña Felisa Yolanda y D. Leovigildo Emiliano , contra sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 22 de enero de 2015 , en causa seguida por delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación y falsificación de documento mercantil, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín

Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

1322/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

Fallo: 13/04/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 358/2016

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil dieciséis.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción número 5 de Arrecife con el número 2/2013 y seguido ante la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad de documento mercantil y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 22 de enero de 2015 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, hace constar lo siguiente:



www.civil-mercantil.com

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción de aquellos extremos que se refieren al delito continuado de malversación de caudales públicos en relación a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A. (INALSA) que se sustituyen por los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación por los que se absuelve a los acusados D. Felix Valentin , D. Rafael Hernan , D^a Felisa Yolanda y D. Leovigildo Emiliano de ese delito en relación a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (INALSA). También se sustituye el fundamento jurídico de la sentencia recurrida en relación al delito continuado de malversación de caudales públicos en relación al Ayuntamiento de Arrecife por el fundamento jurídico de la sentencia de casación por el que se absuelve a la acusada D^a Valle Yolanda de ese delito en relación al Ayuntamiento de Arrecife. También se sustituye el fundamento jurídico de la sentencia recurrida referido al delito de falsedad en documento mercantil por el fundamento jurídico de la sentencia de casación por el que se absuelve al acusado D. Rafael Hernan de ese delito.

La absolución del acusado D. Felix Valentin por uno de los dos delitos continuados de malversación de caudales públicos por los que fue condenado en la sentencia recurrida determina que se sustituya una de las dos penas impuestas de dos años, nueve meses y veintidós días de prisión y cinco años y cinco meses de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA) en concurso con un delito continuado de prevaricación, con imposición de la pena inferior en un grado por aplicación del artículo 65.3 del Código Penal , por la pena de CUATRO AÑOS, TRES MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, con aplicación del artículo 65.3 del Código Penal , pena que resulta de imponer en la mitad superior la pena de siete a diez años (artículo 404 CP antes de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo), al tratarse de delito continuado, y después la mitad inferior por aplicación del artículo 65.3 CP .

La absolución del acusado D. Rafael Hernan por uno de los dos delitos continuados de malversación de caudales públicos por los que fue condenado en la sentencia recurrida determina que se sustituya una de las dos penas impuestas de dos años, nueve meses y veintidós días de prisión y cinco años y cinco meses de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA) en concurso con un delito continuado de prevaricación, con imposición de la pena inferior en un grado por aplicación del artículo 65.3 del Código Penal , por la pena de CUATRO AÑOS, TRES MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, con aplicación del artículo 65.3 del Código Penal , pena que resulta de imponer en la mitad superior la pena de siete a diez años (artículo 404 CP antes de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo), al tratarse de delito continuado, y después la mitad inferior por aplicación del artículo 65.3 CP . Y la absolución a este mismo acusado del



www.civil-mercantil.com

delito de falsificación de documento mercantil determina que se deje sin efecto la condena que le fue impuesta por ese delito, declarándose de oficio la parte correspondiente de las costas.

La absolución de la acusada D^a Felisa Yolanda por el delito continuado de malversación de caudales públicos por el que fue condenado en la sentencia recurrida determina que se sustituya la pena impuesta de cinco años de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA) en concurso con un delito continuado de prevaricación, por la pena de OCHO AÑOS, SEIS MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autora de un delito continuado de prevaricación administrativa, pena que resulta de imponer en la mitad superior la pena de siete a diez años (artículo 404 CP antes de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo), al tratarse de delito continuado.

La absolución del acusado D. Leovigildo Emiliano por el delito continuado de malversación de caudales públicos por el que fue condenado en la sentencia recurrida determina que se sustituya la pena impuesta de cinco años de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA) en concurso con un delito continuado de prevaricación, por la pena de OCHO AÑOS, SEIS MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, pena que resulta de imponer en la mitad superior la pena de siete a diez años (artículo 404 CP antes de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo), al tratarse de delito continuado.

La absolución de la acusada D^a Valle Yolanda por el delito continuado de malversación de caudales públicos por el que fue condenado en la sentencia recurrida determina que se sustituya la pena impuesta de cuatro años y seis meses de prisión y seis años de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife, en concurso con un delito continuado de prevaricación, por la pena de OCHO AÑOS, SEIS MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autora de un delito continuado de prevaricación administrativa, pena que resulta de imponer en la mitad superior la pena de siete a diez años (artículo 404 CP antes de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo), al tratarse de delito continuado.

Se deja sin efecto la indemnización por responsabilidad civil a la que fueron condenados los acusados D. Felix Valentin , D. Rafael Hernan , D^a Felisa Yolanda y D. Leovigildo Emiliano a favor a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA).

También se deja sin efecto la indemnización por responsabilidad civil a la que fue condenada la acusada D^a Valle Yolanda a favor del Ayuntamiento de Arrecife.

Se declaran de oficio la parte de las costas correspondientes al delito por el que han sido absueltos los acusados mencionados.

Se mantiene los demás pronunciamiento de la sentencia recurrida.

III. FALLO

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido que, manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada

Se absuelve al acusado D. Felix Valentin por uno de los dos delitos continuados de malversación de caudales públicos por los que fue condenado en la sentencia recurrida y se sustituye una de las dos penas impuestas de dos años, nueve meses y veintidós días de prisión y cinco años y cinco meses de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito



www.civil-mercantil.com

continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA) en concurso con un delito continuado de prevaricación, con imposición de la pena inferior en un grado por aplicación del artículo 65.3 del Código Penal , por la pena de CUATRO AÑOS, TRES MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, con aplicación del artículo 65.3 del CP , declarándose de oficio la parte correspondiente de las costas y se deja sin efecto la indemnización por responsabilidad civil a la que fue condenado a favor a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA).

Se absuelve al acusado D. Rafael Hernan por uno de los dos delitos continuados de malversación de caudales públicos por los que fue condenado en la sentencia recurrida y se sustituye una de las dos penas impuestas de dos años, nueve meses y veintidós días de prisión y cinco años y cinco meses de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA) en concurso con un delito continuado de prevaricación, con imposición de la pena inferior en un grado por aplicación del artículo 65.3 del Código Penal , por la pena de CUATRO AÑOS, TRES MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, con aplicación del artículo 65.3 del CP , declarándose de oficio la parte correspondiente de las costas y se deja sin efecto la indemnización por responsabilidad civil a la que fue condenado a favor a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA). Y también se absuelve a este acusado Rafael Hernan del delito de falsificación de documento mercantil lo que determina que se deje sin efecto la condena que le fue impuesta por ese delito, declarándose de oficio la parte correspondiente de las costas.

Se absuelve a la acusada D^a Felisa Yolanda por el delito continuado de malversación de caudales públicos por el que fue condenada en la sentencia recurrida y se sustituye la pena impuesta de cinco años de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA) en concurso con un delito continuado de prevaricación, por la pena de OCHO AÑOS, SEIS MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autora de un delito continuado de prevaricación administrativa, declarándose de oficio la parte correspondiente de las costas y se deja sin efecto la indemnización por responsabilidad civil a la que fue condenada a favor a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA).

Se absuelve al acusado D. Leovigildo Emiliano por el delito continuado de malversación de caudales públicos por el que fue condenado en la sentencia recurrida y se sustituye la pena impuesta de cinco años de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA) en concurso con un delito continuado de prevaricación, por la pena de OCHO AÑOS, SEIS MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa, declarándose de oficio la parte correspondiente de las costas y se deja sin efecto la indemnización por responsabilidad civil a la que fue condenada a favor a la entidad Insular de Aguas de Lanzarote, S.A (INALSA).

Se absuelve a la acusada D^a Valle Yolanda por el delito continuado de malversación de caudales públicos por el que fue condenado en la sentencia recurrida y se sustituye la pena impuesta de cuatro años y seis meses de prisión y seis años de inhabilitación absoluta que le fue impuesta por un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife, en concurso con un delito continuado de prevaricación, por la pena de OCHO AÑOS, SEIS MESES Y UN DIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PUBLICO exclusivamente como autora de un delito continuado de prevaricación administrativa,



www.civil-mercantil.com

declarándose de oficio la parte correspondiente de las costas y se deja sin efecto la indemnización por responsabilidad civil a la que fue condenada a favor del Ayuntamiento de Arrecife.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín

Andrés Palomo Del Arco Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN. Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.