

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063333

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 302/2018, de 20 de junio de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1215/2017

**SUMARIO:**

**Delitos de cohecho. Prevaricación administrativa. Infidelidad en la custodia de documentos.** No puede apelarse en estos casos a una teoría que podría denominarse «La criminalización del derecho administrativo», por cuanto no se trata de que los condenados hayan llevado a cabo por acción u omisión meras irregularidades o incumplimientos exigidos por una norma administrativa, o en un proceso de contratación, al modo de infracciones que podrían tener su reflejo y solución ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se trata de actuaciones dolosas realizadas con conciencia y voluntad de alterar el procedimiento administrativo para realizar el acto en beneficio de una persona y con evidente perjuicio a los que no pueden acceder a los actos administrativos por la acción directa del acusado que no lleva a cabo solo meras irregularidades administrativas subsanables, o no, por actos administrativos complementarios o de subsanación, sino que la entidad del acto es de gravedad y relevancia que comporta una clara injusticia del mismo a sabiendas de que lo es. Existiría una «criminalización del derecho administrativo» si ante una mera acción de la autoridad o funcionario pública de poca entidad o relevancia, o que pueda ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa por carecer de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal se remiten a la vía penal, siendo de aplicación el principio de intervención mínima del derecho penal en ese caso, pero no cuando concurren los elementos de los tipos penales en casos de delitos contra la Administración Pública, no suponiendo una mera irregularidad administrativa, sino un verdadero ilícito penal con conductas perpetradas con dolo, y ocasionando un deterioro de la imagen de la función pública. El delito de cohecho es un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» de la dádiva por lo que no requiere para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el de cohecho.

Respecto al delito de infidelidad en la custodia de documentos, el concejal del ayuntamiento, a sabiendas de su ilegalidad por conculcar de forma flagrante lo dispuesto en el art. 141.b del TrLCAP, pues debía haberse tramitado como subasta abierta, y no por el procedimiento de adjudicación directa, teniendo conocimiento de tal circunstancias en virtud del informe elaborado por la Interventora del Ayuntamiento. Dicho informe es ocultado al resto de concejales que no pueden examinarlo ni ver los reparos suspensivos que había puesto la interventora por lo que concurre el elemento objetivo del tipo de infidelidad en la custodia de documentos públicos por la no incorporación (ocultación) de un informe a un expediente administrativo.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 14, 21.6, 24, 53.2, 66, 183, 390.1.1º, 404, 413, 419, 420 y 423.2.

RDLeg 2/2000 (Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), arts. 73.4, 92, 120.a) y 141.

Constitución española, arts. 9.3, 24 y 103.

**PONENTE:***Don Vicente Magro Servet.*

Magistrados:

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE



Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 302/2018

Fecha de sentencia: 20/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1215/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 12/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: MBP

Nota:

con la emisión de un voto favorable en un pleno en su relación con la vía provocada para un fin ilícito y alterando de forma dolosa y consciente el procedimiento que correspondería seguir en cada caso.

No puede apelarse en estos casos a una teoría que podría denominarse «La criminalización del derecho administrativo», por cuanto no se trata de que los condenados hayan llevado a cabo por acción u omisión meras irregularidades o incumplimientos exigidos por una norma administrativa, o en un proceso de contratación, al modo de infracciones que podrían tener su reflejo y solución ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se trata de actuaciones dolosas realizadas con conciencia y voluntad de alterar el procedimiento administrativo para realizar el acto en beneficio de una persona y con evidente perjuicio a los que no pueden acceder a los actos administrativos por la acción directa del acusado que no lleva a cabo solo meras irregularidades administrativas subsanables, o no, por actos administrativos complementarios o de subsanación, sino que la entidad del acto es de gravedad y relevancia que comporta una clara injusticia del mismo a sabiendas de que lo es.

Existiría una «criminalización del derecho administrativo» si ante una mera acción de la autoridad o funcionario pública de poca entidad o relevancia, o que pueda ser impugnante ante la jurisdicción contencioso administrativa por carecer de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal se remiten a la vía penal, siendo de aplicación el principio de intervención mínima del derecho penal en ese caso, pero no cuando concurren los elementos de los tipos penales en casos de delitos contra la Administración Pública, no suponiendo una mera irregularidad administrativa, sino un verdadero ilícito penal con conductas perpetradas con dolo, y ocasionando un deterioro de la imagen de la función pública.

RECURSO CASACION núm.: 1215/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 302/2018

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Teodosio , D. Carlos Antonio , D. Pedro Miguel , D. Arcadio y D. Celso , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, que les condenó por delitos de cohecho, de prevaricación y de infidelidad en la custodia de documentos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores/as Sra. Castro Rodríguez respecto del acusado Teodosio .; Sr. Granizo Palomeque respecto de los acusados Carlos Antonio , Pedro Miguel y Arcadio y Sra. Sánchez-Vera Gómez-Trelles respecto del acusado Celso , y el recurrido D. Antonio Esteban Hernández Perera, representado por la Procuradora Sra. Juanas Fabeiro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 3 de San Bartolomé de Tirajana, incoó Diligencias Previas con el nº 1808 de 2006 contra Teodosio , Carlos Antonio , Pedro Miguel , Arcadio , Celso , y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que con fecha 21 de marzo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Único: Probado y así se declara que el acusado, Carlos Antonio , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM000 /1950 en Las Palmas con DNI nº NUM001 , sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el día 27/06/07 hasta el día 13/12/07, venía desempeñando su cargo como Concejal del Ilustrísimo Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana entre los años 2003 y 2007 y en los dos últimos años como Concejal de Vías y Obras, Bomberos, Agencia Desarrollo Local y Fomento de Empleo. El acusado Landelino , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM002 /1979 en Las Palmas con DNI nº NUM003 , sin antecedentes penales, hijo del anterior, era Administrador Único de la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS, S.L.", la cual era a su vez titular del buque "ATLANTISS LAS PALMAS". Asimismo en dicha Corporación el acusado Celso , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM004 /1956 en Las Palmas con DNI nº NUM005 , sin antecedentes penales, venía desempeñando su cargo como Concejal del Ilmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana entre los años 2003 y 2007 y en los dos últimos años como Concejal de Contratación y Urbanismo. Asimismo en dicha Corporación, el acusado Arcadio , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM006 /1948 en Las Palmas con DNI nº NUM007 , sin antecedentes penales venía

desempeñando su trabajo como Arquitecto Técnico Municipal. Asimismo en dicha Corporación, el acusado Teodosio , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM008 /1945 en Las Palmas con DNI nº NUM009 , sin antecedentes penales venía desempeñando su trabajo como funcionario Técnico de Urbanismo, y asimismo en fechas comprendidas entre los días 11 de abril de 2007 al 25 de junio de 2007 su trabajo como Secretario Accidental de dicha corporación. El acusado Pedro Miguel , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM010 /1942 en Las Palmas con DNI nº NUM011 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia (condenado a la pena de 18 meses multa por un delito de coacciones en virtud de Sentencia firme de fecha 31/05/07 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Las Palmas, Ejecutoria 260/07), privado de libertad por esta causa desde el 27/06/07 hasta el 13/12/07, era el Director General y accionista mayoritario en Canarias y en la Península de la entidad mercantil "MAZOTTI, S.A.", la cual se encontraba realizando diversas obras con el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana. Los acusados Porfirio , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM012 /1937 en Las Palmas, con DNI nº NUM013 , sin antecedentes penales y Jose Francisco , mayor de edad, por cuanto nacido el NUM014 /1973 en Las Palmas, con DNI nº NUM015 , con antecedentes penales ya cancelados (condenado a la pena de 1 año de prisión por un delito de alzamiento de bienes en virtud de Sentencia firme de fecha 22/09/03 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Las Palmas, Ejecutoria 473/03), padre e hijo, respectivamente, eran administradores de la mercantil "CONSTRUCCIONES HERNÁNDEZ PERERA, S.L.", la cual tenía interés en adquirir una determinada finca de titularidad municipal como más adelante se dirá. Dichas personas en las fechas comprendidas entre los años 2006 y 2007, y con la exclusiva finalidad de satisfacer sus particulares intereses patrimoniales, y en detrimento del correcto funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, se concertaron para obtener resoluciones del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana que favoreciesen dichos intereses particulares, resoluciones que se dictaron con omisión de las más elementales garantías y trámites establecidos en la legislación administrativa aplicable, solicitando el Concejal Carlos Antonio y el funcionario municipal Teodosio diversas prestaciones económicas de los particulares a cambio de dichas resoluciones beneficiosas para sus intereses, prestaciones que fueron satisfechas por los acusados Pedro Miguel , y Porfirio y Jose Francisco . Debemos poner de manifiesto que tras las elecciones municipales celebradas el 25 de mayo de 2003, el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana pasa a ser gobernado por los concejales del Partido Popular, siendo Alcalde Belarmino , hasta que una moción de censura en julio de 2005 supuso la entrada como Alcaldesa de Evangelina , debido a un pacto entre las fuerzas políticas Partido Socialista de Canarias (PSOE), Nueva Canarias (NC) y Centro Canario Nacionalista (CCN), con lo cual el voto de cada uno de los Concejales era determinante para la aprobación de los asuntos llevados a los Plenos municipales y ello a pesar de las dimisiones de los concejales del Partido Popular que se produjeron al final del mandato de la corporación municipal. Uno de dichos concejales, perteneciente al Partido Socialista era el acusado Carlos Antonio , conocido como " Teofilo , cuyo hijo, el también acusado Landelino era administrador de la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.", si bien de facto la persona que desarrollaba la administración de dicha mercantil era el acusado " Teofilo . La actividad principal de dicha mercantil consistía en realizar excursiones turísticas en la zona sur de la isla de Gran Canaria en un buque llamado "Atlantiss", titularidad de dicha empresa, el cual fue sometido a importantes reparaciones entre los meses de noviembre de 2006 y mayo de 2007 en los astilleros de la empresa "Reparaciones Navales Canarias, S.A." sita en Las Palmas de Gran Canaria, y cuyo administrador es Juan María , reparaciones cuyos costes ascendieron a 173.679,35 euros. Pues bien, Teofilo se aprovechó de tal condición de Concejal para lograr beneficios personales encauzados a través de dicha sociedad interpuesta en la que era titular formal su hijo Landelino , concretadas en suministro de material, envío de operarios, sufragio del coste de reparación, pago de gastos y nóminas todos ellos referidos a la embarcación "Atlantiss", así como en la realización de obras y reparaciones en la vivienda de su titularidad o en la de la madre de éste, a cambio de la emisión de su voto a favor en la tramitación del Expediente denominado "Procedimiento de Contratación Poblado Cesa, Segunda Fase" por la que resultaba beneficiada la entidad "Mazotti, S.A.", así como en el trato de favor hacia la mercantil "Construcciones Hernández Perera, S.L." en la tramitación del procedimiento de desafectación y posterior enajenación de la parcela de titularidad municipal "Campo de Fútbol de Aldea Blanca". No queda acreditado que Landelino facilitara dichas aportaciones a la reparación del buque "Atlantiss" a sabiendas de que el único motivo de las mismas fuera la condición de concejal del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana de su padre, el acusado Carlos Antonio . En concreto, cuanto menos desde febrero del año 2006 hasta el mes de mayo del año 2007, el acusado Pedro Miguel -Director General y accionista mayoritario en Canarias y en la Península de la entidad mercantil "MAZOTTI, S.A."-, asumió a través de dicha entidad el coste de diversas reparaciones realizadas en la embarcación Atlantiss tanto por la mercantil Reparaciones Navales Canarias S.A., como "Náutica Falcón, S.A." así como otros desembolsos consistentes en pago de gastos de suministros, abastecimientos, puertos, así como nóminas de trabajadores, ascendiendo el total de tales desembolsos al importe cuanto menos de 240.000 euros. Por otra parte, los acusados Porfirio y Jose Francisco , socios, administradores y máximos responsables de la mercantil "Hernández Perera, S.L.", entre los

años 2005 y 2007 asumieron a través de dicha mercantil obras de reparación, en concreto en los meses de octubre y noviembre de 2005 en la vivienda propiedad de " Teofilo " o en la de la madre de éste, así como realizaron tanto suministro de material como de personal en la reparación del buque Atlantis durante el año 2006 y 2007, sin que se haya podido cuantificar el importe total de dichos suministros y reparaciones, pero en todo caso superiores a 600.000 de las antiguas pesetas, equivalentes a 3.606,07 euros. Las conductas desarrolladas por los acusados se realizaron en dos actuaciones que se estaban llevando a cabo en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, cuales eran: A) SEGUNDA FASE DEL "POBLADO CESA". Por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana se tramitó el Expediente NUM016 correspondiente a la "Urbanización del Poblado CESA", en El Pajar, que se adjudicó en subasta abierta conforme al art. 120.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TrLCAP), tras el correspondiente procedimiento a la mercantil "Mazotti, S.A." por valor de 342.912,36 euros, en virtud de Decreto de la Alcaldía de 04/01/05, firmándose el Acta de Recepción el 01/02/06, estando presentes por un lado y representado al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, el Técnico Director de las Obras, el acusado Arcadio , y por otro lado Gerardo en nombre y representación de "Mazotti S.A.". Por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, en virtud de Decreto de la Alcaldía de fecha 02/12/2005 se establece el procedimiento de contratación para las obras de "Urbanización Poblado CESA, 2ª Fase" Expediente NUM017 , que se adjudicó por el procedimiento negociado sin publicidad conforme al art. 141.b) del TrLCAP a la mercantil "Mazotti, S.A." por un presupuesto de 261.741,14 euros, adjudicación que se realizó en el Pleno del Ayuntamiento de fecha 14/05/07. Dicha adjudicación en virtud de dicho procedimiento negociado sin publicidad conculca de forma flagrante lo dispuesto en la legislación de contratación de las Administraciones públicas, conculcando los principios de publicidad, concurrencia y objetividad que han de regir la contratación pública, al haberse realizado con la única y exclusiva finalidad de beneficiar a la mercantil "Mazotti, S.A.", ya que dichas obras de la "pretendida" Segunda Fase, no se trata en realidad de una fase diferenciada, sino que se trataba de obras de terminación de la Primera Fase y que ya se habían ya ejecutado a mediados de enero del año 2006, y recepcionadas el 1 febrero de 2006 en el expediente NUM016 . Así agotado el importe de la cantidad en que se habían adjudicado las obras de la "Urbanización Poblado Cesa", tanto por la mercantil "Mazotti, S.A.", a través del acusado Pedro Miguel , como por los funcionarios y concejales implicados, esto es, el Concejal de Contratación y Urbanismo, -el acusado Celso -, y el Arquitecto Municipal, -el acusado Arcadio -, se urdió la manera de amparar dicha situación irregular dando cobertura a las obras que la mercantil "Mazotti, S.A." había realizado a cambio de una contraprestación económica -a la cual ya no tendría derecho habida cuenta de que las obras realizadas deberían haberse satisfecho con los 342.912,36 euros de la adjudicación de la denominada "1ª Fase"-, y para ello impulsaron la tramitación de una "Segunda Fase" de dichas obras, y con la finalidad de eludir la tramitación de un Expediente de contratación en el que pudiesen concurrir otros posibles licitadores, alteraron la realidad para hacer una adjudicación directa a través del procedimiento negociado sin publicidad, excepción licitatoria recogida en el art. 141.b) del TrLCAP, pero que no procedía en el caso que nos ocupa. Asimismo y para eludir los controles de legalidad establecidos en el procedimiento aplicable, omitieron deliberadamente la realización de los trámites y la presencia de documentos esenciales para la tramitación del mismo. Así el acusado Arcadio , actuando como funcionario municipal, en concreto Arquitecto Técnico Municipal, emitió informe en fecha 29/05/06, en el que no se hacía constar que las obras ya se encontraban ejecutadas -tal como se desprende del Acta de recepción de las obras de la "primera fase" firmada por él en fecha 01/02/06- y manifestaba que concurrían circunstancias técnicas que hacían necesaria la continuidad de la constructora, proponiendo que fuese "Mazotti, S.A." la adjudicataria a través de esa excepción licitatoria; a continuación el acusado Celso en fecha de 16 de junio de 2006, actuando como Concejal-Delegado de Urbanismo y Contratación dirigió escrito al responsable de contratación al objeto de iniciar el proceso de contratación adjuntando un proyecto técnico relacionado con la obra en cuestión, así como el presupuesto de licitación por importe de 347.912,63 euros, e instando a contratar directamente con la entidad Mazotti S.A. dado que la obra que se tramita es una ampliación de la obra de urbanización adjudicada con anterioridad a la misma empresa y podría enmarcarse en el supuesto recogido en el art. 141.b del TrLCAP; ello determinó que el Ingeniero Técnico municipal, Victorino , basándose en el informe técnico anterior y en el escrito del Concejal, emitiese el 29/06/06 informe favorable al Proyecto presentado por mercantil "Mazotti, S.A.". A continuación, resultando trámite imprescindible el informe de la Intervención del Ayuntamiento, realizado por la Interventora General del Ayuntamiento, Isidora se emitió informe de fecha 18/09/06 en el que mostraba su disconformidad sobre el gasto así como el procedimiento de contratación, ya que debía de realizarse por subasta pública al no estar justificada la excepción licitatoria del art. 141.b) del TrLCAP. Ante dicho informe, el acusado Celso , no solo eludió el cumplimiento de lo establecido en dicho informe, omitió la tramitación legalmente establecida, e ignoró deliberadamente un nuevo informe de fiscalización realizado por la Interventora municipal, Isidora , de fecha 12/12/06, en el que se hace constar que es evidente que la Administración ha actuado por la vía de hecho, sin seguir el procedimiento de contratación legalmente establecido

y sin consignación presupuestaria suficiente para la realización de dicho gasto, encontrándonos por tanto ante una clara actuación irregular y a todas luces ilegal, siendo objeto de reparo suspensivo, ya que consta claramente la ausencia de documentos esenciales para la tramitación del mismo, y en concreto en lo relativo al procedimiento de contratación elegido, ya que se pretendía hacer una adjudicación directa a Mazotti amparándose en la excepción licitatoria del art. 141.b del TrLCAP, adjudicación que es nula, no cumpliéndose los requisitos establecidos en el art. 141.1.d) TrLCAP, ya que aún considerándose que sean obras complementarias, estas no pueden superar el 20% del primitivo contrato, debiéndose haber adjudicado a través de subasta pública. El día 10 de mayo de 2007 se convoca Pleno Extraordinario para el día 14 de mayo de 2007, al que asisten 11 de los 21 concejales electos, en el cual ambos Concejales acusados, Carlos Antonio y Celso, siendo conocedores de la manifiesta nulidad del Expediente sometido a votación, que se había tramitado después de que se hubiera terminado y recepcionado la obra el 1 de febrero de 2006 en el expediente NUM016, y por el cual se adjudicó de forma directa y eludiendo el procedimiento administrativo reglado emitieron su voto favorable y determinante para la adjudicación directa de dicha obra a "Mazotti, S.A.", actuando el acusado Carlos Antonio además como consecuencia de las prestaciones que había recibido del acusado Pedro Miguel a través de la mercantil "Mazotti, S.A.", las cuales habían sido consentidas por su hijo el acusado Landelino, sin que conste que éste tuviera conocimiento de las actuaciones que estaba realizando su padre en el Ayuntamiento a favor de Mazotti S.A. Finalmente, y como muestra de la ilegalidad de todo el proceso, no se suscribió en ningún momento entre el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Mazotti, S.A. contrato de adjudicación de dichas obras, como no podía ser de otra forma, ya que las mismas, como ya se dijo, ya habían sido ejecutadas en el expediente NUM016. B) EXPEDIENTE DE DESAFECTACIÓN DEL CAMPO DE FÚTBOL DE ALDEA BLANCA. El Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana era titular de una finca denominada "Campo de Fútbol y Polideportivo de Aldea Blanca", Legajo nº 212, siendo la naturaleza del dominio público de servicio público, con una superficie de 23.300 metros cuadrados. Dicha finca estaba cerca de otra finca de titularidad de la mercantil "Hernández Perera, S.L." de la cual eran socios y administradores los acusados Porfirio y Jose Francisco, los cuales tenían interés en adquirir la finca de titularidad municipal. Con dicha finalidad, ambos acusados pretendieron, que la venta de terrenos en que está ubicado el campo de fútbol en Aldea Blanca, titularidad del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, les fuera adjudicado por parte de dicha Corporación. Para ello, utilizaron como interlocutores en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana a los acusados Teodosio, funcionario municipal y Secretario Accidental del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y a Carlos Antonio, los cuales por su amplia experiencia como funcionario municipal y Concejales, respectivamente, eran conocedores tanto del funcionamiento como de los funcionarios integrantes de los distintos Departamentos del Ayuntamiento. Estos servicios consistieron en gestiones y contactos tanto con funcionarios como con Concejales encargados de la tramitación y posterior aprobación del Expediente para adjudicar dicha finca a la mercantil "Hernández Perera, S.L.", para que estos favorecieran la tramitación del expediente, incluso con omisión del procedimiento legalmente establecido. Servicios que se concretaron básicamente en la elección de técnicos contratados temporalmente por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana para que se encargaran de redactar los informes técnicos que debían incluirse en el Expediente, así como en la exigencia de un voto favorable por parte de otros Concejales en los Plenos en que se decidiese la aprobación del Expediente, a cambio de votos en otros Plenos sobre otros asuntos en los que el voto de los Concejales acusados era determinante. A cambio de dichas gestiones los acusados Porfirio y Jose Francisco por medio de la empresa Hernández Perera S.L. le entregaron a Teodosio durante el año 2006 cuatro millones de las antiguas pesetas -equivalentes a unos 24.000 euros- que éste les había solicitado como contraprestación por sus servicios. Igualmente, y con la misma finalidad, ambos acusados, Porfirio y Jose Francisco, a través de la mercantil "Hernández Perera, S.L." destinaron sacos de cemento y operarios a labores de reparación del barco "Atlantiss", propiedad de la entidad de la que era administrador el Landelino entre los años 2006 y 2007, así como realizaron reparaciones en su vivienda o en la de su madre, entre octubre y diciembre del año 2005, a petición de Carlos Antonio y ello con el fin de lograr su favor político en la tramitación de dicho expediente de desafectación y posterior enajenación de los terrenos del campo de fútbol de Aldea Blanca. Así ambos acusados, Porfirio y Jose Francisco, a través de la mercantil "Hernández Perera, S.L." a finales del año 2005 interesaron ante el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, la desafectación de dicha Parcela, iniciándose por parte del Ayuntamiento un Expediente al efecto, el cual se desarrolló hasta que en virtud de Acuerdo del Pleno de fecha 03/04/06 se acordó dicha desafectación. Sin embargo, posteriormente, y pese a todas las injerencias de los acusados Porfirio, Jose Francisco, Teodosio y Carlos Antonio, no se llegó a aprobar la posterior transmisión de dicha finca a la mercantil "Hernández Perera, S.L." debido al agotamiento de la legislatura".

## Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a los siguientes acusados, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, como autores criminalmente responsables de los siguientes delitos y con las siguientes penas: - D. Carlos Antonio : - Por el delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal en su redacción en el momento de suceder los hechos, con relación al empresario D. Pedro Miguel , las penas de dos años y seis meses de prisión, multa de 300.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de tres meses de prisión en caso de impago de la multa, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. - Por el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal , la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años. - Por el delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal en su redacción en el momento de suceder los hechos, con relación a Porfirio y Jose Francisco , las penas de dos años y seis meses de prisión, multa de 4.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de 15 días de prisión en caso de impago de la multa, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.1.2°. - Se le condena al pago de 3/13 partes de las costas procesales. - D. Celso : - Por el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años. - Por el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 del Código Penal , la pena de un año de prisión, multa de siete meses con una cuota diaria de 10 euros con un día de prisión por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. - Se absuelve al acusado Celso del delito de falsedad en documento público por el que venía siendo acusado. - Se le condena al pago de 2/13 partes de las costas procesales, declarándose 1/13 parte de oficio. - D. Arcadio : - Por el delito de falsedad en documento público del artículo 390.1.1° y 4° la pena de tres años de prisión, multa de seis meses con una cuota diaria de diez euros con un día de prisión por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. - Se absuelve al acusado Arcadio del delito de prevaricación por el que venía siendo acusado. - Se le condena a 1/13 parte de las cotas procesales y se declara 1/13 parte de oficio. - D. Pedro Miguel : - Por el delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos la pena de un año y seis meses de prisión y multa de 150.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de un mes y quince días de prisión en caso de impago de la multa (conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 del Código Penal ). También se le condena a 1/13 parte de las costas procesales. - D. Teodosio : - Por el delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal , en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos, la pena de dos años de prisión, multa de 24.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de 15 días de prisión en caso de impago de la multa (conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 del Código Penal ), inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. También se le condena a 1/13 parte de las costas procesales.- D. Porfirio : - Por el delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal , en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos, la pena de un año de prisión y multa 13.800 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de 10 días de prisión en caso de impago de la multa e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. También se le condena a 1/26 parte de las costas procesales. - D. Jose Francisco : - Por el delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal , en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos, la pena de un año de prisión y multa 13.800 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de 10 días de prisión en caso de impago de la multa e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. También se le condena a 1/26 parte de las costas procesales.- Por último se absuelve a D. Landelino de los dos delitos de cohecho por los que venía siendo acusado, declarando de oficio 2/13 partes de las costas causadas. Para el cumplimiento de las penas de privación de libertad que les imponemos a los acusados, les abonamos todo el tiempo que han estado en prisión preventiva por esta causa. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la última notificación, con los requisitos previstos en los artículos 855 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ".

Con fecha 10 de abril de 2017 por la citada Audiencia Provincial se dictó Auto de aclaración de la anterior sentencia, que contiene la siguiente Parte Dispositiva:



"LA SALA RESUELVE: Rectificar la Sentencia de esta Sala de fecha 21/03/2017 , en el sentido de, en el encabezado de la misma, donde dice: "[..1; contra Jose Francisco , con DNI n.º NUM015 , hijo de Amadeo y de Modesta , nacido el NUM014 de 1973 en Las Palmas, con antecedentes penales ya cancelados, solvente y en libertad por esta causa. [...]" debe decir: "/"...]; contra Jose Francisco , con DNI n.º NUM015 , hijo de Amadeo y de Modesta , nacido el NUM014 de 1973 en Las Palmas, con antecedentes penales ya cancelados, insolvente y en libertad por esta causa. [..4". Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas a las que se hará saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno".

#### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Teodosio , D. Carlos Antonio , D. Pedro Miguel , D. Arcadio y D. Celso , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

#### **Cuarto.**

I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Teodosio , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

##### **Primero.**

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el art. 24.2 CE al producirse indefensión, incongruencia omisiva, quiebra, principio in dubio pro reo y dilaciones indebidas.

Segundo y Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 L. E.Cr . al vulnerarse los arts. 9 y 24. 2 CE así como el propio 419 C.P . Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del número dos del art. 849 L.E.Cr ., basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Cuarto Quinto y Sexto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. uno, inciso primero, del art. 851 L.E.Crim ., por no expresar la Sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados. Por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. uno, inciso segundo, del art. 851 L.E.Crim ., por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia. Por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. tres del art. 851 L.E.Cr .

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Carlos Antonio , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

##### **Primero.**

Al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciemos infracción de ley por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios, y el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el artículo 855.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuyos particulares se designaron en el escrito de preparación del recurso.

##### **Segundo.**

Al amparo del art. 852 L.E.Cr . se denuncia que la sentencia que se impugna vulnera el derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 24 C.E .

##### **Tercero.**

Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., alegamos infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 del C. Penal , por entender que los hechos atribuidos al acusado que fueron considerados constitutivos de delito de prevaricación, no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva.

**Cuarto.**

Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., alegamos infracción de ley por aplicación indebida del art. 419 del C. Penal , por entender que los hechos atribuidos al acusado que fueron considerados constitutivos de delito de cohecho, no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva.

**Quinto.**

Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 21.6, reguladora antes de la atenuante analógica y actualmente de la atenuante de dilación indebida, en relación con el artículo 66 del Código Penal , en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Pedro Miguel , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

**Primero.**

Al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciemos infracción de ley por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios, y el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el artículo 855.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuyos particulares se designaron en el escrito de preparación del recurso.

**Segundo.**

Al amparo del art. 852 L.E.Cr . se denuncia que la sentencia que se impugna vulnera el derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 24 C.E .

**Tercero.**

Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., alegamos infracción de ley por aplicación indebida del art. 423.2 del C. Penal , por entender que los hechos atribuidos al acusado que fueron considerados constitutivos de delito de prevaricación, no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva.

**Cuarto.**

Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr ., por aplicación indebida de los arts. 21.6, reguladora antes de la atenuante analógica y actualmente de la atenuante de dilación indebida, en relación con el artículo 66 del Código Penal , en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

IV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Arcadio , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

**Primero.**

Al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciemos infracción de ley por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios, y el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el artículo 855.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuyos particulares se designaron en el escrito de preparación del recurso.

**Segundo.**

Al amparo del art. 852 L.E.Cr . se denuncia que la sentencia que se impugna vulnera el derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 24 C.E .

**Tercero.**

Al amparo del número 1º del art. 849 de la LECrim , alegamos infracción de ley por aplicación indebida del art. 390.1, 1º y 4º del Código Penal por entender que los hechos atribuidos al acusado no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva.

**Cuarto.**

Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr ., por aplicación indebida de los arts. 21.6, reguladora antes de la atenuante analógica y actualmente de la atenuante de dilación indebida, en relación con el art. 66 del C. Penal , en la redacción dada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

V. El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Celso , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

**Primero.**

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 L.E.Cr ., por incurrir la sentencia en error en la apreciación de la prueba basado en documento que obra en autos, no resulta contradicho por otros elementos probatorios y demuestra la equivocación del juzgador al señalar que el informe primero de la Sra. interventora era de "reparo suspensivo". Por el contrario, dicho documento no contiene tal terminus technicus, ni siquiera contiene referencia expresa a un "reparo", sin expresar si éste es o no suspensivo. Dada la distinción entre "reparos" (que a su vez podían ser o no suspensivos) y "discrepancias" efectuada en la época por la Ley reguladora de las Haciendas Locales, la inexistencia de alusión al "reparo suspensivo" resulta obviamente esencial.

**Segundo.**

Al amparo del art. 852 L.E.Cr ., por infracción de precepto constitucional: infracción de la presunción de inocencia ( art. 24 C.E .) de mi representado, el Sr. Celso que ha sido condenado por un delito de infidelidad en la custodia de documentos públicos a pesar de la inexistencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia: la argumentación de la sentencia no cumple con las exigencias relativas al juicio sobre la suficiencia y el juicio sobre la motivación impuestas por la doctrina de esta Excma. Sala Segunda.

**Tercero.**

Al amparo del art. 852 L.E.Cr ., por vulneración del art. 24 C.E ., al haberse condenado al Sr. Celso como autor de un delito de prevaricación, a pesar de que no ha sido desvirtuada su presunción de inocencia, por no haberse producido la necesaria valoración racional de la prueba, habiendo por el contrario sido valorada la prueba de una forma irracional, o, si se prefiere, arbitraria o manifiestamente errónea para llegar a la conclusión de que el Sr. Celso es autor de tal delito.

**Cuarto.**

Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por aplicación indebida del art. 404 del C. Penal , al haberse producido condena por delito de prevaricación, a pesar de que no concurren los elementos del tipo objetivo del delito, dado que la conducta desarrollada por el Sr. Celso no constituye una resolución arbitraria y manifiestamente injusta.

**Quinto.**

Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por aplicación indebida del art. 404 del C. Penal , al haberse producido condena por delito de prevaricación a pesar de que no concurren los elementos del tipo subjetivo del delito, por entender que el Sr. Celso no actuó dolosamente ni mucho menos a sabiendas de la (inexistente) injusticia del acto realizado.

**Sexto.**

Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . y del art. 852 L.E.Cr ., por vulneración del art. 24.1 de la C.E ., al haberse producido vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que, lo que se quiere hacer ver que es prueba de cargo bastante sobre la participación dolosa del Sr. Celso respecto del delito de prevaricación administrativa, en realidad no es sino una prueba valorada irracionalmente, luego no es de cargo.

**Séptimo.**

Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por falta de aplicación del art. 14 del C. Penal , e indebida aplicación del art. 404 del mismo texto legal , al afirmarse la concurrencia de dolo en la actuación del Sr. Celso respecto del delito de prevaricación cuando este no se desprende del relato de hechos probados y no haber apreciado la existencia de un error (de tipo o de prohibición) en su conducta.

**Octavo.**

Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Cr ., por indebida aplicación del art. 413 del C. Penal , al afirmarse la concurrencia del elemento objetivo del tipo de infidelidad en la custodia de documentos públicos por la no incorporación de un informe a un expediente administrativo cuando el Sr. Celso no era el sujeto legalmente obligado a su incorporación.

**Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruidas las representaciones de las partes recurrentes, adhiriéndose a los recursos los acusados, al igual que el recurrido que se adhirió a los demás recursos interpuestos, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

**Sexto.**

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para vista y fallo para el día 12 de junio de 2018, con la asistencia de los Letrados recurrentes D. Eligio Hernández Gutiérrez en defensa de los acusados Carlos Antonio , Pedro Miguel y Arcadio que informó sobre los motivos de su recurso; D. Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles en defensa del acusado Celso , que informó sobre los motivos de su recurso, solicitando la absolución de su defendido; D. Juan Sánchez Miniña en defensa del acusado Teodosio que informó, y de la Letrada recurrida Dña. Patricia Vela Contreras en defensa de Jose Francisco que se remitió a su escrito y con la también presencia del Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe, solicitando la inadmisión de los recursos, impugnándolos y solicitando igualmente la confirmación de la sentencia; prolongándose las deliberaciones hasta el día de la fecha.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección 2ª Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 21 de Marzo de 2017 que condena a:

- D. Carlos Antonio :

- Por el delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal en su redacción en el momento de suceder los hechos, con relación al empresario D. Pedro Miguel , las penas de dos años y seis meses de prisión, multa de 300.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de tres meses de prisión en caso de impago de la multa, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión.



- Por el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal , la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años.

- Por el delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal en su redacción en el momento de suceder los hechos, con relación a Porfirio y Jose Francisco , las penas de dos años y seis meses de prisión, multa de 4.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de 15 días de prisión en caso de impago de la multa, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.1.2°.

- D. Celso :

- Por el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años.

- Por el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 del Código Penal , la pena de un año de prisión, multa de siete meses con una cuota diaria de 10 euros con un día de prisión por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión.

- D. Arcadio :

- Por el delito de falsedad en documento público del artículo 390.1.1°y 4° la pena de tres años de prisión, multa de seis meses con una cuota diaria de diez euros con un día de prisión por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión.

- D. Pedro Miguel :

- Por el delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos la pena de un año y seis meses de prisión y multa de 150.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de un mes y quince días de prisión en caso de impago de la multa (conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 del Código Penal ). También se le condena a 1/13 parte de las costas procesales.

- D. Teodosio :

- Por el delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal , en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos, la pena de dos años de prisión, multa de 24.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de 15 días de prisión en caso de impago de la multa (conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 del Código Penal ), inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. También se le condena a 1/13 parte de las costas procesales.

- D. Porfirio :

- Por el delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal , en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos, la pena de un año de prisión y multa 13.800 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de 10 días de prisión en caso de impago de la multa e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. También se le condena a 1/26 parte de las costas procesales.

- D. Jose Francisco :

- Por el delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal , en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos, la pena de un año de prisión y multa 13.800 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de 10 días de prisión en caso de impago de la multa e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena de prisión. También se le condena a 1/26 parte de las costas procesales.

RECURSO DE CASACIÓN DE Carlos Antonio



## Segundo.

Se formulan los siguientes motivos:

1.- Al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciarnos infracción de ley por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios, y el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el artículo 855.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuyos particulares se designaron en el escrito de preparación del recurso.

Declara probado el Tribunal respecto de este recurrente que " Carlos Antonio venía desempeñando su cargo como Concejal del Ilustrísimo Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana entre los años 2003 y 2007 y en los dos últimos años como Concejal de Vías y Obras, Bomberos, Agencia Desarrollo Local y Fomento de Empleo. Y Landelino hijo del anterior, era Administrador Único de la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS, S.L.", la cual era a su vez titular del buque "ATLANTISS LAS PALMAS"

La actividad principal de dicha mercantil consistía en realizar excursiones turísticas en la zona sur de la isla de Gran Canaria en un buque llamado "Atlantiss", titularidad de dicha empresa, el cual fue sometido a importantes reparaciones entre los meses de noviembre de 2006 y mayo de 2007 en los astilleros de la empresa "Reparaciones Navales Canarias, S.A." sita en Las Palmas de Gran Canaria, y cuyo administrador es Juan María , reparaciones cuyos costes ascendieron a 173.679,35 euros.

Pues bien, Carlos Antonio se aprovechó de tal condición de Concejal para lograr beneficios personales encauzados a través de dicha sociedad interpuesta en la que era titular formal su hijo Landelino , concretadas en suministro de material, envío de operarios, sufragio del coste de reparación, pago de gastos y nóminas todos ellos referidos a la embarcación "Atlantiss", así como en la realización de obras y reparaciones en la vivienda de su titularidad o en la de la madre de éste, a cambio de la emisión de su voto a favor en la tramitación del Expediente denominado "Procedimiento de Contratación Poblado Cesa, Segunda Fase" por la que resultaba beneficiada la entidad "Mazotti, S.A.", así como en el trato de favor hacia la mercantil "Construcciones Hernández Perera, S.L." en la tramitación del procedimiento de desafectación y posterior enajenación de la parcela de titularidad municipal "Campo de Fútbol de Aldea Blanca".

En concreto, cuanto menos desde febrero del año 2006 hasta el mes de mayo del año 2007, el acusado Pedro Miguel -Director General y accionista mayoritario en Canarias y en la Península de la entidad mercantil "MAZOTTI, S.A."-, asumió a través de dicha entidad el coste de diversas reparaciones realizadas en la embarcación Atlantiss tanto por la mercantil Reparaciones Navales Canarias S.A., como "Náutica Falcón , S.A." así como otros desembolsos consistentes en pago de gastos de suministros, abastecimientos, puertos, así como nóminas de trabajadores, ascendiendo el total de tales desembolsos al importe cuanto menos de 240.000 euros.

Por otra parte, los acusados Porfirio y Jose Francisco , socios, administradores y máximos responsables de la mercantil "Hernández Perera, S.L. " , entre los años 2005 y 2007 asumieron a través de dicha mercantil obras de reparación, en concreto en los meses de octubre y noviembre de 2005 en la vivienda propiedad de " Teofilo " o en la de la madre de éste, así como realizaron tanto suministro de material como de personal en la reparación del buque Atlantis durante el año 2006 y 2007 , sin que se haya podido cuantificar el importe total de dichos suministros y reparaciones, pero en todo caso superiores a 600.000 de las antiguas pesetas, equivalentes a 3.606,07 euros.

Las conductas desarrolladas por los acusados se realizaron en dos actuaciones que se estaban llevando a cabo en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, cuales eran:

### A) SEGUNDA FASE DEL "POBLADO CESA".

Por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana se tramitó el Expediente NUM016 correspondiente a la "Urbanización del Poblado CESA", en El Pajar, que se adjudicó en subasta abierta conforme al art. 120.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TrLCAP), tras el correspondiente procedimiento a la mercantil "Mazotti, S.A." por valor de 342.912,36 euros , en virtud de Decreto de la Alcaldía de 04/01/05, firmándose el Acta de Recepción el 01/02/06, estando presentes por un lado y representado al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, el Técnico Director de las Obras, el acusado Arcadio , y por otro lado Gerardo en nombre y representación de "Mazotti S.A.".

Por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, en virtud de Decreto de la Alcaldía de fecha 02/12/2005 se establece el procedimiento de contratación para las obras de " Urbanización Poblado CESA, 2a Fase " Expediente

NUM017 , que se adjudicó por el procedimiento negociado sin publicidad conforme al art. 141.b) del TrLCAP a la mercantil "Mazotti , S.A. " por un presupuesto de 261.741,14 euros, adjudicación que se realizó en el Pleno del Ayuntamiento de fecha 14/05/07.

Dicha adjudicación en virtud de dicho procedimiento negociado sin publicidad conculca de forma flagrante lo dispuesto en la legislación de contratación de las Administraciones públicas , conculcando los principios de publicidad, concurrencia y objetividad que han de regir la contratación pública, al haberse realizado con la única y exclusiva finalidad de beneficiar a la mercantil "Mazotti, S.A .", ya que dichas obras de la "pretendida" Segunda Fase, no se trata en realidad de una fase diferenciada, sino que se trataba de obras de terminación de la Primera Fase y que ya se habían ya ejecutado a mediados de enero del año 2006, y recepcionadas el 1 febrero de 2006 en el expediente NUM016 .

Así agotado el importe de la cantidad en que se habían adjudicado las obras de la "Urbanización Poblado Cesa", tanto por la mercantil "Mazotti, S.A.", a través del acusado Pedro Miguel , como por los funcionarios y concejales implicados, esto es, el Concejal de Contratación y Urbanismo, -el acusado Celso -, y el Arquitecto Municipal, -el acusado Arcadio -, se urdió la manera de amparar dicha situación irregular dando cobertura a las obras que la mercantil "Mazotti, S.A." había realizado a cambio de una contraprestación económica -a la cual ya no tendría derecho habida cuenta de que las obras realizadas deberían haberse satisfecho con los 342.912,36 euros de la adjudicación de la denominada la -"Fase"-, y para ello impulsaron la tramitación de una "Segunda Fase" de dichas obras, y con la finalidad de eludir la tramitación de un Expediente de contratación en el que pudiesen concurrir otros posibles licitadores, alteraron la realidad para hacer una adjudicación directa a través del procedimiento negociado sin publicidad, excepción licitatoria recogida en el art. 141.b) del TrLCAP, pero que no procedía en el caso que nos ocupa. Asimismo, y para eludir los controles de legalidad establecidos en el procedimiento aplicable, omitieron deliberadamente la realización de los trámites y la presencia de documentos esenciales para la tramitación del mismo. Así el acusado Arcadio , actuando como funcionario municipal, en concreto Arquitecto Técnico Municipal, emitió informe en fecha 29/05/06, en el que no se hacía constar que las obras ya se encontraban ejecutadas -tal como se desprende del Acta de recepción de las obras de la "primera fase" firmada por él en fecha 01/02/06- y manifestaba que concurrían circunstancias técnicas que hacían necesaria la continuidad de la constructora, proponiendo que fuese "Mazotti, S.A." la adjudicataria a través de esa excepción licitatoria; a continuación el acusado Celso en fecha de 16 de junio de 2006, actuando como Concejal-Delegado de Urbanismo y Contratación dirigió escrito al responsable de contratación al objeto de iniciar el proceso de contratación adjuntando un proyecto técnico relacionado con la obra en cuestión, así como el presupuesto de licitación por importe de 347.912,63 euros, e instando a contratar directamente con la entidad Mazotti S.A. dado que la obra que se tramita es una ampliación de la obra de urbanización adjudicada con anterioridad a la misma empresa y podría enmarcarse en el supuesto recogido en el art. 141.b del TrLCAP; ello determinó que el Ingeniero Técnico municipal, Victorino , basándose en el informe técnico anterior y en el escrito del Concejal, emitiese el 29/06/06 informe favorable al Proyecto presentado por mercantil "Mazotti, S.A.". A continuación, resultando trámite imprescindible el informe de la Intervención del Ayuntamiento, realizado por la Interventora General del Ayuntamiento, Isidora se emitió informe de fecha 18/09/06 en el que mostraba su disconformidad sobre el gasto así como el procedimiento de contratación, ya que debía de realizarse por subasta pública al no estar justificada la excepción licitatoria del art. 141.b) del TrLCAP.

Ante dicho informe, el acusado Celso , no solo eludió el cumplimiento de lo establecido en dicho informe, omitió la tramitación legalmente establecida, e ignoró deliberadamente un nuevo informe de fiscalización realizado por la Interventora municipal, Isidora , de fecha 12/12/06, en el que se hace constar que es evidente que la Administración ha actuado por la vía de hecho, sin seguir el procedimiento de contratación legalmente establecido y sin consignación presupuestaria suficiente para la realización de dicho gasto, encontrándonos por tanto ante una clara actuación irregular y a todas luces ilegal, siendo objeto de reparo suspensivo, ya que consta claramente la ausencia de documentos esenciales para la tramitación del mismo, y en concreto en lo relativo al procedimiento de contratación elegido, ya que se pretendía hacer una adjudicación directa a Mazotti amparándose en la excepción licitatoria del art. 141.b del TrLCAP, adjudicación que es nula, no cumpliéndose los requisitos establecidos en el art. 141.1.d) TrLCAP, ya que aún considerándose que sean obras complementarias, estas no pueden superar el 20% del primitivo contrato, debiéndose haber adjudicado a través de subasta pública.

El día 10 de mayo de 2007 se convoca Pleno Extraordinario para el día 14 de mayo de 2007, al que asisten 11 de los 21 concejales electos, en el cual ambos Concejales acusados, Carlos Antonio y Celso , siendo conocedores de la manifiesta nulidad del Expediente sometido a votación, que se había tramitado después de que se hubiera terminado y recepcionado la obra el 1 de febrero de 2006 en el expediente NUM016 , y por el cual se adjudicó de forma directa y eludiendo el procedimiento administrativo reglado emitieron su voto favorable y determinante para la adjudicación directa de dicha obras a "Mazotti, S.A.", actuando el acusado Carlos Antonio



además como consecuencia de las prestaciones que había recibido del acusado Pedro Miguel a través de la mercantil "Mazotti, S.A.", las cuales habían sido consentidas por su hijo el acusado Landelino, sin que conste que éste tuviera conocimiento de las actuaciones que estaba realizando su padre en el Ayuntamiento a favor de Mazotti S.A. Finalmente, y como muestra de la ilegalidad de todo el proceso, no se suscribió en ningún momento entre el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Mazotti, S.A. contrato de adjudicación de dichas obras, como no podía ser de otra forma, ya que las mismas, como ya se dijo, ya habían sido ejecutadas en el expediente NUM016.

## B) EXPEDIENTE DE DESAFECTACIÓN DEL CAMPO DE FÚTBOL DE ALDEA BLANCA

El Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana era titular de una finca denominada "Campo de Fútbol y Polideportivo de Aldea Blanca", Legajo nº 212, siendo la naturaleza del dominio público de servicio público, con una superficie de 23.300 metros cuadrados.

Dicha finca estaba cerca de otra finca de titularidad de la mercantil "Hernández Perera, S.L." de la cual eran socios y administradores los acusados Porfirio y Jose Francisco, los cuales tenían interés en adquirir la finca de titularidad municipal.

Con dicha finalidad, ambos acusados pretendieron, que la venta de terrenos en que está ubicado el campo de fútbol en Aldea Blanca, titularidad del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, les fuera adjudicado por parte de dicha Corporación.

Para ello, utilizaron como interlocutores en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana a los acusados Teodosio, funcionario municipal y Secretario Accidental del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y a Carlos Antonio, los cuales por su amplia experiencia como funcionario municipal y Concejal, respectivamente, eran concedores tanto del funcionamiento como de los funcionarios integrantes de los distintos Departamentos del Ayuntamiento. Estos servicios consistieron en gestiones y contactos tanto con funcionarios como con Concejales encargados de la tramitación y posterior aprobación del Expediente para adjudicar dicha finca a la mercantil "Hernández Perera, S.L.", para que estos favoreciesen la tramitación del expediente, incluso con omisión del procedimiento legalmente establecido. Servicios que se concretaron básicamente en la elección de técnicos contratados temporalmente por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana para que se encargaran de redactar los informes técnicos que debían incluirse en el Expediente, así como en la exigencia de un voto favorable por parte de otros Concejales en los Plenos en que se decidiese la aprobación del Expediente, a cambio de votos en otros Plenos sobre otros asuntos en los que el voto de los Concejales acusados era determinante.

A cambio de dichas gestiones los acusados Porfirio y Jose Francisco por medio de la empresa Hernández Perera S.L. le entregaron a Teodosio durante el año 2006 cuatro millones de las antiguas pesetas -equivalentes a unos 24.000 euros- que éste les había solicitado como contraprestación por sus servicios.

Igualmente, y con la misma finalidad, ambos acusados, Porfirio y Jose Francisco, a través de la mercantil "Hernández Perera, S.L." destinaron sacos de cemento y operarios a labores de reparación del barco "Atlantiss", propiedad de la entidad de la que era administrador el Landelino entre los años 2006 y 2007, así como realizaron reparaciones en su vivienda o en la de su madre, entre octubre y diciembre del año 2005, a petición de Francisco Guedes y ello con el fin de lograr su favor político en la tramitación de dicho expediente de desafectación y posterior enajenación de los terrenos del campo de fútbol de Aldea Blanca.

Así ambos acusados, Porfirio y Jose Francisco, a través de la mercantil "Hernández Perera, S.L." a finales del año 2005 interesaron ante el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, la desafectación de dicha Parcela, iniciándose por parte del Ayuntamiento un Expediente al efecto, el cual se desarrolló hasta que en virtud de Acuerdo del Pleno de fecha 03/04/06 se acordó dicha desafectación. Sin embargo, posteriormente, y pese a todas las injerencias de los acusados Porfirio, Jose Francisco, Teodosio y Carlos Antonio, no se llegó a aprobar la posterior transmisión de dicha finca a la mercantil "Hernández Perera, S.L." debido al agotamiento de la legislatura.

Este recurrente fue condenado por dos delitos de cohecho; uno con relación al empresario D. Pedro Miguel para favorecer en la tramitación del Expediente denominado "Procedimiento de Contratación Poblado Cesa, Segunda Fase" por la que resultaba beneficiada la entidad "Mazotti, S.A.", y el otro por su relación con Porfirio y Jose Francisco, aprobación del Expediente para adjudicar dicha finca a la mercantil "Hernández Perera, S.L.", con respecto a más un delito de prevaricación.

Dado que se articula el recurso por la vía del art 849.2 LECRIM hay que reseñar que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en

"documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega ( art. 855, párrafo 3º LECrim ).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . pueda prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto 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 ( Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999 (LA LEY 3844/1999), de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe ( STS. 1006/2000 de 5.6 ). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial ( STS. 796/2000 de 8.5 ), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral ( SSTS. 28.1.2000 , 1006/2000 de 5.6 , 1701/2001 de 29.9).

Pero es que, además, también se rechazarían si los documentos que se refieren, en los que se incluye por el recurrente otros que alega que existieron pero no se tuvieron en cuenta, quedan contradichos por otros elementos probatorios. El recurrente pretende llevar a cabo una alteración en los hechos probados planteando que no se han hecho constar determinados extremos, haciendo mención a la documentación que cita en su recurso, pero en base al principio de inmediación y el respecto a la valoración probatoria, salvo que ésta haya sido arbitraria o alejada de las pruebas practicadas, hay que desglosar el proceso valorativo realizado en cada caso y en los tres delitos por los que es condenado el recurrente.

Y para ello es preciso desglosar las dos condenas por cohecho por las que se condena al ahora recurrente, y por prevaricación a saber:

1.- Condena por cohecho en relación a la actuación del recurrente con relación a la emisión de su voto a favor en la tramitación del Expediente denominado "Procedimiento de Contratación Poblado Cesa, Segunda Fase" por la que resultaba beneficiada la entidad "Mazotti, S.A.". Y ello, para lograr beneficios personales encauzados a través de una sociedad interpuesta en la que participaba su hijo D. Landelino .

En este sentido, el Tribunal ha realizado el siguiente proceso valorativo con cita detallada de los documentos que se exponen y que contradicen los de referencia expuestos por el recurrente; proceso valorativo adecuado y correcto conforme se explicita a continuación:

" Carlos Antonio ostentó la condición de concejal de San Bartolomé de Tirajana entre los años 2006 y 2007, primero dentro del grupo de gobierno, como concejal de urbanismo, y posteriormente en la oposición. Con la prueba practicada, tanto de carácter personal en el acto del juicio como de la abundante prueba documental, se acredita que el Sr. Carlos Antonio se aprovechó de tal condición para lograr beneficios personales encauzados a través de una sociedad interpuesta en la que participaba su hijo D. Landelino .

Dicha actuación ilícita se ha concretado en las aportaciones patrimoniales llevadas a cabo por el acusado D. Pedro Miguel para sufragar el coste de reparaciones en la embarcación -"Atlantis"- y la relación entre dicha aportación y la emisión de su voto a favor en la tramitación del expediente denominado "procedimiento de contratación poblado Cesa segunda fase" por el que resultaba beneficiado la entidad Mazzotti S.A., gestionada por Pedro Miguel .



La embarcación denominada "Atlantiss", es propiedad de la entidad Excursiones Marítimas S.L., perteneciendo en su origen el 50% de las participaciones a Dña. Socorro , esposa de D. Carlos Antonio , en virtud de los datos obrantes en la Agencia Tributaria (pag. 3122, Tomo IX de las actuaciones), si bien en la actualidad consta, según información suministrada por el Registro Mercantil, que dicha sociedad es unipersonal siendo su único socio D. Landelino , hijo de D. Carlos Antonio , que además es administrador único. Pues bien, desde octubre del año 2006 hasta el mes de marzo del año 2007, D. Pedro Miguel -presidente, consejero y delegado solidario de la entidad mercantil Mazzotti S.A.-, asumió a través de dicha entidad el coste de diversas reparaciones realizadas en la embarcación Atlantiss por las mercantiles Náutica Falcón S.A. y Reparaciones Navales Canarias S.A., así como otros desembolsos, tal y como se deriva de la documental intervenida tanto en las oficinas de la entidad Mazotti S.A., de la entidad Repnaval S.A. y en el propio domicilio de Carlos Antonio , así como por los correos electrónicos remitidos por " Gabriela ", empleada de Excursiones Marítimas S.L., ascendiendo el total de tales desembolsos al importe aproximado de 240.000 euros.

A continuación, se llevará a cabo una relación de la documentación intervenida en la sede de la mercantil Mazzotti S.A., de la entidad "REPNAVAL", y en el propio domicilio de D. Carlos Antonio , relacionada en los respectivos oficios remitidos por la policía judicial y que está incorporada a la presente causa, con los que se acreditan las aportaciones patrimoniales del Sr. Pedro Miguel realizados en la embarcación "Atlantis", y todo ello relacionado con las conversaciones telefónicas intervenidas obrantes en autos y que han sido escuchadas en el acto del juicio oral.

Documentos de pagos de Pedro Miguel por medio de la mercantil Mazotti relacionados con la embarcación Atlantiss la mercantil Excursiones Marítimas cuyo administrador era el hijo del recurrente.

Es preciso identificar la relación de documentos que se intervienen en la sede de la mercantil MAZOTTI, en la de REPNAVAL y en el domicilio del recurrente en torno a los pagos realizados por Pedro Miguel en favor del Buque Atlantis y Excursiones Marítimas SL.

En la sede de la mercantil "MAZOTTI S.A." , se intervino la siguiente documentación relativa a la embarcación "Atlantis" y Excursiones Marítimas SL : cuyo administrador es el hijo de recurrente .

1.- Factura fechada a 22/02/2006, emitida por la mercantil "NÁUTICA FALCÓN" , empresa con CIF B35423219, por valor de 8.225 €, y en la que se refleja que la misma es abonada por la mercantil EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L., figurando dentro del concepto de la misma, escrito a bolígrafo "NOTA: Un pagaré Vto. 15/06/2006 de Sr. Herminio ".

2.- Un resguardo del referido pagaré (con número NUM018 ) con fecha de vencimiento 15/06/06, emitido el 23/02/2006 desde el número de cuenta de la entidad bancaria BBVA NUM019 , la cual corresponde a la mercantil MAZOTTI , dirigido a la mercantil "NÁUTICA FALCÓN",

3.- y un Recibo emitido por la mercantil MAZOTTI en la que se refleja, el abono de dicha cantidad por parte de la misma -MAZOTTI S.A.- a la empresa "NÁUTICA FALCÓN" .

Por lo que respecta a la empresa "NÁUTICA FALCÓN", su objeto social es la "importación, exportación y comercio de embarcaciones deportivas, así como la venta de accesorios y repuestos de las mismas", figurando con Administradores Solidarios de la misma D. Alejo y D. Epifanio desde el 02/02/1996 (Documentación reseñada en el legajo con el título EL PAJAR 1" FOLIOS 45 - 48.).

4.- En el mes de Febrero del año 2006, por parte de dicha entidad se procedió a la revisión y reparación de una zodiac, marca Valiant y motor Mercuri, propiedad de "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.", por un montante total de 8.225 euros, los cuales fueron abonados mediante un pagaré con fecha de vencimiento 15/6/2006, endosado por la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." a NAUTICAS FALCÓN S.L., procediendo dicho pagaré de la mercantil "MAZOTTI S.A" , siendo éste, el único servicio prestado a la referida empresa (esto es, "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.").

5.- Recibo de la mercantil MAZOTTI, de fecha 15/11/2006, en el que se detalla el pago a la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.", por valor de 20.000 euros, concepto "Anticipo sin justificar", y firmado por Landelino , administrador de "EXCURSIONES MARÍTIMAS" .

6.- Un Resguardo del pagare emitido por MAZOTTI S.A. (con número NUM020 ) en fecha 15/11/2006, fecha de vencimiento el 20/03/2007, desde la cuenta que la mercantil tiene aperturada en el BBVA - NUM019 - figurando como destinatario la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." (Documentación reseñada en el legajo con el título "EL PAJAR 1" FOLIO 53, 54).

Relación entre la documentación y las intervenciones telefónicas

Esta documentación se puede relacionar con la conversación P-19 CONVERSACIÓN P-19, C.D. UNO - B (1-B) mantenida a las 15:20:35 horas del 15/11/2006, entre Carlos Antonio ( Teofilo ) y Pedro Miguel con Juan María , cuya transcripción obra a los folios 295 a 302 y oída en el juicio oral.

En esta conversación comienzan hablando Teofilo y Juan María , pero al poco, Teofilo le dice que "... el señor que tú sabes ..." -en referencia a Pedro Miguel -, se encuentra con él y va a explicarle lo del pago a través del pagaré -por una cantidad de 20.000 euros-, momento en el que Juan María le dice que él con lo que contaba era con una transferencia. Justo entonces es cuando se pone al teléfono Pedro Miguel y, durante un rato, discuten sobre el pagaré, incluso en un momento, Pedro Miguel comenta que lo que va a hacer es pagarle a través de Teofilo porque él -por Pedro Miguel - no puede pagarle directamente, pero que el responsable último del pago es él mismo. Aun así, Juan María no parece ver muy claras las circunstancias que rodean al pago. No obstante, y tras la discusión, quedan en que como lo que se había hablado en un principio era de una transferencia, Pedro Miguel le dice que lo que se puede hacer es ir dándole dinero en efectivo en cantidades menores, porque ahora no pueden andar con grandes cantidades, a lo que Juan María contesta que primero ver lo que cuesta toda la reparación y luego el modo de pagarlo y de garantizar ese pago y, si no es así, no se arregla. Ante esta actitud, Pedro Miguel le dice que va a hablar con Teofilo por si él pudiese descontar parte del dinero, pagando en efectivo. Tras esto se despiden.

Continuación de documentación relacionada con los hechos.

7.- Factura emitida en fecha 23/11/2006, por la entidad financiera e-Bankinter "Empresas" -Confirminet Milenio internacional- Informe de Facturas Nacionales, en la que figura el nombre del proveedor (siendo éste la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." ), y abonándosele por parte de la mercantil MAZOTTI, la cantidad de 33.944,13 Euros ; siendo la forma de pago por Transferencia en la cuenta que la citada anteriormente tiene en la entidad "La Caixa" NUM021 , y con fecha de vencimiento el 23/03/2007. "Documentación reseñada en el legajo con el título EL PAJAR 1" FOLIO 51, 52 .

8.- Confirmación de Bankinter emitida en fecha 12/12/2006, por la entidad financiera e-Bankinter "Empresas" en la que se refleja el envío de un fichero Confirminet por la cantidad de 51.000 €. Viene acompañada por una fotocopia de notas escritas a mano en la que aparece el número de cuenta de EXCURSIONES MARÍTIMAS, así como un número de fax y diversas cantidades. Una de estas cantidades coincide con la del Confirminet, ya que se puede leer "50.000€ + 1.000€ cuesta confirming". "Documentación reseñada en el legajo con el título EL PAJAR 1" FOLIOS 49 - 50.

9.- Fotocopia de los resguardos de dos justificantes de Seguros Estrella, expedidos en fecha 18/12/2006 y 05/02/2007, correspondientes a los periodos comprendidos desde 04/12/06 a 04/03/07 y del periodo que va de 26/01/2007 a 26/04/2007 respectivamente, por importe cada uno de ellos de 1.148,64 € y 1.227,67 €, siendo el tomador de ambos la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo con la pegatina "BUQUE ATLANTISS". FOLIO 1696.

10.- Documento de e-bankinter, de fecha 12/01/2007 (Informe de facturas nacionales), en el que se hace referencia del pago por una cantidad de 30.000 €, mediante transferencia a la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.", a la cuenta NUM022 , fijándose la fecha de vencimiento el 12/05/2007. Se puede ver escrita la frase "No se va a pagar". "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1564.

11.- Extracto bancario de la entidad Bankinter de fecha 13/01/2007, por valor de 30.000 € siendo el destinatario "EXCURSIONES MARÍTIMASS.L." "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1566.

12.- Copia de recibo por un importe de 30.000 € en el que se especifica que la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." recibe de la mercantil MAZOTTI, la cantidad referenciada , fechado a 19/01/2007. Dicho recibo está firmado por un tal Landelino y el número de DNI NUM003 , el cual corresponde a la persona de Landelino , estableciéndose como forma de pago mediante talón número NUM023 , de la entidad Caixa de Cataluña.

13.- Hay comprobante del talón y un documento de transferencia también por valor de 30.000 de la entidad La Caixa de Cataluña con fecha 12 de Enero de 2007. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1563.

14.- Copia de extracto de un pagaré librado por la mercantil MAZOTTI el 05/03/2007, de la cuenta del BBVA nº NUM019 , a favor de "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." por valor de 3.450 € , estando fijada la fecha de vencimiento el 15/06/2007; dicho pagaré viene derivado de la factura emitida por la empresa "PABLOPESCA S.L.", de fecha 31/01/2007, cuya copia se adjunta, y en la que figura un precio total de 3.450 por la realización de una serie de prestaciones en el buque "Atlantiss"; asimismo y como cliente figura "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.". "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1575.

15.- Documento del BBVA en el que se detalla la transferencia de 20.000 €, por parte de la empresa MAZOTTI (cuenta NUM019 ) a la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.", estando fijada la fecha de la Documentación el 06/02/07. "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1565.

16.- Copia de la factura emitida por REPNAVAL respecto de las reparaciones realizadas en la embarcación ATLANTISS de fecha 14/02/2007, por valor de 150.282,09 €. , y en la que se puede observar escrita una anotación a la "Att. De Pedro Miguel ", así como la anotación "Entregado o cuenta 133.750,00, falta liquidación 16.532 €, mandar a la cuenta de La Caixa 16.532 de Excursiones Marítimas". "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque "Atlantiss ", Barco de Turismo FOLIO 1675.

17.- Fotocopia de la Orden de Transferencia de fecha 16/02/07, llevada a cabo desde la cuenta que la mercantil MAZOTTI tiene abierta en la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM), número NUM024 , a la cuenta que la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS" , tiene abierta en La Caixa con número NUM022 , por valor de 16.556,80 €. "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1567.

18.- Copia de extracto de un pagaré librado por la mercantil MAZOTTI el 05/03/2007, de la cuenta del BBVA nº NUM019 , a favor de "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." por valor de 4.010 €, , estando fijada la fecha de vencimiento el 15/06/2007; dicho pagaré viene derivado de la factura emitida por el llamado Juan Antonio , cuya copia se adjunta, de fecha 20/02/07 y en la que se refleja la compra de una serie de productos, valorados por el importe referido, y como cliente EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L. Factura firmada por Landelino . "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1574.

19.- Copia de un correo electrónico enviado por Gabriela de "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.", a Pedro Miguel , de fecha 21/02/2007, referido a un presupuesto de cristales para el buque ATLANTISS , de la empresa CRISTALERÍA JINÁMAR, por valor de 1828 Euros por 24 cristales a pagar el 50% del importe por transferencia aceptación del presupuesto y el resto al final. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo, que se encuentra en el legajo de la DGP, en el que se encuentra escrito en su portada "Despacho Pedro Miguel ". FOLIO 1221 Y FOLIO 1222.

20.- Copia del presupuesto así como copia del correo electrónico enviado el pasado día 21/02/2007 de Buque Atlantiss ( info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Helene ("EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L."), comunicándole presupuesto para la instalación de unos cristales de la Cristalería Jinámar para el buque Atlantiss, por valor de 1.828 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque "Atlantiss", Barco de Turismo". FOLIO 1673-1674.

21.- Copia de la factura emitida por REPNAVAL respecto de las reparaciones realizadas en la embarcación ATLANTISS, por valor de 166.690,47 €, de fecha 22/02/07. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo". FOLIO 1672.

22.- Documentación relativa a la orden de pago por transferencia efectuada por parte de la mercantil MAZOTTI a la empresa "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.", por valor de 19.000 Euros de fecha 26/02/2007, en concepto de las reparaciones llevadas a cabo por parte de la empresa "REPNAVAL", en el buque ATLANTISS . Dicha orden de pago se realiza desde la cuenta que la mercantil MAZOTTI tiene abierta en el Banco Popular, a una cuenta en la entidad bancaria La Caixa, correspondiente a la empresa "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." (nº de cuenta NUM022 ). En dicha orden de pago figura como concepto "Esponsor". Resaltar que la cantidad reseñada de 19.000 Euros, se desprende de la factura emitida por la empresa REPNAVAL respecto de unas reparaciones llevadas a cabo en la embarcación ATLANTISS; de dicha factura se desprende un montante total de 166.690,47 Euros (IGIC incluido), y en la que además se puede leer escrito a bolígrafo, "Entregar 19.000 € cuenta Excursiones Marítimas S.L., NUM022 . Documento firmado por Maribel (hija de Pedro Miguel ) "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1568 A 1573.

23.- Extracto bancario de la entidad Bankinter, de fecha 15/03/2007 referido a facturas adeudadas, en el que se refleja una remesa con número 226088, nombre "EXCURSIONES MARÍTIMAS", por valor de 51.000 €, siendo el titular de la cuenta NUM025 la mercantil MAZOTTI. " Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIO 1579.

24.- Copia del recibo emitido por la empresa MAZOTTI, de fecha 22/03/07, por la cantidad de 813,75 €, figurando como concepto la empresa "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." , y la forma de pago en efectivo. Dicho recibo viene derivado de la factura emitida por parte de la empresa "ENGINEERING TEST SERVICES ESPAÑOLA S.L." por la realización de una serie de servicios en el buque ATLANTISS, estando dirigida dicha factura a la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.". Por otro lado hay un justificante de ingreso en efectivo en la cuenta NUM026 por valor de 813,75 €, y fecha 22/03/2007, cuyo titular es la empresa "ENGINEERING TEST SERVICES

ESPAÑOLA S.L." siendo el concepto del mismo "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.". "Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIOS 1576 Y 1577.

25.- Extracto bancario de la entidad Bankinter, de fecha 23/03/2007 referido a facturas adeudadas, en el que se refleja una remesa con número 224091, nombre "Varios Amex" y escrito a lápiz "EXCURSIONES MARÍTIMAS", por valor de 33.944,13 €, siendo el titular de la cuenta NUM025 la mercantil MAZOTTI . Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIOS 1578.

26.- Copia del correo electrónico enviado el pasado día 27/03/2007 de BUQUE ATLANTISS (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Helene (EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.), comunicándole la necesidad de hacer efectivas las nóminas de la tripulación, haciendo mención al hecho de que los sueldos de Socorro y Teofilo no se tocan. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo". FOLIO 1662.

27.- Copia del correo electrónico enviado el día 28/03/2007 de BUQUE ATLANTISS (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, Gabriela (EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.), comunicando gestiones con la empresa "CANAPINTUR S.L." Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo". FOLIO 1642.

28.- Copia del correo electrónico enviado el pasado día 30/03/2007 de Buque Atlantiss (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Gabriela (EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.), comunicándole entre otros, los sueldos de diferentes empleados y en el que destaca que el sueldo de Teofilo se quedaría en 1.500 € (4 salidas semanal). Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo". FOLIO 1667.

29.- Copia del correo electrónico enviado el pasado día 02/04/2007 de BUQUE ATLANTISS (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Gabriela (EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.), comunicándole, los gastos por el trabajo realizado por un ingeniero; asimismo Helene le hace mención a las nóminas de los diferentes empleados, entre los que destaca los de Carlos Antonio , 665,70 € brutos, netos a percibir 623,42 € en nómina, y respecto de Socorro , 1465,70 € brutos, 1211,39 € netos en nómina. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo" FOLIO 1670-1671.

30.- Copia del correo electrónico enviado el pasado día 03/04/2007 de BUQUE ATLANTISS (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Gabriela , comunicándole la necesidad de ingresar las nóminas antes del día 05/04/2007 por valor de 10.000 €, así como el importe total de los materiales a suministrar por la empresa GANDARA y que ascienden a la cantidad de 806,69 € . Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo" FOLIO 1657-1658-1659.

31.- Siete justificantes de la ferretería "LA CANTERAS.L." , de fecha 05/04/2007, figurando como cliente "MAZOTTI-BUQUE Atlantiss", por valor de 260,87€; 369,39 € ; 505,42 € ; 1520,27 € ; 1810,82 € ; 1973,78 € ; 2.117,21 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss" FOLIO 1689-1690.

32.- Copia del correo electrónico enviado el día 09/04/2007 de Buque Atlantiss (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Gabriela , dándosele traslado de unos presupuestos remitidos previamente desde la mercantil "J.L. GÁNDARA Y CIA S.A." a BUQUE ATLANTISS (info@buqueatlantiss.com), referidos a materiales náuticos. Según se desprende del presupuesto que se adjunta, el importe total del mismo ascendería a 1.725,14 €, comunicándole asimismo Gabriela , que quedaría pendiente el tema del atraque y el seguro trimestral con Estrella Seguros. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo" FOLIO 1639-1640-1641.

33.- Factura emitida por la empresa J.L. GANDARA Y CIA S.A., de fecha 10/04/2007, siendo el cliente "MAZOTTI S.A., en relación al BUQUE ATLANTISS, por valor de 808,24 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss" FOLIO 1688.

34.- Dos justificantes de la ferretería "LA CANTERA S.L." , de fecha 16/04/2007, figurando como cliente "MAZOTTI-BUQUE ATLANTISS", por valor de 27,16 €; 43,19 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss " FOLIO 1691.

35.- Copia del correo electrónico enviado el pasado día 17/04/2007 de Buque Atlantiss (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Gabriela , comunicándole la necesidad de realizar diferentes obras en el barco, así como el hecho de cambiar el nombre de

alguna factura y ponerla a nombre de Mazotti . Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo" FOLIO 1646.

36.- Factura emitida por la consultora naval "INGENIERÍA Y CONSULTORÍA NAVAL LRL", de fecha 19/04/2007, dirigida a "MAZOTTI S.A.", por las gestiones realizadas en el buque Atlantiss , ascendiendo a la cantidad de 2.004,45 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss" FOLIO 1687.

37.- Copia del correo electrónico enviado el pasado día 19/04/2007 de BUQUE ATLANTISS (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Gabriela , adjuntándole presupuesto del ingeniero (LRL INGENIERÍA Y CONSULTORÍA NAVAL S.L.), y requiriéndole al Pedro Miguel que realice una transferencia bancaria por valor de 1.999 €, ya que las facturas están a nombre de "MAZOTTI S.A". Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene escrita en su portada la palabra "Buque Atlantiss" FOLIO 1764. 16

38.- Copia del correo electrónico enviado el pasado día 20/04/2007 de BUQUE ATLANTISS (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Helene ("EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L."), comunicándole diferentes asuntos a tratar con urgencia antes del 24/04/2007, como son:

- Retenciones e ingresos a cuenta del IRPF: 1639,29 (trimestral).
- Boletín de cotización de S. Social: 2190,32 € .
- Carburantes y aceite motor: 3.675,46 €.

Asimismo, en dicho correo se hace mención a una serie de facturas a nombre de "MAZOTTI S.A." , por valor de 2.220,75 y 2.004,45 € (respecto de esta última cantidad se encuentra escrito a bolígrafo "se pagó"); por otro lado se hace mención a una serie de facturas en nombre de "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." por valor de 3.450 €, 250 €, 990,46 €, 1000 y 2.376,31 €. El importe total de estas facturas ascenderían a la cantidad de 19.794,04 €, dejando pendiente para antes del 30/04/2007 las nóminas de personal del mes de abril y el recibo de liquidación por cotización del mes de Marzo, ascendiendo todo ello a 12.000 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo". FOLIO 1643.

39.- Copia del correo electrónico enviado el día 20/04/2007 de Buque Atlantiss (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Gabriela , adjuntándole presupuesto de la empresa J.L. GÁNDARA Y CIA S.A, y solicitándole un talón por importe de 1.098,32 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss", Barco de Turismo". FOLIO 1644.

40.- Copia del correo electrónico enviado el día 23/04/2007 de BUQUE ATLANTISS (info@buqueatlantiss.com) para Pedro Miguel , y según se desprende del contenido del mismo, por Gabriela (EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.), en el que le remite un Informe de la mercantil REPNAVAL , compuesto de siete archivos adjuntos, referidos a un total de siete facturas , de fecha todas ellas 28/02/07, por un montante total de 173.679,35 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene escrita en su portada la palabra "Buque Atlantiss" . FOLIO 1754 A 1760.

41.-Tres justificantes de la ferretería "La Cantera S.L.", de fecha dos de ellas de 23/04/2007 y otra de 24/04/2007, figurando como cliente Mazotti-Buque Atlantiss, por valor de 247,14 E; 39,69 y 140.56€ respectivamente. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss. FOLIO 1684-1685-1686

42.- Copia del correo electrónico enviado por Gabriela ("EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L."), a Pedro Miguel , de fecha 26/04/2007, en el que se le comunica la existencia de unos recibos pendientes de pago del buque ATLANTISS , correspondientes a los meses de Febrero, Marzo y Abril de 2007, ascendiendo a la cantidad total de 3.590,24 Euros. Asimismo se le indica que confirme la forma de pago de los mismos, bien a través de la cuenta de EXCURSIONES MARÍTIMAS, o bien a través de transferencia hecha desde la mercantil MAZOTTI . Documentación reseñada en la carpeta de color rojo, que se encuentra en el legajo de la DGP, en el que se encuentra escrito en su portada "Despacho Pedro Miguel" . FOLIO 1223- FOLIO 1224.

43.- Factura emitida por la empresa J.L. GANDARA Y CIAS.A. , de fecha 30/04/2007, siendo el cliente "MAZOTTI S.A.", en relación al pedido solicitado por la Sr. Gabriela , por valor de 1.098,32 €. Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual tiene una pegatina con el nombre "Buque Atlantiss" FOLIO 1681.

44.- Extracto bancario de la entidad Bankinter, de fecha 09/05/2007, referido a adeudo por transferencia, siendo el ordenante la mercantil MAZOTTI , y el beneficiario "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." por valor de 10.000

€. Dicha transferencia se hace desde la cuenta de Mazotti de la entidad Bankinter NUM025 , a la cuenta que Excursiones Marítimas tiene en La Caixa con número NUM022 ..". Documentación reseñada en la carpeta de color rojo la cual lleva escrito la palabra "facturas" FOLIOS 1580- 1581.

45.- Copia del correo electrónico enviado desde "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L.", a Pedro Miguel , de fecha 15/05/2007. Referido al seguro del barco ATLANTISS, con el fin de asegurar la "banana" y una "zodiac". Documentación reseñada en la carpeta de color rojo, que se encuentra en el legajo de la DGP, en el que se encuentra escrito en su portada "Despacho Pedro Miguel ". FOLIO 1229.

46.- Copia del correo electrónico remitido por la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." de fecha 31/05/2007, desde la dirección info@buqueatlantiss.com, el cual habría sido enviado por Helene para Pedro Miguel , comunicándole entre otros asuntos, la necesidad de hacer efectivo cuanto antes el ingreso correspondiente al coste de los trabajadores . Documentación reseñada en la carpeta de color rojo con la palabra escrita en su portada "despacho B", que se encuentra en el legajo de la DGP, en el que se encuentra escrito en su portada "Despacho Pedro Miguel ". FOLIO 1365

Documentación intervenida en la mercantil "REPNAVAL"

47. - Carátula del Fax enviado a " Herminio ", por parte de " Juan María ", en fecha 09/11/2006, siendo el Fax el NUM027 . FOLIO 177. En el FOLIO 178 (que es el original del Folio 177), se puede leer "Estimado Sr. Herminio . Adjunto enviamos los presupuestos presentados y aprobados por D. Carlos Antonio . En reunión tenida a tal fin. Quedan pendientes los trabajos requeridos por la inspección de buques. Atentamente (y firma) Jaime ". Del FOLIO 179 AL 185, se hace referencia al presupuesto 153/06, por valor de 13.752,28 €, solicitado por EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L. y dirigido a la atención de Landelino , sobre el buque "ATLANTISS", estando firmado por Juan María y Landelino . Del FOLIO 189-190 se hace referencia a la fotocopia del presupuesto 154/06, por valor de 1.671,86 €, solicitado por "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L." y dirigido a la atención de Landelino , sobre el buque "ATLANTISS".

48.- Fotocopias referidas a una factura emitida por REPNAVAL, y referida al buque Atlantiss, de fecha 22/02/2007 por un importe de 158.752,83 € más 7.937,64 € de IGIC, lo que suma un montante total de 166.690,47 €. En ambas fotocopias se puede ver escrito "D. Herminio " FOLIOS 228-229. Del importe señalado en la factura reseñada y que ascendería a la cantidad de 158.752,83 €.

49.- En los FOLIOS 61 Y 62, se puede observar en el pie la siguiente anotación "ATT. D. Herminio "; en dichos Folios, se reflejan unas cantidades referidas al buque "Atlantiss" , destacando en el apartado de "Debe", y fecha 28/02/2007 una factura con nº 3316-D, por valor de 173.679,35 €. El Folio 61 viene referido al OK de un reporte de Fax enviado el 08/03/2007 al fax NUM028 . Por otro lado, en ambos folios se reflejan una serie de cantidades en el apartado de "Haber", y referidas a entregas a cuenta.

- Del FOLIO 63 AL 70 se especifica la factura anteriormente mencionada.

Documentación intervenida en el domicilio de Carlos Antonio .

50.- 28/02/2007 - En el mismo se refleja una serie de gastos por parte de la mercantil "MAZOTTI" que ascenderían a la cantidad de 221.790,68 Euros, abonados a diferentes empresas y organismos, destacando las nóminas de los meses de Marzo y Abril de 2007 de la mercantil EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L. las fechas de los gastos se comprenden entre febrero y mayo de 2007 . Documentación reseñada en la Caja número 12, que se encuentra a su vez en un archivador dentro de un sobre de la DGP. FOLIO 2734.

51.- Copia Fax de fecha 31/03/2007, remitido a la mercantil "EXCURSIONES MARÍTIMAS" por parte de ARMAS CORREDURÍA DE SEGUROSS.A. , en el que se le adjunta póliza del Seguro obligatorio de Viajeros contratada con Seguros La Estrella. En dicho folio se puede observar escrito a bolígrafo en su parte superior, "a la atención de don Herminio . Saludos Gabriela 05/04/07". Documentación reseñada en la Caja número 10, dentro de una carpeta de seguros Estrella. FOLIO 3606.

El Tribunal considera, por ello, que después del análisis de la amplia documentación intervenida, que llega a los 51 documentos, la cantidad de dinero que D. Pedro Miguel aportó al buque ATLANTISS LAS PALMAS (ya sea en concepto de nóminas, reparaciones, abastos, etc.) es al menos de 240.000 euros. Y ello, a cambio de la intervención del recurrente en su apoyo a la adjudicación que le interesaba a Herminio , ya que el Tribunal apunta en la sentencia que considera acreditado que el único motivo por el cual Pedro Miguel financió las reparaciones en la embarcación Atlantis era la obtención de favores políticos por el concejal Carlos Antonio en relación a las adjudicaciones de obra y contratos a adjudicar por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana.

La explicación que da Herminio a los pagos realizados en favor del buque del hijo del recurrente no se sostienen, ya que el Tribunal admite que Carlos Antonio mantiene que estaba buscando un socio que aportara capital a Excursiones Marítimas para poder reparar el barco Atlantis y que en una reunión de directores de hoteles y empresarios Herminio se mostró interesado, versión que confirma el Sr. Herminio , que manifiesta que veía cómo

el negocio de la construcción iba a sufrir una crisis, quería invertir en otras actividades y que por eso invirtió en la reparación del barco, porque luego se iba a incorporar como socio de Excursiones Marítimas SL en la que constaba como administrador el hijo del Sr. Carlos Antonio .

Por su parte el testigo Argimiro antiguo socio de Excursiones Marítimas, manifestó en el juicio que " Teofilo " ( Carlos Antonio ) estaba buscando un inversor y que le dijo que Mazotti va a invertir. Y la testigo Da. Catalina también declaró en el juicio que en una ocasión fueron a su oficina Carlos Antonio con Pedro Miguel para consultar como podía éste incorporarse a la sociedad y que ella les dijo que a través de ampliación de capital o de compra de acciones.

Frente a estas alegaciones de los testigos que se aportaron para justificar los pagos que había realizado Pedro Miguel en el buque del hijo del recurrente el Tribunal rechaza el intento de justificar que no eran para comprar el trato de favor del recurrente, sino para invertir en la empresa que administraba su hijo, pero el Tribunal señala que, sin embargo y a pesar de ello no existe en las actuaciones, pese a la extensión en el tiempo de las reparaciones, documento alguno que justifique la entrada de Mazotti S.A. en Excursiones Marítimas S.L.

Alegan los acusados que no se pudo materializar la incorporación de Mazotti SA a Excursiones Marítimas SL, debido a que Landelino estuvo enfermo y que luego detuvieron a Pedro Miguel y lo ingresaron en prisión, sin embargo, el Tribunal rechaza este alegato apuntando que desde febrero de 2006 en que consta acreditado que se empiezan a pagar facturas de Excursiones Marítimas a Náutica Falcón SA por Mazotti SA, hasta que le da un infarto al Sr. Landelino , según su declaración el 12 de marzo de 2007, y hasta que se produce la detención en junio de 2007, pasa más de un año sin que conste que se hiciera ninguna gestión trascendente con el fin de que Mazotti formara parte como socio de Excursiones Marítimas, y ello a pesar de la importante cantidad de dinero que estaba pagando Pedro Miguel .

De ser cierta esta "intención" de Pedro Miguel constaría algún elemento probatorio de ser cierta esta finalidad de inversión, ya que de la abundante prueba documental lo que consta es que se hicieron pagos abundantes hasta llegar a la cifra antes expuesta, y, como apunta el Tribunal, no tiene sentido que un empresario por muy bien que le fuera en los negocios invierta 240.000 euros sin formalizar absolutamente nada y pagando los cuantiosos gastos de reparación de un barco .

Por ello, el Tribunal concluye que los desembolsos realizados vienen dados por la condición de concejal del Sr. Carlos Antonio con el fin de obtener su voto en los asuntos que el Sr. Pedro Miguel tramitase en dicha corporación. Entre otros el que es objeto de acusación es decir la emisión del voto favorable por parte del Sr. Carlos Antonio en el Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en el que, entre otros asuntos, se trató el Expte. NUM017 , procedimiento de contratación del poblado Cesa 2ª fase. Y ello, además de por lo expuesto, por la conversación mantenida a las 14:49 horas del día 14 de mayo de 2007 entre Juan María y Carlos Antonio , oída en el acto del juicio y cuya transcripción obra a los folios 1850-1852, en la que Juan María le comenta a Teofilo cómo le ha ido con Pedro Miguel , diciéndole éste que bien, pero que no quiere hablar por teléfono, añadiendo que necesita hablar con él -en referencia a Pedro Miguel - porque se le acaba de aprobar unas cosas y ahora no hay motivo para que no pague. Ese día 14 de mayo de 2007 es cuando se aprueba en el Pleno del Ayuntamiento el Expediente NUM017 , luego ninguna duda cabe para este Tribunal que Pedro Miguel estaba pagando para ser favorecido por el otro acusado, al menos con relación a este expediente.

Por ello, de la prueba practicada se evidencia que esta conclusión es evidente, ya que no hay razón para entender otra motivación. Además, existe concurrencia en el tiempo entre aportaciones realizadas por Pedro Miguel en favor del buque del hijo del recurrente y la intervención política de este para favorecer a aquél, ya que el Tribunal recoge que "por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, en virtud de Decreto de la Alcaldía de fecha 02/12/2005 se establece el procedimiento de contratación para las obras de "Urbanización Poblado CESA, 2ª Fase" Expediente NUM017 , que se adjudicó por el procedimiento negociado sin publicidad conforme al art. 141.b) del TrLCAP a la mercantil "Mazotti, S.A." por un presupuesto de 261.741,14 euros, adjudicación que se realizó en el Pleno del Ayuntamiento de fecha 14/05/07. Dicha adjudicación en virtud de dicho procedimiento negociado sin publicidad conculca de forma flagrante lo dispuesto en la legislación de contratación de las Administraciones públicas, conculcando los principios de publicidad, concurrencia y objetividad que han de regir la contratación pública, al haberse realizado con la única y exclusiva finalidad de beneficiar a la mercantil "Mazotti, S.A.", ya que dichas obras de la "pretendida" Segunda Fase, no se trata en realidad de una fase diferenciada, sino que se trataba de obras de terminación de la Primera Fase y que ya se habían ya ejecutado a mediados de enero del año 2006, y recepcionadas el 1 febrero de 2006 en el expediente NUM016 " .

2.- Condena por prevaricación administrativa del art. 404 CP .

El recurrente plantea que su voto no era determinante para la consecución del acuerdo, e insiste en el argumento de que era cierto que la empresa MAZOTI quería invertir en la explotación del buque y esa fue la razón,

pero no existe dato o prueba alguna, más allá de que lo asegure el recurrente, que acredite que esa era la finalidad y no la real que el Tribunal considera como hecho probado.

Por ello, el Tribunal considera que Carlos Antonio es también autor de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal. Y ello, porque ha quedado probado que la emisión del voto favorable en el Pleno celebrado el 14 de mayo de 2007 en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en relación al Expte. NUM017 denominado "Urbanización Poblado Cesa 2a fase", de la que finalmente resultó adjudicataria la entidad mercantil Mazzotti S.A., está directamente relacionada con las aportaciones patrimoniales llevadas a cabo D. Pedro Miguel en la reparación y acondicionamiento de la embarcación "Atlantis", de la que es titular la entidad Excursiones Marítimas S.L.

En relación a las pruebas con las que cuenta el Tribunal se recoge que:

Conversaciones telefónicas

Conversaciones telefónicas intervenidas y oídas en el acto del juicio, en concreto:

1.- La mantenida a las 13:36:16 horas del día 07/05/07, entre Pedro Miguel " Herminio " y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 1827-1829). En esta conversación Pedro Miguel se pone en contacto con " Teofilo " para decirle que no se olvidara de que esa tarde es lo de las viviendas municipales, que la reunión es a las cinco y media pero que no sabe dónde, ante lo que " Teofilo " dice que no le han invitado a la reunión. A continuación, " Teofilo " le dice a su interlocutor que, de todas formas, eso tiene que ir luego a Pleno, que es donde él puede intervenir y donde hace falta su voto .

2.- Conversación mantenida a las 22:57:49 horas del día 09/05/07, entre Pedro Miguel " Herminio " y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 1834-1836). En la misma Pedro Miguel le comenta a Teofilo que un tal Teodosio debe de ir el viernes (11/05/07) al Consejo de Administración, ya que según dice Pedro Miguel , éste Teodosio sigue estando ahí -Consejo de Administración-, para poder enterarse de lo que se ha planteado ahí, comentándole asimismo a Teofilo que es necesario que vaya al Pleno a celebrar el lunes (14/05/07), contestándole Teofilo si eso es para la "cesión de aquella parcela a la empresa", respondiéndole Pedro Miguel que eso es una cosa y la otra, solicitar una reclamación. Acto seguido Pedro Miguel sigue insistiendo en que el llamado Teodosio debe de ir al Consejo de Administración, y en el caso de que no lo hubiesen convocado, que fuese Teofilo .

3.- Conversación mantenida a las 15:32:08 horas del día 11/05/07, entre Pedro Miguel " Herminio " y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 1840-1841). En esta conversación Teofilo le comenta a Pedro Miguel que lo del lunes ya está claro , manifestándole Pedro Miguel que eso ya se aprobó en el Consejo -Consejo de Administración- volviéndole a decir Teofilo que eso lo aprueba él en el Pleno del lunes. Finalmente Pedro Miguel le recuerda a Teofilo que el Pleno se iba a celebrar en Tunte (San Bartolomé de Tirajana).

4.- La conversación a la que ya nos hemos referido más arriba, mantenida a las 14:49:47 horas del día 14/05/07, entre Juan María y " Teofilo " ( Carlos Antonio ). En esta conversación Juan María le comenta a Teofilo como le ha ido con Herminio "-, comentándole éste que bien, pero que no quiere hablar por teléfono, añadiendo de que necesita hablar con él -en referencia a Pedro Miguel -, ya que y según sus palabras "... PORQUE SE LE ACABA DE ... DE APROBAR UNAS COSAS"...." Y ... Y AHORA NO HAY MOTIVO PARA QUE NO PAGUE" .

Acto seguido Juan María -Consejero de la mercantil "REPNAVAL"-, encargada realizar las obras de reforma en el barco "Atlantiss Las Palmas", y cuyos costes habría estado sufragando en gran medida el llamado Pedro Miguel , le comenta a Teofilo que los pagos los tendría que hacer él -por Pedro Miguel - a la mercantil "EXCURSIONES" -en referencia a "EXCURSIONES MARÍTIMAS S.L."-, para que con posterioridad sea ésta la que le pague a Juan María , ante todo lo cual, Teofilo asiente.

Conocimiento de la ilegalidad de la adjudicación

El Tribunal considera probado que la emisión del voto por D. Carlos Antonio en el Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, en el que se resolvió adjudicar el proyecto "Urbanización Poblado Cesa (2afase) a la empresa Mazotti S.A. por importe de 261.741,14 euros, se realizó con conocimiento de su ilegalidad al tramitarse el expediente de contratación por la vía del art. 141 del TRLCAP, adjudicación directa, pese a que debía realizarse, atendiendo a la cuantía, como subasta abierta, constando tal circunstancia en el propio expediente en virtud del informe de reparo suspensivo elaborado por Dña. Isidora , de fecha 18 de septiembre de 2006, en el que muestra su disconformidad sobre el gasto del Expte. NUM017 denominado "Urbanización Poblado Cesa 2a fase" hasta tanto se aportasen los documentos relacionados en el escrito, y sobre todo en lo relativo al procedimiento de contratación que ha de realizarse mediante SUBASTA ABIERTA, no estando justificada la excepción licitatoria del art. 141.b del TRLCAP, sin que pudiese llevarse a cabo una adjudicación directa. Informe de reparo suspensivo que estaba a disposición de Carlos Antonio al estar el mismo unido al expediente con carácter previo a la emisión del voto.

Se trata en este punto un tema que es objeto de queja y debate por el recurrente en torno al "valor de su voto", pero el Tribunal refiere que pese a que se alegó que su voto no era necesario para aprobar el expediente NUM017, puesto que los Concejales del Partido Popular habían dimitido y por tanto al no ser 21 concejales sino 11 su voto no era necesario. Sin embargo el Tribunal apunta que no se puede compartir dicho alegato y ello porque no había la seguridad de que nuevos concejales no pudieran tomar posesión y ello se deduce del punto n.º 1 del Orden del día del Pleno extraordinario celebrado el día 14 de mayo de 2007 y así consta en el acta de la sesión que con relación al punto n.º 1 del orden del día se dice: "Toma de posesión, si procede, de nuevos concejales de este Ayuntamiento.- Por el Secretario se informa que, hasta ahora, no ha llegado a Secretaría comunicación alguna al respecto".

Además de lo dicho hasta el momento, la documentación intervenida en las Oficinas Municipales (Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana), referida toda ella al Pleno celebrado en el citado Ayuntamiento en fecha 14/05/2007, y del que entre otros puntos, salió la aprobación para la 2º Fase del POBLADO CESA en El Pajar (Arguineguin), siendo la empresa beneficiada "MAZOTTI S.A.", confirma aún más si cabe que la adjudicación del contrato se hizo a sabiendas de su ilegalidad.

Expediente de la concejalía de contratación del Ayto. de San Bartolomé de Tirajana, referido a la urbanización Poblado CESA 2a FASE. ( Folios 1196 a 1232. Ayuntamiento, Caja 2)

1.- Decreto de la Alcaldía de fecha 02/12/2005 firmado por la Alcaldesa, Evangelina, y en el que aparece el nombre del Secretario Acctal. Inocencio, a los efectos de proceder a la contratación por el procedimiento de subasta abierta de las obras de "Urbanización Poblado CESA 2a FASE". FOLIO 1198. AYUNTAMIENTO, CAJA 2.

2.- Informe de fecha 29/05/2006 emitido por Arcadio, Arquitecto Técnico Municipal, referido a la contratación del Proyecto "Urbanización Poblado CESA (2º FASE)", en el que expone:

1. Que a la mercantil "MAZOTTI S.A.", se la contrató para la ejecución de las obras correspondientes a la urbanización "Poblado CESA" por un importe de 347.912,63 €. ( NUM016 ).

2. Que la obra actual se encuentra "... dentro del mismo receptáculo visual, formando parte del conjunto Poblado CESA".

3. "... la interconexión de diversas unidades de obra, entre la obra inicial y la que nos ocupa, como la red de abastecimiento de agua, alumbrado, barandillas, aceras, etc., hace necesaria la continuidad de la constructora, tanto por la especificidad técnica de la obra, como por salvaguardar el principio de responsabilidad del contratista, ya que al estar interrelacionadas las obras, no se podría dilucidar, en caso de defectos, la ejecución de responsabilidad del contratista inicial o el nuevo contratista".

4. El conocimiento de la totalidad del proyecto, así como las obras ejecutadas y las que nos ocupan, exigen que las mismas tengan un igual tratamiento en los trabajos.

En base a los puntos expuestos, dicho técnico propone que la contratación de dichas obras, "Urbanización Poblado CESA 2a Fase, sea a la mercantil "MAZOTTI S.A.", por un importe de 261.741,14 €, cantidad resultante de aplicar el 20,3199385 % de baja al presupuesto de la 2º FASE, que figura en el Proyecto, y que asciende a la cantidad de 328.490,13 €, resultante de la adjudicación del Proyecto inicial. FOLIO 1201. AYUNTAMIENTO, CAJA 2.

3.- Informe de fecha 08/06/2006, del Servicio de Contratación y firmado por la responsable del mismo, Da Adela, referido al procedimiento de contratación del proyecto "Urbanización del Poblado CESA 2a Fase" con el presupuesto de licitación 261.741,14, en el que se establece que visto el Informe del Técnico municipal, D. Arcadio, el presente supuesto puede enmarcarse en lo establecido en el art. 141.b del TrLCAP, especificidad técnica de la obra, que será de aplicación de forma excepcional de adjudicación, la modalidad licitatoria del procedimiento negociado sin publicidad, siendo ésta la forma de adjudicación elegida por el Concejales del Área de Contratación dada las características técnicas de la obra contratar.

En materia de procedimiento será de aplicación lo dispuesto en los artículos 73.4 y 92 del TrLCAP, y concordantes del Reglamento que lo desarrolla. FOLIO 1202 AYUNTAMIENTO, CAJA 2.

(En este sentido artículos 141.b, 73.4 y 92 del TrLCAP: Artículo 141. Procedimiento negociado sin publicidad.

Podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes, que habrán de justificarse en el expediente:

b) Cuando a causa de su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado empresario.

Artículo 73. Procedimientos de adjudicación:

4.- En el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 92.3.

Artículo 92. Solicitud de ofertas en el procedimiento negociado.

1. Cuando se utilice el procedimiento negociado será necesario solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que ello sea posible, fijando con la seleccionada el precio del mismo y dejando constancia de todo ello en el expediente.

2. Cuando se hubiera constituido Mesa de contratación, esta última elevará al órgano de contratación propuesta de adjudicación, siendo de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 81.

3. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas).

- Escrito de fecha 16/06/06 firmado por el Concejal-Delegado de Urbanismo y Contratación Celso , dirigido al Responsable de Contratación, al objeto de iniciar el proceso de contratación en el que le adjunta un proyecto técnico relacionado con la obra en cuestión, así como el presupuesto de licitación de la misma por un importe de (347.912,63 €), recogidos en la partida presupuestaria nº NUM029 , y contratar directamente a la entidad "MAZOTTI S.A." "... dado que la obra que se tramita es una ampliación de la obra de urbanización adjudicada con anterioridad a la misma empresa y podría enmarcarse en el Art. 141.b del TrLCAP". FOLIO 1199 AYUNTAMIENTO, CAJA 2.

4. Informe de fecha 29/06/2006 que emite Victorino , Ingeniero Técnico municipal, adscrito al Departamento de Contratación- Proyectos del Ayto. de S.B. Tirajana, en sentido favorable respecto del Proyecto de "Urbanización Poblado CESA 2a Fase", redactado por los ingenieros de Caminos, puentes y canales, Juan Luis , y Tania , siendo el total de presupuesto de contrata de 328.490,13 €. FOLIO 1200. AYUNTAMIENTO, CAJA 2.

5.- Escrito de fecha 02/08/2006 del Técnico del Servicio de Contratación Adela , solicitando que por parte del Departamento de Intervención de la citada Corporación emita informe sobre la existencia o no de consignación presupuestaria y el de fiscalización del gasto, siendo la obra la "Urbanización Poblado CESA 2a Fase", partida presupuestaria 51106010706, por un valor de 261.741,14 €. FOLIO 1230. AYUNTAMIENTO, CAJA 2.

6.- Informe de fecha 18/09/06 del Departamento de Intervención del Ayto. de S. Bartolomé de Tirajana, firmado por la Interventora General Da Isidora , mostrando su disconformidad sobre el gasto del Expte 08/2006 denominado "Urbanización Poblado CESA 2' Fase" hasta la aportación de los documentos que se detallan en el referido informe, y sobre todo al procedimiento de contratación, que ha de realizarse por subasta pública, no estando justificada la excepción licitatoria del Art. 141.b del TrLCAP y no llevar a cabo una adjudicación directa. FOLIO 1231-1232. AYUNTAMIENTO, CAJA 2.

7.- Convocatoria al Pleno a los concejales para el día 14/05/2007 a las 10.00 horas, en primera convocatoria y 48 horas más tarde, en segunda, estableciéndose entre los puntos del día, y en concreto en su Punto 06 - PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DEL PROYECTO "URBANIZACIÓN DEL POBLADO CESA 2' FASE". FOLIO 4449. AYUNTAMIENTO. CAJA 13 25.

8.- COPIA DEL ACTA DE LA SESIÓN PLENARIA EXTRAORDINARIA CELEBRADA POR EL AYUNTAMIENTO EL DÍA 14/05/2007 (inicio 11.00 horas, finalización 11.35 horas). FOLIO 3282-3316 AYUNTAMIENTO, CAJA 8.

(En el punto 6 "Procedimiento de Contratación del Proyecto "Urbanización del poblado CESA 2a Fase").

Sesión extraordinaria celebrada el 14/05/2007 en primera convocatoria, (abierto a las 11.00 y cerrada a las 11:35 horas) bajo la presidencia de la Alcaldesa Evangelina y con la asistencia de los Concejales que a continuación se detallan.

Carlos Antonio  
Celso  
Guadalupe  
Luis  
Carlos María  
Alvaro  
Isaac  
Hernan  
Eutimio  
Maximino

Actuando como Secretario accidental. El funcionario de esa corporación Teodosio .

Entre los distintos puntos a tratar en la misma, destaca en el Punto 6 "Procedimiento de Contratación del Proyecto "Urbanización del poblado CESA 2' Fase".

Al inicio de este Punto, el Secretario del expediente instruido en relación al citado Punto, da lectura al Dictamen favorable de la comisión informativa de hacienda, turismo, Transporte, Urbanismo y Servicios municipales de fecha 14/05/2007.

Destacar el apunte del Concejal Delegado de Contratación, Celso , que "aunque no es normal, pero si posible, aplicar este tipo de contratación en el sentido de que, aquella empresa que haya ejecutado la 1º fase, realice la 2a fase, porque la interconexión de diversas unidades de obra, entre la obra inicial y la que nos ocupa, como la red de abastecimiento de agua, alumbrado, barandillas, aceras, etc..., hace necesaria la continuidad de la constructora, tanto por la especificidad técnica de la obra, como por salvaguardar el principio de responsabilidad del contratista, ya que al estar interrelacionadas las obras, no se podría dilucidar, en caso de defectos, la ejecución de responsabilidad del contratista inicial o el nuevo contratista".

Tras ello, la Corporación siguiendo el dictamen, y sin que hubiera debate alguno, con el voto favorable y unánime de los once de los miembros corporativos asistentes, mayoría absoluta legal, acordó:

Primero: Adjudicar el proyecto "Urbanización Poblado CESA (22 FASE) a la empresa "MAZOTTI S.A.", por el importe de 261.741,14 €, cantidad resultante de aplicar el 20,3199385 % de baja al presupuesto de la 2a FASE, que figura en el Proyecto, y que asciende a la cantidad de 328.490,13 €, resultante de la adjudicación del Proyecto inicial. FOLIO 3292-3293 AYUNTAMIENTO, CAJA 8.

Segundo: Dar traslado al Departamento de contratación a los efectos administrativos oportunos.

9.- CERTIFICADO de fecha 16/05/2007 DE LA SECRETARÍA DEL AYTO. DE S. BARTOLOME DE TIRAJANA emitido por Teodosio , Secretario General Acctal. de acuerdo adoptado en sesión extraordinaria del pleno en fecha 14/05/2007, referido a la adjudicación del proyecto "Urbanización Poblado CESA 2º Fase, a la mercantil "MAZOTTI S.A.". FOLIO 1194 AYUNTAMIENTO CAJA 2.

Por todo ello, el Tribunal llega a la conclusión de que la documentación obrante en las actuaciones y que contradice cualquier otro tipo de documento que pueda hacerse referencia, concluye que en relación al procedimiento de contratación resulta especialmente relevante el informe de fecha 18/09/06, elaborado por el Departamento de Intervención del Ayto. de S. Bartolomé de Tirajana, y firmado por la Interventora General Dña. Isidora , en que se da respuesta al escrito emitido en fecha 02/08/06 por parte del Servicio de Contratación, en el que se solicitaba de este Departamento de Intervención, la existencia o no de consignación presupuestaria y de fiscalización del gasto, mostrando su disconformidad, este último Departamento, respecto del gasto referido al Expte. 08/2006 denominado "Urbanización Poblado CESA 2a Fase" hasta la aportación de los documentos que se detallan en el referido informe, y sobre todo al procedimiento de contratación, ya que este procedimiento ha de realizarse por subasta pública, no estando justificada la excepción licitatoria del Art. 141.b del TrLCAP y no llevar a cabo una adjudicación directa. FOLIO 1231-1232. AYUNTAMIENTO, CAJA 2.

Asimismo, Dña. Isidora en su declaración en el acto del juicio se ratificó en sus informes y explicó al Tribunal las razones de los mismos, indicando que cuando tiene lugar la celebración de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 14/05/2007, en el Ayto. de S.B. de Tirajana, todos los Concejales allí asistentes, y que votaron por unanimidad a favor de la adjudicación el Proyecto "Urbanización Poblado CESA (2º FASE) a la empresa "MAZOTTI S.A.", por el importe de 261.741,14 €, tenían conocimiento de la existencia del informe elaborado por la dicente de fecha 18/09/2006, dado que él mismo estaba incorporado al referido Expte 08/2006, y éste se encontraba a disposición de todos los Concejales asistentes al Pleno en la Secretaria General, reflejándose en dicho Informe (fechado a 18/09/2006) su disconformidad, al fiscalizar dicho Expte 08/2006, desfavorablemente con reparo suspensivo, y por tanto interrumpiendo la tramitación del mismo debido a la ausencia de documentos esenciales para poder llevar a cabo la adjudicación de dichas obras y, en concreto, en lo relativo al procedimiento de contratación elegido, dado que dichas obras no podían adjudicarse directamente a la entidad MAZOTTI S.A. si no que debían sacarse nuevamente a licitación pública por subasta.

Con ello, aunque el recurrente insista en que no existe la suficiente probanza o que su voto no era definitivo lo cierto y verdad es que existe prueba de la relación entre el recurrente y Herminio en relación a su empresa MAZOTTI que es la adjudicataria de una obra fuera del procedimiento establecido en base a una auténtica prueba de cargo, como es un documento en contra y negativo a validar la adjudicación, como es el de la Secretaria general, pese a lo cual el recurrente vota a favor. No se trata tanto de la eficacia del voto, sino de su emisión en relación a las actuaciones previas de la financiación por Herminio , que con MAZOTTI se adjudica una obra fuera del procedimiento establecido, por lo que existe un delito de cohecho al que más tarde nos referimos y otro de prevaricación del art. 404 CP por la conciencia del dictado del voto para apoyar la adjudicación.

El Tribunal concluye, por ello, que hay prueba más que suficiente para considerar desvirtuado el principio de presunción de inocencia que asiste a Carlos Antonio, y considerar acreditado que el mismo como concejal del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, emitió en el Pleno celebrado en dicha corporación el 14 de mayo de 2007 voto favorable a la adjudicación de la contratación de las obras del Expediente 8/2006 denominado "Urbanización Poblado CESA (2a FASE)" a la entidad mercantil Mazzotti S.A., cuyo administrador es Pedro Miguel, a sabiendas de su ilegalidad por conculcar de forma flagrante lo dispuesto en el art. 141.b del TrLCAP, pues debía haberse tramitado como subasta abierta, y no por el procedimiento de adjudicación directa, teniendo conocimiento de tal circunstancias en virtud del informe elaborado por la Interventora del Ayuntamiento, Dña. Isidora, de fecha 18/09/2006, dado que estaba incorporado al referido Expte NUM017, en el que se expresaba el reparo suspensivo atendiendo a la forma de contratación elegida.

Los documentos que cita el recurrente no alteran la valoración de la prueba y la convicción a la que lleva al Tribunal a estimar cometido, tanto el delito de cohecho como el de prevaricación administrativa. Señala la corrección de las aportaciones que lleva a cabo a la empresa Excursiones Maritimas de la que era administrador único el hijo del recurrente. Pero se trata de unas aportaciones en cifras extraordinarias, ya expuestas y reseñadas en la abundante documentación que se ha ido numerando anteriormente y que no tiene justificación alguna la alegación de la intención de "invertir" en ella para entrar como socio, cuando no hay ninguna prueba que corrobore tal afirmación, siendo la deducción del Tribunal la correcta en cuanto a la inferencia de la conexión entre los pagos a la citada empresa para conseguir la intervención favorable del recurrente con su voto en favor de la adjudicación, la cual fue absolutamente irregular como se desprende del informe de la secretaria general ratificado en el juicio oral.

Pero no solamente la relación concatenada de documentos expuestos ha llevado a la convicción del Tribunal más la declaración de la secretaria general, sino que también son relevantes las intervenciones telefónicas, cuyo contenido es reinterpretado por el recurrente, pese a la clara conexión de las frases contenidas en los párrafos citados por el Tribunal con el objetivo final pretendido por el recurrente con quien le cubría financieramente a cambio de su voto favorable a una adjudicación totalmente irregular.

### 3.- Condena por delito de cohecho en relación a Porfirio y Jose Francisco

Del mismo modo que antes se ha explicado en el primer delito de cohecho el recurrente vuelve a recibir prestaciones concretas a cambio de su intervención en adjudicaciones.

Llega a la conclusión el Tribunal de que del conjunto de la prueba practicada ha quedado acreditado que Porfirio y su hijo, Jose Francisco, ambos integrantes del órgano de administración de la mercantil Hernández Perera S.L., pretendieron de forma irregular que la venta de terrenos en que está ubicado el campo de fútbol en Aldea Blanca, titularidad del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, le fuera adjudicado por parte de dicha Corporación, llevando a cabo para ello el abono de cantidades de dinero, o bien otros favores de contenido patrimonial a funcionarios y concejales del Ayuntamiento.

Concretamente, Carlos Antonio, entre los años 2006 y 2007, aprovechándose de su cargo, medió a fin de que se tramitase el procedimiento administrativo en favor de la adjudicación de dicho terreno a la entidad Hernández Perera S.L., recibiendo, a cambio de ello, la cesión de trabajadores y material de obra de dicha entidad mercantil para que participasen en los trabajos de reparación de la embarcación "Atlantiss" que Carlos Antonio (Teofilo) les iba solicitando tanto a Porfirio como a su hijo Jose Francisco, así como en las obras que se realizaron en su casa o en la de su madre.

Elemento probatorio fundamental para el Tribunal son las conversaciones telefónicas, a saber:

Las conversaciones telefónicas grabadas y oídas en el acto del juicio, son una prueba muy importante con relación a este delito. Entre otras:

1.- CONVERSACIÓN P-67, C.D. TRES-A (3-A) mantenida a las 12:40:41 horas del día 27/12/2006, entre "Teofilo" (Carlos Antonio) y Teodosio (folios 544- 547). En esta conversación Teofilo le pregunta a su interlocutor si el tema de la Aldea Blanca se encuentra ya en la Mesa de Contratación, a lo que Teodosio le contesta que no y que además no va a ir a Pleno porque el asunto está de nuevo caldeado.

2.- CONVERSACIÓN P-68. CD (3-B), mantenida el 2 de enero de 2007 entre Carlos Antonio (Teofilo) y Porfirio (folios 548-550). En esta conversación Teofilo le pregunta a Teodosio si están los chicos allí, (para este Tribunal se están refiriendo a los empleados de Teodosio que envió para ayudar a reparar el barco "Atlantis"), y Teodosio le pregunta que si llamó para ver cómo iba aquello y le dice que lo ve jodido y Teofilo le dice que no se preocupe que va a llamar, que ahora se entera y que los aprieta más.

3.- CONVERSACIÓN P-70, C.D. (3B) mantenida a las 20:32:54 horas del día 03/01/2007, entre Porfirio y "Teofilo" (Carlos Antonio) (folios 553-555). En esta conversación hablan sobre el fallecimiento de un familiar de

Teofilo y que éste está en el duelo, y después hablan sobre los trabajos en el barco e incluso manifiesta que Jose Francisco (también acusado e hijo de Porfirio ), bajó incluso a la bodega y les dijo que les iba a traer el compresor porque es un hormigón especial que ponen para que el agua no suba. Después Teofilo le dice que tiene reunión del grupo de gobierno y quiere dedicarse un poquito a lo tuyo, Porfirio le pregunta si llamó a aquél, y Teofilo le contesta que sí que le habían dicho que estaba en manos del otro pero que por teléfono no habla y que al día siguiente se dedica a lo suyo, es decir al tema de Porfirio que no es otro que el de los terrenos del campo de fútbol de Aldea Blanca.

4.- CONVERSACIÓN P-73 C.D (3B) mantenida el 4 de enero de 2007 a las 20:37:48 horas, entre Carlos Antonio y Juan María (Repnaval) (folios 563-566) donde hablan sobre los trabajos en el barco que ha hecho la gente de Teofilo , que en realidad son los empleados de Porfirio .

5.- CONVERSACIÓN P-82, C.D. TRES-B (4-B) mantenida a las 8:36:33 horas del día 22 de enero de 2007 mantenida entre Teofilo y Jose Francisco (folios 773-774) en esta conversación Teofilo le pide a Jose Francisco que si le puede mandar un chico aunque solo sea un ratito por la mañana, hablan de que la herramienta está en el coche de Teofilo .

6.- CONVERSACIÓN A-9, C.D. UNO mantenida a las 13:30:51 horas del día 13/01/2007, entre Eulalio y Porfirio (folios 660- 666). A lo largo de esta conversación ambos interlocutores comentan que Teofilo y Antonio le han dado el Pliego de Condiciones a alguien pero que no se lo han dicho a nadie y no lo van a hacer hasta que no sepan si ha salido todo bien, como consecuencia de que no lo han firmado ni Antonio ni Antonio . Con las mismas, Teofilo le ha estado diciendo a la gente que este tema no lo hablen ni comenten por teléfono, dado que la situación está peligrosa.

7.- CONVERSACIÓN P-89, C.D. CUATRO-B (4-B) mantenida a las 11:18:49 horas del día 25/01/2007, entre Porfirio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 773-774). A lo largo de esta conversación justo antes de despedirse Porfirio le pregunta a Teofilo por lo que ha salido en los periódicos, a lo que éste le responde que es por lo del Plan General, momento en el que Porfirio le vuelve a preguntar si eso tiene que ver con lo suyo, si puede afectarlo, a lo que Teofilo le responde que no. Porfirio continúa preguntando si lo suyo va para adelante, contestando Teofilo que sí, pero que no hable por teléfono, que él ya ha hablado con su hijo Jose Francisco . Tras todo lo dicho se emplazan para tomar café ese mismo mediodía.

8.- CONVERSACIÓN mantenida a las 11:03:06 horas del día 06/02/2007, entre Porfirio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 978-980). En un momento de esta conversación, Porfirio le pregunta a Teofilo que ¿qué tal va la cosa tío?, a lo que éste le contesta: "Bien ... acuérdate de una cosa utiliza el teléfono solo para llamarme", y luego quedan en que Porfirio recogerá a Teofilo para ir a dar el pésame por el fallecimiento de un conocido de ambos.

9.- CONVERSACIÓN AH-9 CD (1), mantenida a las 14:22:55 del 6 de febrero de 2007, entre Jose Francisco y Porfirio folios 981-983. En esta conversación Porfirio le dice a su hijo que ha estado con Teofilo en el Ayuntamiento y que Manuel estaba reunido con el también acusado Teodosio y que éste le dijo que estaba todo bien que no había problema y que le llamaba por la noche para si ya lo presentaba ese día darles una fotocopia a ellos para tenerlo bien amarrado; Jose Francisco le pregunta que para cuando hace la operación y le dice que Teofilo dice que ya y Jose Francisco escéptico le dice que así llevan un mes y su padre le dice que hoy no puede decir que él no lo vio (que Teofilo hablaba con Manuel ). También le dice Teodosio que Teofilo quiere que vaya uno de los dos para no hablar por teléfono.

10.- CONVERSACIÓN P-111, C.D. SEIS-A (6-A) mantenida a las 19:42:38 horas del día 18/03/2007, entre Porfirio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 1367-1370). En esta conversación Porfirio llama a Teofilo , para expresarle el enfrentamiento que mantiene con su hijo debido todo ello al tema relacionado con el campo de fútbol de Aldea Blanca, ya que al parecer " Pulpo " había salido en televisión mostrando el deterioro del mismo y que el tema ya estaría solucionado, por haber un acuerdo con una empresa que lo compraría y con ese dinero se invertiría en otro campo situado más abajo, manifestándole Teofilo , y según sus palabras: "... Oh, pero eso ... ese .... eres tú, hombre ...". Seguidamente Porfirio le comenta que cuándo va a salir el tema , a lo que Teofilo le contesta que posiblemente en el Pleno Ordinario del día veintiocho o treinta, volviendo a reiterarle Teofilo y según sus palabras que: "... Si, hombre .... yo por mí, no hay ningún problema, Porfirio , tu sabes que mi apoyo lo tienes ... el mío y todo lo que yo pueda hacer ... eso lo sabes tu siempre ...." "... Que mi apoyo es incondicional, tu lo sabes ..", volviendo a decirle Porfirio el problema surgido con su hijo Jose Francisco por el tema que nos ocupa, a lo que Teofilo le manifiesta que le diga a él - Jose Francisco - que lo llame para explicárselo.

11.- CONVERSACIÓN P-113, C.D. SEIS-B (6-B) mantenida a las 13:51:18 horas del día 30/03/2007, entre Teodosio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ). Folio 1375. En esta conversación Teodosio le comenta a Teofilo que llame a "este hombre", refiriéndose presumiblemente a Porfirio , para comunicarle lo que había ocurrido en el Pleno y decirle que la solución a tomar sería una resolución de la Alcaldía y después ratificarla en el Pleno, a lo que Teofilo

contesta que prefiere hablarlo con él personalmente, ya que, y según sus palabras: " ... no quiero estar hablando por teléfono , eh....".

12.- CONVERSACIÓN AH-41, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:52:48 horas del día 30/03/2007, entre Teodosio y Porfirio y éste con Carlos Antonio ( Teofilo ). Al comienzo de esta conversación, Teodosio le comenta a Porfirio que ha estado hablando con Teofilo y le ha dicho que procure hablar con él -por Porfirio - por creer éste último cosas que no son, y le comenta que le llamará desde un teléfono seguro. A continuación siguen hablando de lo sucedido en el Pleno, de que estaban las cámaras, de que si saldrá en televisión, etc ... Poco después, se pone al teléfono Teofilo y nada más hacerlo le explica a Porfirio que ".. para no hablar mucho por teléfono ..." es mejor que su tema vaya a un Pleno Extraordinario, mostrando en varias ocasiones Porfirio su desconfianza.

13.- CONVERSACIÓN P-114, C.D. SEIS-B (6-B) mantenida a las 09:38:04 horas del día 03/04/2007, entre Porfirio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ). Folios 1376-1378. En un momento de la conversación Porfirio le comenta a Teofilo , y según sus palabras: "... ¿cómo va aquello Teofilo , viste a ese ayer o no?", refiriéndose al tema de su interés, es decir la adjudicación del campo de fútbol de Aldea Blanca, contestándole Teofilo que eso quedaría para el extraordinario de la semana siguiente .

14.- CONVERSACIÓN P-95, C.D. CUATRO-C (4-C) mantenida a las 13:10:34 horas del día 01/02/2007, entre Antonio , Teodosio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ). Folios 815-819. Con el segundo de sus interlocutores, Teodosio , Teofilo le pregunta por cómo va el tema del amigo 'X', a lo que Porfirio le responde que Manuel lo ha visto, que le parece que está muy bien y que ya lo tenía preparado a expensas de cambiar unas cosas y que cree que lo entregará en cuanto esté preparado. Ambos interlocutores comentan que han de hacer bien las cosas. Teofilo le dice a Porfirio que localice a Manuel para que le llame a ese teléfono.

15.- CONVERSACIÓN AH-17, C.D. UNO (1) mantenida a las 19:49:11 horas del día 15/02/2007, entre Jose Francisco y Porfirio . Folios 1008-1012. En esta conversación Jose Francisco le pregunta a su padre si ha podido arreglar algo, a lo que Porfirio le contesta que ha ido esa mañana con Teofilo al Ayuntamiento donde ha podido ver y hablar con el propio Manuel en su despacho. Continuando con la explicación, Porfirio comenta que Manuel le ha dicho que, si bien, hay que cambiar un artículo de nada -que además les beneficiaría-, porque así se lo ha dicho la Alcaldesa, todo está muy bien, que todo va de forma correcta, que la Alcaldesa se lo firmará sobre la marcha ya que, además de eso, le tiene que firmar más cosas. Ante esta explicación, que le resulta algo extraña, Jose Francisco le dice que qué pasa, que antes estaba todo bien y que ahora había que cambiar un artículo, a lo que Porfirio le responde diciendo que ha quedado el lunes siguiente con Manuel que le ha dicho que para entonces le dará buenas noticias. En un par de ocasiones a lo largo de la conversación, Porfirio hace hincapié en el comentario que le hizo Manuel y es que la propia Alcaldesa le había dicho que, dado que el tema es de Teofilo , había que sacarlo lo antes posible y haciendo lo que hubiese que hacer.

16.- CONVERSACIÓN P-68, C.D. TRES-B (3-B) mantenida a las 13:29:46 horas del día 02/01/2007, entre " Teofilo " ( Carlos Antonio ) y Porfirio (folios 548-550). En esta conversación Porfirio le dice a Teofilo , no sólo, que ha mandado a los chicos a trabajar a allá -refiriéndose supuestamente al barco-, sino que le vuelva a mirar lo suyo, que llame y que pregunte para ver cómo está el tema dado que le comenta que lo ve complicado, a lo que Teofilo le dice que no se preocupe, que él lo mira y que les apretará más si puede.

17.- CONVERSACIÓN P-70, C.D. TRES-B (3-B) mantenida a las 20:32:54 horas del día 03/01/2007, entre " Teofilo " ( Carlos Antonio ) y Porfirio (folios 553-555). En esta conversación, Porfirio tras disculparse por no haber asistido a la reunión que tenían ambos, le pregunta a su interlocutor si los hombres han de bajar allí -refiriéndose al barco-, a lo que Teofilo le dice que ellos sabrán, que él no sabe si terminaron lo que estaban haciendo. La conversación continúa con ambos interlocutores hablando del hormigón del barco y de que los hombres irán a trabajar si no han terminado el trabajo de poner o quitar el hormigón. A continuación, Teofilo le dice a Porfirio que al día siguiente no iba a ir al barco porque quería ir a la reunión de Grupo de Gobierno ya que quería dedicarse un poco a su tema.

18.- CONVERSACIÓN P-82, C.D. CUATRO-B (4-B) mantenida a las 08:36:33 horas del día 22/01/2007, entre " Teofilo " ( Carlos Antonio ) y Jose Francisco (773-774). En esta conversación Teofilo solicita de su interlocutor unos operarios para que trabajen en el barco de su propiedad y comenta que él mismo llevará unas herramientas a Las Palmas para que éstos puedan trabajar. Quedan en hablar algo más tarde porque los obreros de Jose Francisco ya están de camino a Las Palmas, con posterioridad se despiden.

19.- CONVERSACIÓN P-83, C.D. CUATRO-B (4-B) mantenida a las 09:49:46 horas del día 22/01/2007, entre Jose Francisco y " Teofilo " ( Carlos Antonio ). Esta conversación es la continuación de la anterior, y Jose Francisco le dice a Teofilo que su gente estará en el barco sobre las nueve o nueve y cuarto. Se despiden.

20.- CONVERSACIÓN P-88, C.D. CUATRO-B (4-B) mantenida a las 12:37:53 horas del día 23/01/2007, entre " Teofilo " ( Carlos Antonio ) y Jose Francisco (folios 791-793). Esta conversación se produce al día siguiente



de las otras dos, y en la que Jose Francisco llama a Teofilo con la sola intención de saber si el trabajo que han hecho sus obreros ha sido de su agrado, a lo que Teofilo le responde afirmativamente. Justo antes de despedirse, Teofilo le dice a Jose Francisco que le diga a su padre, para que no se ponga nervioso, que lo suyo "está mimado" y que se lo ha quitado a la otra gente de las manos.

21.- CONVERSACIÓN AH-26, C.D. DOS (2), mantenida a las 10:52:52 horas del día 05/03/2007, entre Porfirio y Jose Francisco (Folios 1247-1248) y que se escucha íntegramente en el acto del juicio. En esta conversación Porfirio habla con su hijo Jose Francisco, y al principio de la misma le comenta la posibilidad de comprar algunos terrenos; seguidamente Jose Francisco le comenta si lo de La Aldea no sale, respondiéndole Porfirio que si encuentra alguna oportunidad no la puede dejar escapar, ya que "éstos" no resuelven nada. Asimismo Porfirio le comenta a su hijo, y según sus palabras: "... A ... ahora, estos me van a tener que ... que ... ellos me van a tener que dar lo ... lo que es mío, lo ... mi dinero, porque es mío ....".

22.- CONVERSACIÓN AH-30, C.D. DOS (2), mantenida a las 11:17:41 horas del día 07/03/2007, entre Porfirio y su hijo Jose Francisco. (folios 1262-1264). En esta conversación Jose Francisco le pregunta a su padre si al Pleno del viernes iba a ir, y según sus palabras: "... ¿cuándo va lo del campo de fútbol nuestro a Pleno?", y el hecho de hacerle esta pregunta Jose Francisco a su padre, viene motivado por el hecho de que Teofilo se había puesto en contacto con él, y le había comunicado, que tenía que pagar a la gente del barco, y que Herminio le había dado un pagaré de 4.000 Euros, proponiéndole Teofilo que dicho pagaré se lo daba a Jose Francisco y éste le daba el dinero a Teofilo para pagarle a la gente. En ese momento Jose Francisco le comenta a su padre que esa gestión debía de consultarla con el banco, para verificar la solvencia de la empresa, añadiendo además que esperaría al viernes, para ver si sacaban a Pleno su asunto y si no lo hacían, no le cogería el pagaré, y Jose Francisco le dice: "... pero si no sale, lo mandamos a tomar por culo. ya de ... de una puta vez", "y ... y .. y voy por el, eso lo sabe hasta ... los negros ... yo no estoy ya por aguantarle ... ni a él, ni a nadie ya ...".

23.- CONVERSACIÓN AH-32, C.D. DOS (2), mantenida a las 20:39:04 horas del día 12/03/2007 (folios 1328-1331), entre Porfirio y Teodosio. Porfirio, en tono molesto, comenta a Teodosio que el otro día Teofilo le pidió que le llevara al muelle de Arguineguín algo de bruesa y veinte sacos de cemento para el barco, para lo que mandó a su hijo Jose Francisco y a quién le dijo Teofilo, al verle llegar, que si no había mandado su padre el bombo -se infiere que se trate de un camión de cisterna rotatoria mezcladora de cemento-, volviendo a criticar Porfirio la actitud de Teofilo, diciendo que ese comentario lo hizo como queriendo hacer ver que el es el que manda en este asunto. Una vez comenta esto, Porfirio vuelve a arremeter contra Teofilo, cuando le empieza a contarle a su interlocutor que, a parte de lo del cemento, el otro día también le solicitó que le diese un dinero en efectivo a cambio de un pagaré emitido por la empresa de Pedro Miguel, para de esta manera poder pagar a la gente del barco -recordar en este sentido la conversación A.H.-30-, por lo que, y al objeto de enterarse de la solvencia, iba a ir su hijo al banco a preguntar.

24.- CONVERSACIÓN AH-33, C.D. DOS (2), mantenida a las 21:19:05 horas del día 15/03/2007, entre Porfirio y Teodosio (folios 1332-1335). En un momento de la conversación, también parece hacer referencia a dinero entregado para el equipo de lucha. Porfirio comenta todos estos aspectos con Teodosio a raíz de su enorme enfado con Teofilo y su nula diligencia en cuanto a sacar adelante el tema del campo de fútbol en Aldea Blanca.

25.- CONVERSACIÓN AH-34, C.D. TRES (3), mantenida a las 12:53:06 horas del día 16/03/2007, entre Porfirio y Eulalio. Folios 1429-1431. Tras comentar varios temas acaba diciendo que Teofilo no sabe ni dónde se encuentra de lo desubicado que está, Eulalio le dice a su interlocutor que tiene a gente suya trabajando en el barco (Atlantiss) echando hormigón y que bajó el bombo, los baldes, azadas, palas, etc ..., añadiendo Porfirio que él también puso el mortero.

26.- CONVERSACIÓN AH-40, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:34:13 horas del día 30/03/2007, entre Porfirio y Teodosio (folios 1452-1459). En un momento de la conversación Porfirio comenta a su interlocutor que cuando hable con Teofilo a quien le va a dar el infarto va a ser a él y no al hijo, momento en el que Teodosio intenta calmarle de nuevo diciéndole que el acuerdo al que se ha llegado es muy bueno, que todo el mundo se lo dirá, que lo que hay es una orden expresa de ejecutar. Aun así, Porfirio no cree una palabra de lo que le están diciendo, que a él nadie le ha comunicado nada y manifiesta literalmente: "... con el dinero que yo he repartido, compro en otro lado .... y me sobra ...", ante lo que su interlocutor continua insistiendo en que todo está muy bien. La conversación continua con Porfirio despotricando, incluso comentando que como no le den soluciones con seguridad de eso "va pa arriba pal trullo, es lo tengo más claro que el agua, eh, porque lo pongo obligado ahí, ahí, ... eh y que tiene ... donde sea, pero de mi dinero no se ríe ni dios, que está bien en el cielo" y Teodosio intentando calmar a su interlocutor, comentándole que es una buena opción la que se ha acordado.

27.- CONVERSACIÓN AH-41, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:52:48 horas del día 30/03/2007, entre Teodosio y Porfirio y éste con Carlos Antonio ( Teofilo ) (folios 1460-1462). Porfirio comenta que ha estado a punto de llevar a los Juzgados por un lado por lo de los CUATRO MILLONES y, por otro, por lo del MILLÓN Y MEDIO, dado que comenta que todo tiene un límite, circunstancia que hace responder a Teofilo con que no se preocupe, que no tiene necesidad de cabrearse de esa manera y que él mismo se encargará de llamar a su hijo Jose Francisco para ponerle al día de lo que haya, advirtiéndole de que no llame a nadie más.

28.- CONVERSACIÓN P-114, C.D. SEIS-B (6-B) mantenida a las 09:38:04 horas del día 03/04/2007, entre Porfirio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 1376-1378). En esta conversación Teofilo le comenta a Porfirio que localizó al hijo de éste, el llamado Leoncio , y le comenta que le había dejado una hormigonera pequeña para echar 1.500 kilos de hormigón por la mañana.

29.- CONVERSACIÓN AH-47, C.D. TRES (3), mantenida a las 21:50:40 horas del día 13/04/2007, entre Porfirio y Teodosio (folios 1490 a 1492). En un primer momento de la conversación los interlocutores comentan temas relacionados con las listas de las próximas elecciones municipales y otros temas referentes a personal del Ayuntamiento. A continuación, Porfirio comenta que Manuel les "... está dando por culo ...", respondiendo Teodosio que es que ese tío se pierde, volviendo nuevamente Porfirio a comentar que toda la culpa la tiene Teofilo . Posteriormente, Porfirio comenta a Teodosio que, según le ha comentado Teofilo , Manuel lo que está esperando es a que le dé "... un killillo y tal ...", añadiendo, y según se desprende de la propia conversación, que él estaría dispuesto a dárselo pero siempre y cuando primeramente le firme lo que le tiene que firmar -extremo que no es otro que el del tema del campo de fútbol de la Aldea Blanca- . A continuación, ambos interlocutores comentan las dificultades que Manuel está teniendo para sacar adelante el referido tema.

30.- CONVERSACIÓN AH-48, C.D. TRES (3), mantenida a las 22:05:31 horas del día 14/04/2007, entre Porfirio y Teodosio . (folios 1493-1496). Los interlocutores comentan de nuevo el tema de darle un dinero a Manuel , tal y como le comentó Teofilo , y ante lo que Porfirio parece estar de acuerdo pero siempre y cuando Manuel le firme lo que le tiene que firmar, mientras que Teodosio le dice que no entre en ese juego, que eso es malo, dado que es un funcionario. Además, ambos interlocutores arremeten con Manuel , comentando que es un gandul y que, supuestamente por eso, no ha salido nada adelante.

31.- CONVERSACIÓN AH-51, C.D. CUATRO (4), mantenida a las 20:35:50 horas del día 24/04/2007, entre Porfirio y Leonor (vidente) (folios 1685- 1689). En un momento de la conversación Porfirio le comenta a Leonor que se encuentra algo aburrido ya que no sabe si "... los que están quieren más dinero ...", añadiendo que tiene vistos un par de solares, y que en la actualidad tiene material "botado" en un terreno del Conde por valor de más de ocho millones de pesetas, manifestándole en ese momento Leonor que espere un poco para ver cómo se desarrollan las cosas, ya que ha dado dinero y no es cuestión de perderlo. A continuación y otro momento de la conversación, Porfirio le comenta a Leonor que la esperanza que tiene es "... al que le dio CUATRO MILLONES DE PESETAS, lleva quince días ejerciendo de Secretario ..." y el llamado Manuel estaría por debajo de él, siendo esta persona a la que se refiere Porfirio y a la que le dio dinero, Teodosio . Leonor le comenta a Porfirio que no se duerma con el Secretario - Teodosio -, a lo que Porfirio le contesta que no lo va a hacer, es más, le comenta que otro día le dijo que debía solucionarle el problema y si no, debería de devolverle el dinero, sabiendo perfectamente que ya se lo había gastado. Finalmente Porfirio le comenta a su interlocutora que éste, refiriéndose a su tema, salga antes de las elecciones, mostrando Leonor también su esperanza.

32.- CONVERSACIÓN AH-52, C.D. CUATRO (4), mantenida a las 14:30:54 horas del día 28/04/2007, entre Porfirio y Teofilo (folios 1690 a 1692). A lo largo de la conversación, y entre otros temas, A. Porfirio le dice también a su interlocutor que también está harto de rollos, y que va a hablarlo con él, refiriéndose presumiblemente a Teodosio , exigiéndole que le devuelva el dinero sin exigirle "daños y perjuicios", mostrando su esperanza de que todo esto se solucione para el lunes ; terminando la conversación pidiéndole Teofilo a Porfirio que le espere donde está para reunirse y hablar.

33.- CONVERSACIÓN AH-41, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:52:48 horas del día 30/03/2007, entre Teodosio y Porfirio y éste con Carlos Antonio ( Teofilo ) (folios (1460-1462) Al comienzo de esta conversación, Teodosio le comenta a Porfirio que ha estado hablando con Teofilo y le ha dicho que procure hablar con él -por Porfirio - por creer éste último cosas que no son, y le comenta que le llamará desde un teléfono seguro. Poco después, se pone al teléfono Teofilo y nada más hacerlo le explica a Porfirio que "... para no hablar mucho por teléfono ..." es mejor que su tema vaya a un Pleno Extraordinario, mostrando en varias ocasiones Porfirio su desconfianza . Con el objeto de tranquilizar a su interlocutor, Teofilo le dice que ya tiene hablado el tema tanto con la Alcaldesa, como con Manuel . A continuación Porfirio comenta varios extremos ya apuntados anteriormente y que todo tiene un límite, circunstancia que hace responder a Teofilo con que no se preocupe, que no tiene necesidad de

cabrearse de esa manera y que él mismo se encargará de llamar a su hijo Jose Francisco para ponerle al día de lo que haya, advirtiéndole de que no llame a nadie más.

34.- CONVERSACIÓN P-112, C.D. SEIS-B (6-B) mantenida a las 09:33:51 horas del día 30/03/2007, entre un tal Teodosio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 1372 a 1373). En esta conversación tras saludarse ambos interlocutores y hablar de temas relacionados con las listas electorales, Teofilo le comenta a Teodosio que ocuparía un cargo de Concejal en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, y presumiblemente en el Grupo Popular - que a qué hora es el Pleno, contestándole éste que a las nueve, mostrando su sorpresa Teofilo ya que pensaba que era a las diez, por lo que en esos momentos no podría acudir al mismo por encontrarse en el Hospital de San Roque (Melonera) ya que su hijo debía pasar una revisión. Acto seguido, el Teodosio le comenta a Teofilo si quiere que le transmita algo a la Alcaldesa, por si no pudiera asistir a dicho Pleno, contestándole Teofilo que no, ya que hay un tema que se debe de aprobar en el mismo y es el referido, y según sus palabras ".. el tema de Teodosio , el terna del campo de fútbol de Aldea Blanca ...", manifestándole Teodosio que no sabe nada del tema, por lo que Teofilo le vuelve a comentar si este tema no lo llevaron al Pleno, respondiéndole Teodosio nuevamente que no, ya que la noche anterior estuvieron repasando el orden del día del Pleno a tratar y no estaba. No obstante, Teofilo le comenta a su interlocutor que lo interesante es que esté allí, y que llegará a tiempo ya que el Pleno es a las diez, y que ya buscaría la forma de entrar en el mismo.

35.- CONVERSACIÓN P-114, C.D. SEIS-B (6-B) mantenida a las 09:38:04 horas del día 03/04/2007, entre Porfirio y " Teofilo " ( Carlos Antonio ). Folios 1376 a 1378. En un momento de la conversación, Porfirio le comenta a Teofilo si ha visto a Belarmino a lo que éste contesta que no, pero que sería necesario reunirse los tres; no obstante Teofilo le manifiesta a Porfirio que el pasado domingo estuvo con Luis Francisco y que sería aconsejable que éste -por Porfirio - hablase con él ya que al parecer y según se desprende de lo que dice Teofilo , el llamado Luis Francisco le debería favores a Porfirio .

Las conversaciones tomadas son concluyentes y evidentes en cuanto a la coparticipación de los condenados en este caso, ya que en la misma línea que en el supuesto anterior existe una prestación de servicios de Porfirio y Jose Francisco al recurrente con relación al mismo buque Atlantiss y obras personales, por lo que el Tribunal concluye que del conjunto de conversaciones telefónicas intervenidas y reproducidas en el acto del juicio, resultan indicios racionales de criminalidad respecto a Carlos Antonio pues, en virtud de su condición de concejal, intercedió ante la Corporación Municipal en favor de los empresarios D. Porfirio y D. Jose Francisco , con el fin de que se vendiese y adjudicase a la entidad Hernández Perera S.L. los terrenos en que está ubicado el campo de fútbol en Aldea Blanca, titularidad del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, obteniendo como contraprestación lo que le solicitaba , al menos, el envío de obreros y material destinados a la reparación de la embarcación denominada "Atlantiss", así como las obras en casa del acusado, Carlos Antonio o en la de la madre de éste .

Sin embargo, puntualiza el Tribunal que no ha quedado muy claro para este Tribunal si las obras eran en la casa de " Teofilo " o en las de su madre, pero que en cualquier caso también sirven para acreditar el delito de cohecho, pues las obras fueran en una vivienda o en otra se hacían a petición de " Teofilo " y en atención a la condición del acusado de Concejal del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana.

También concreta el Tribunal que en lo que respecta al envío de operarios y aportación de material de obra por los Sres. Jose Francisco Porfirio a la embarcación "Atlantiss", manifiestan los acusados que era un favor que le hacían porque se conocían de toda la vida. Declarando Carlos Antonio que le mandaron a los operarios pero que los pagó él con su dinero, y restando importancia a este hecho, no obstante en una conversación con Juan María le recuerda que el hormigón lo ha quitado él y no Repnaval, es decir que no debió ser tan insignificante el trabajo que hicieron estos obreros.

De las intervenciones telefónicas se deriva algo bien distinto y cuyas conclusiones son relevantes:

- 1.- Era Porfirio y su hijo el que suministraron el personal y demás material a Carlos Antonio .
- 2.- Jose Francisco se sorprende de las exigencias de Teofilo y así se lo dice a su padre, "que ese tío qué se ha creído".
- 3.- No se ha aportado ninguna prueba de que Carlos Antonio pagara a los obreros.
- 4.- Consta acreditado a través de las anotaciones contenidas en una libreta roja intervenida a Porfirio , en concreto en las páginas 158 vuelto y siguientes, que bajo la denominación "obra Teofilo ", se incluye lo siguiente: 28 de octubre, dos jornales, 5 sacos fibratón, 15 sacos mortero, 1 transporte con escombros. Sábado 29 de octubre: obra Teofilo , 2 jornales, 20 sacos de mortero (40 kilos); miércoles 2 de noviembre (05), obra Teofilo , 2 jornales, 20 sacos de mortero, 25 bloques n.º 6; jueves 3 de noviembre (05) obra Teofilo , 3 jornales, 8 sacos de cemento. Viernes 4 de noviembre (05) obra Teofilo ( Leoncio Albañil no vino a trabajar). Martes 8 de noviembre (05) 40€ (rev.

Teofilo ). Lunes 14 de noviembre (05) Obra Teofilo , 20 sacos de mortero 40k, 3 jornales, 1 hora extra. Martes 15 de noviembre (05) obra Teofilo (Castillo Romeral) 40 euros (machacadora), 1.transp. 20 sacos de cemento, ltransp 1,5mts revuelto, 3 jornales. Miércoles 16 de noviembre (05) obra Teofilo (Castillo), 1 transp. Revuelto 1. transp piedra, 2 jornales. Jueves 17 de noviembre (05) obra Teofilo (Castillo del Romeral), 3 jornales, hormigonas piso, colocar instalación luz por el piso. Jueves 24 de noviembre (05) obra Teofilo , encalar paredes (2 jornales); viernes 25 de noviembre, obra Teofilo 2 jornales; lunes 28 de noviembre (05) obra Teofilo , Leopoldo , Pedro Jesús , Leoncio ; martes 29 de noviembre (05) obra Teofilo / Leoncio ; miércoles 30 de noviembre (05) obra Teofilo / Leopoldo , Pedro Jesús , Leoncio . Jueves 1 de diciembre (05) Obra Teofilo / Leopoldo , Pedro Jesús , Leoncio ; viernes 2 de diciembre (05) obra Teofilo / Leoncio , Pedro Jesús , Amador , 1 jornada de Amador (albañil) 10 sacos de cemento; jueves 8 de diciembre (05) obra Amador - Leopoldo , Pedro Jesús , Teofilo (realizar trabajos en la casa de Teofilo , se entregó comedor bar; viernes 9 de diciembre (05) obra Teofilo , ferretería sacos cemento, 3 sacos de escayola, 1 kilo pita, Amador ( Pedro Jesús , Leopoldo ) (Se fueron a medio día). Lunes 12 de diciembre (05) obra Teofilo (2 jornales) Leoncio , Amador ); Martes 13 de diciembre (05) obra Teofilo (2 jornales) Leoncio y Amador , fueron los electricistas (2 horas).. Miércoles 14 de diciembre (05) obra Teofilo - Amador (1 jornal), vinieron a trabajar los electricistas, Leopoldo / Pedro Jesús (empezaron a las 2). Jueves 15 de diciembre (05) Obra Teofilo /3 jornales Leopoldo , Pedro Jesús , Amador ), trabajaron los electricistas, trabajo Amador (escayolista). Viernes 16 de diciembre (05) obra Teofilo , 3 jornales Leopoldo , Pedro Jesús , Amador , terminó de trabajar Amador (escayolista) y el trabajo realizado por el escayolista por un total de 600 euros. Lunes 19 de diciembre (05), obra Teofilo , 3 jornales- Leopoldo , Pedro Jesús , Amador . Martes 20 diciembre (05) obra Teofilo , azulejar baño del vecino (1 pared), abrir hueco para columnas (en el salón), retirar escombros. Miércoles 21 de diciembre (05) obra Teofilo empezó Porfirio , dejar azulejos, pisos, cemento blanco, regla larga. Jueves 22 de diciembre (05) obra Teofilo / 2 jornales, Leopoldo y Amador , 3 sacos panda, revestir exterior fachada, azulejería cuarto aperos. Viernes 23 de diciembre (05) obra Teofilo 2 jornales, Amador , Pedro Jesús ; sábado 24 de diciembre (05) obra Teofilo (2 jornales) Leoncio , echar lechada azulejos exterior fachada. Lunes 26 de diciembre (05) obra Teofilo . Pedro Jesús -, Leopoldo no fue a trabajar (la hija está mala); martes 27 de diciembre (05) obra Teofilo , Leopoldo ; miércoles 28 de diciembre (05) obra Teofilo , Leopoldo ; jueves 29 de diciembre (05) obra Teofilo (1 jornal) Amador se le hizo un talón por 410E; viernes 30 de diciembre obra Teofilo ( Amador ) .

5.- Con todas estas anotaciones, Carlos Antonio , Porfirio y Jose Francisco , han pretendido hacer creer al Tribunal de instancia, según se expone en la sentencia, que se trató de arreglar el suelo de la cocina de la madre de Carlos Antonio , dada la amistad que existía entre las dos familias.

El Tribunal rechaza esta motivación de esos trabajos realizados por Porfirio y Jose Francisco , dado que al igual que en el primer caso no es creible que un empresario entregue y haga pagos a favor de otra empresa sin ninguna contraprestación, no siendo creible que "está pensando en entrar como socio", siendo deducible la inferencia de la relación con la adjudicación de la obra en el primer caso y con la adquisición antes citada en este segundo.

El Tribunal considera plenamente acreditado que Carlos Antonio se aprovechaba de su condición de Concejal de San Bartolomé de Tirajana, bien para que le arreglaran el barco, bien para que le arreglaran su casa o la de su madre, haciendo promesas sobre la adjudicación de unos terrenos, que al final no pudo cumplir debido al cambio de gobierno municipal tras las elecciones de mayo de 2007, si bien de las intervenciones telefónicas se desprende que hizo diversas gestiones tanto con técnicos como con la Alcaldesa, como se ha podido constatar con las conversaciones telefónicas mantenidas. En cualquier caso, el delito de cohecho se había cometido, ya que, como apunta el Tribunal, la Jurisprudencia de esta Sala no exige que se realice el delito objeto de la corrupción, y en este caso ha quedado acreditado que Carlos Antonio estaba haciendo gestiones que si no llegan a ser constitutivas de un delito de tráfico de influencias o incluso de prevaricación es porque hay elecciones y sale un nuevo equipo de gobierno municipal.

Un dato que valora el Tribunal, por último, es el relativo a que en las conclusiones del informe patrimonial elaborado por la U.D.E.F, ratificado en el acto del juicio, en relación a D. Carlos Antonio entre los años 2002 a 2006 (pag. 4294 y ss) revela que era titular o cotitular de 18 cuentas corrientes y que, teniendo una media anual de ingresos por actividad laboral de 79.153,22 euros brutos, el dinero manejado en las cuentas corrientes durante dicho período ascendió a 845.245,62 euros, existiendo múltiples traspasos entre cuentas propias y, en definitiva, un volumen de capital en sus cuentas que no resulta justificado por sus percepciones de trabajo, proceso valorativo que en conjunto es acertado y coherente con la prueba practicada, pese a que el recurrente incida en que no solicitó dádiva alguna, ni directamente ni a través de intermediario, cuando de las conversaciones telefónicas se deduce claramente el enfado de Porfirio y su hijo Jose Francisco porque veían que pese a estar aportando dinero en las obras antes citadas veían que su idea o proyecto no iba adelante como así ocurrió, lo que no evita que se entienda

cometido el delito de cohecho, dado que no se exige que se culmine la contraprestación que por la dádiva se había planeado, lo que es evidente frente a la negativa del recurrente.

El motivo se desestima.

### Tercero.

Como motivo segundo se alega el derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 24 de la Constitución Española .

Se alega por el recurrente que en la sentencia se llega a un pronunciamiento de condena en base a razonamientos subjetivos y a indicios que permiten consecuencias alternativas por ser las inferencias excesivamente abiertas, que no enervan la presunción de inocencia.

Sin embargo, debemos concluir que se ha explicitado en el fundamento precedente el desarrollo explicativo de la prueba de cargo que el Tribunal ha considerado en cada uno de los tres delitos por los que ha condenado al recurrente.

Este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012 en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE . Y así, lo que debe valorarse es:

1.- Que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia , lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

2.- Se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal , con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 209/2004 de 4.3 ).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba" , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia" , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad" , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En los tres casos se han valorado las pruebas de cargo suficientes y relevantes circunscritas a:

1.- Delito de cohecho en su relación con Porfirio y las obras realizadas por su empresa MAZOTTI para conseguir la adjudicación de la obra antes citada con los elementos de prueba antes expuestos y relativos a:

a.- Amplia documental relativa a:

- Documentos de pagos de Pedro Miguel por medio de la mercantil Mazotti relacionados con la embarcación Atlantiss la mercantil Excursiones Marítimas cuyo administrador era el hijo del recurrente.



- En la sede de la mercantil "MAZOTTI S.A.", se intervino 46 documentos antes citados relativos a la embarcación "Atlantis" y Excursiones Marítimas SL: cuyo administrador es el hijo de recurrente.

- Documentación intervenida en la mercantil "REPNAVAL".

- Documentación intervenida en el domicilio de Carlos Antonio , llegando a un total entre todos los documentos de 51 documentos, todo ello con el único motivo por el cual Pedro Miguel financió las reparaciones en la embarcación Atlantis era la obtención de favores políticos por el concejal Carlos Antonio en relación a las adjudicaciones de obra y contratos a adjudicar por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana.

2.- Delito de prevaricación .

1.- La emisión del voto favorable en el Pleno celebrado el 14 de mayo de 2007 en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en relación al Expte. NUM017 denominado "Urbanización Poblado Cesa 2a fase", de la que finalmente resultó adjudicataria la entidad mercantil Mazzotti S.A., está directamente relacionada con las aportaciones patrimoniales llevadas a cabo D. Pedro Miguel en la reparación y acondicionamiento de la embarcación "Atlantis", de la que es titular la entidad Excursiones Marítimas S.L.

2.- Conversaciones telefónicas con este objetivo.

3.- Conocimiento del recurrente de la ilegalidad de la adjudicación realizada con el voto emitido.

4.- Informe ratificado en el juicio oral, elaborado por la Interventora General Dña. Isidora , de fecha 18 de septiembre de 2006, en el que muestra su disconformidad sobre el gasto del Expte. NUM017 denominado "Urbanización Poblado Cesa 2a fase" hasta tanto se aportasen los documentos relacionados en el escrito, y sobre todo en lo relativo al procedimiento de contratación que ha de realizarse mediante SUBASTA ABIERTA, no estando justificada la excepción licitatoria del art. 141.b del TRLCAP, sin que pudiese llevarse a cabo una adjudicación directa. Informe que el Tribunal denomina de de reparo suspensivo, al que luego se aludirá en el recurso de Marcial , que estaba a disposición de D. Carlos Antonio al estar el mismo unido al expediente con carácter previo a la emisión del voto.

5.- Documentación del expediente de adjudicación.

3.- Delito de cohecho en su relación con Porfirio y Jose Francisco .

35 apartados de conversaciones telefónicas de las que se deduce la comisión del delito de cohecho por el recurrente.

Existe, por todo ello, prueba bastante y de cargo por la que el Tribunal ha llegado a la convicción de la comisión de los tres delitos por el recurrente, sin que tengan eficacia exculpatoria las expuestas por el recurrente, tal y como ya se ha expuesto.

El motivo se desestima.

#### Cuarto.

Como motivo tercero se alega que al amparo del número 1º del art. 849 de la LECRIM infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal , por entender que los hechos atribuidos al acusado que fueron considerados constitutivos de delito de prevaricación, no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva.

Debemos incidir, en primer lugar, que en los supuestos como el que ahora nos ocupa en los que no se trata de meras irregularidades administrativas, sino que concurren los elementos de un tipo penal de prevaricación administrativa, no puede apelarse a una teoría que podría denominarse «La criminalización del derecho administrativo» , por cuanto no se trata de que el acusado haya llevado a cabo por acción u omisión meras irregularidades o incumplimientos exigidos por una norma administrativa o en un proceso de contratación al modo de infracciones que podrían tener su reflejo y solución ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se trata de actuaciones dolosas realizadas con conciencia y voluntad de alterar el procedimiento administrativo para realizar el acto en beneficio de una persona y con evidente perjuicio a los que no pueden acceder a los actos administrativos por la acción directa del acusado que no lleva a cabo solo meras irregularidades administrativas subsanables, o no, por actos administrativos complementarios o de subsanación, sino que la entidad del acto es de gravedad y relevancia que comporta una clara injusticia del mismo a sabiendas de que lo es.

Existiría una « criminalización del derecho administrativo » si ante una mera acción de la autoridad o funcionario pública de poca entidad o relevancia, o que pueda ser impugnable ante la jurisdicción contencioso administrativa por carecer de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal se remiten a la vía penal, siendo de aplicación el principio de intervención mínima del derecho penal, pero no, como en este caso, cuando el acto es grave desde el punto de vista de la relevancia y «grosería» de la acción que permite apreciar la concurrencia de la omisión de todo procedimiento administrativo conllevando el dictado de un acto con apartamiento de todos los

principios del derecho administrativo vinculados, sobre todo, a la publicidad y a la transparencia, cuya omisión es lo que viene a la acertada criminalización de la actuación administrativa de la autoridad o funcionario público.

En todo caso, podría hablarse de la "criminalización del procedimiento administrativo seguido por quien comete un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP ", pero ello no es criminalizar el derecho administrativo, sino dar entrada a este tipo penal cuando la conducta administrativa es grosera y se realiza a sabiendas de la injusticia del acto. No se trata de conductas atípicas penalmente, ya que concurren los elementos de los tipos penales en casos de delitos contra la Administración Pública, no suponiendo una mera irregularidad administrativa, sino un verdadero ilícito pena con conductas perpetradas con dolo, y ocasionando un deterioro de la imagen de la función pública que ejercen personas que detentan cargos de responsabilidad pública y que, sin embargo, se aprovechan de esta responsabilidad y sus funciones y capacidad de decidir para intereses personales y particulares con deterioro de esa imagen de la función pública ante la ciudadanía y grave trastorno y perjuicio de la Administración Pública que es directamente atacada.

La emisión del voto se conecta al dictado de la adjudicación que por concurrencia del dolo conlleva la comisión del delito del art. 404 CP , ya que, como apunta la Fiscalía solo comete el delito quien conociendo la arbitrariedad de la resolución a sabiendas de su injusticia la asume con su voto, y es lo que ha hecho el recurrente, ya que la motivación del voto a favor estaba mediatizada por la dádiva de Herminio por medio de MAZOTTI, que era el beneficiario de la adjudicación, mientras que el resto de votantes en el acuerdo desconocían, o al menos no está probado esa relación del voto del recurrente con el dolo de la injusticia por existir una razón que lo motivaba.

Además, el Tribunal razona que existía la posibilidad de que los Concejales dimitidos pudieran tomar posesión, pues así constaba en el orden del día del Pleno de 14 de mayo de 2007 en el primer punto. Y por ello el voto del recurrente era útil para conformar la mayoría, aun a sabiendas del informe negativo de la secretaria general antes expuesto que señaló como técnico competente de la irregularidad del procedimiento que se estaba siguiendo, pese a lo cual continuó con la adjudicación hasta el final.

Sobre la prevaricación administrativa se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en varias sentencias, y así puede citarse:

a.- Sentencia Tribunal 238/2017 de 5 Abr. 2017, Rec. 1391/2016 , donde se recuerda que el acto administrativo sea una resolución que, más allá de la mera ilegalidad, incurra en arbitrariedad, porque aquella ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa». Y en este caso el abundante relato de hechos probados y las propias certificaciones que aluden a la inexistencia de procedimiento de contratación y selección lo acreditan, por mucho que el recurrente pretenda cuestionar las mismas.

b.- Sentencia Tribunal Supremo 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 .

"Como hemos dicho en SSTs. 238/2013 de 22 de marzo y 426/2016 de 19 de mayo , el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. Por ello - como expresa la STS. 941/2009 de 29 de septiembre - el artículo 404 del CP , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio , en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos ( art. 24 CP ), sin perjuicio de la cláusula de comunicabilidad hacia los no funcionarios prevista en el art. 65.3 del Código penal , cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE ), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento , bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente, o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada-, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se

reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público ( SSTS. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010 ).

Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia, tal como la STS. 627/2006 de 8.6, en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II , por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002 , exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no solo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 ), con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del C.P. STS. 284/2009 de 13.3 .

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia , su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución . De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo ( STS. 443/2008 de 1.7 ).

En definitiva, será necesario:

1. En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo.
2. En segundo lugar, que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal.
3. 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.
4. En cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y
5. En quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho".

Estos requisitos concurren en el presente caso, dado que se ha probado la intervención directa del recurrente en las operaciones, como señala la Audiencia Provincial en la explicación antes expuesta, y, por ello, es evidentemente contraria a derecho la forma de proceder, ya que el recurrente era consciente y conocedor de la injusticia de su proceder dada la objetividad y claridad del informe de la Interventora General, y pese a que eran conocedores tanto Carlos Antonio como Marcial de la irregularidad del procedimiento administrativo colaboraron con su voto que emitieron favorable, aun a sabiendas de su irregularidad, y además la influencia en Carlos Antonio por la prestación que Pedro Miguel llevaba a cabo en el Buque Atlantiss.

El motivo se desestima.

#### Quinto.

Como cuarto motivo se alega al amparo del número 1º del art. 849 LECRIM infracción de ley por aplicación indebida del art. 419 CP , por entender que los hechos atribuidos al acusado que fueron considerados constitutivos de delito de cohecho, no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva.



Se ha expuesto con claridad la sucesión de hechos que dan lugar a la comisión del delito de cohecho del art. 419 CP .

Sobre el delito de cohecho hay que recordar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 472/2011 de 19 May. 2011, Rec. 1717/2010 que apunta que "el objeto, el núcleo del cohecho en forma de dádiva al Concejal era uno solo: que votaría en el Pleno del Ayuntamiento a favor de la construcción del campo de golf".

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 508/2015 de 27 Jul. 2015, Rec. 10062/2014 se recuerda que "si el objetivo pretendido con la dádiva o promesa es la ejecución de acto constitutivo de delito o que pueda ser calificado de injusto, los hechos serían subsumibles, respectivamente, en los artículos 419 ó 420 del Código Penal . Y hablamos del objetivo pretendido con la dádiva o promesa porque, en uno y otro caso, el núcleo del injusto del delito de cohecho se agota con el acuerdo entre el funcionario público y el particular, bastando ello para su consumación, siendo por ello suficiente que el primero se muestre dispuesto a llevar a cabo el acto al margen de que finalmente lo ejecute o no.

Si dicho acto no es constitutivo de delito, pero sí puede ser calificado de injusto, el tipo penal aplicable sería, como lo ha sido en el caso de autos, el artículo 420 del CP . Por acto injusto, hemos dicho en la STS 782/2005, de 10 de junio , con citación de otras resoluciones, ha de entenderse todo acto contrario a lo que es debido, no consistiendo la injusticia del acto en una ilegalidad formal o administrativa sino en una contradicción material y relevante con el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo los principios constitucionales y las normas ordinarias. En la misma línea, decíamos en la STS 719/2009, de 30 de junio , que la injusticia del acto no puede venir determinada por la mera existencia, promesa o solicitud de la dádiva, porque esto es un requisito común a todas las modalidades de cohecho, sino por una contradicción con aquellas normas jurídicas que regulan la actuación que habría de realizar el funcionario público, concretando que cuando nos encontramos con actos en los que hay alguna discrecionalidad el uso de tal discrecionalidad en beneficio del que ha entregado o ha de entregar la dádiva puede revelar la injusticia del acto".

De esta forma, cabe afirmar que cuando la decisión de la autoridad o funcionario público está condicionada por el acuerdo previo adoptado en función de la dádiva, y aun cuando pueda respetar formalmente el ordenamiento, será injusta, porque se habrá adoptado en función de intereses particulares, postergando los intereses públicos y, vulnerando, los principios de imparcialidad y objetividad, que hoy responden a la idea del bien protegido por este delito, que han de regir el funcionamiento de la Administración pública, que imponen que dicha decisión se adopte conforme a derecho y no en función de los intereses patrimoniales de los cargos públicos responsables de dicha decisión - STS 2052/2001, de 7 de noviembre o STS 20/2001, de 28 de marzo -.

Así, precisamente, respecto a la actuación de los concejales de un Ayuntamiento, decíamos en la STS 427/2011, de 19 de mayo , a la que hicimos referencia en su momento, lo siguiente: «Cuando se intenta mediante el percibo de una cantidad que un concejal emita su voto motivado por el precio o recompensa que se le promete, con independencia de cuál pudiera ser el sentido del voto y su adecuación o no a las directrices de su partido político, se está, a no dudar ante un acto injusto, injusticia que estaría en la contradicción con su condición de concejal que debe actuar conforme al mismo y que está directamente relacionado con el principio de imparcialidad que debe ser entendido como ausencia de interferencias en la adopción de decisiones públicas que deben estar guiadas por los fines públicos del bien común que legalmente justifican su desempeño».

Este deber de imparcialidad tiene un claro anclaje constitucional en el art. 103 de la Constitución cuando establece que la "... Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento a la Ley y al Derecho ...." y tiene una concreta proyección en el deber de transparencia en la gestión de lo público. Es evidente que el ofrecimiento de dinero para conseguir un concreto posicionamiento de un elegido del consistorio constituye un acto de corrupción político-económica, por parte de quien hace el ofrecimiento, con independencia de que su ofrecimiento -como en este caso- no haya prosperado porque ha habido un intento de corrupción a un funcionario público»".

Además, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 776/2001 de 8 May. 2001, Rec. 1822/1999 recuerda que "en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» de la dádiva, como se deduce expresamente del texto legal y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, por lo que no requiere para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el de cohecho, que es lo aquí ocurrido con respecto a Carlos Antonio .

Por ello, en ambas condenas por delito de cohecho se dan los presupuestos suficientes para la condena, ya que la relación entre el voto del recurrente y los trabajos realizados por Herminio , como representante de MAZOTTI en el buque Atlantiss para costear, éste último, los gastos del buque lo eran para conseguir la emisión del

voto, por lo que el delito ya se había consumado, a lo que se añade la consecución del voto y el acuerdo final. Y en el segundo caso las conversaciones telefónicas son evidentes en torno a la consecución del objetivo pretendido por Porfirio y Jose Francisco en relación a las gestiones del recurrente a cambio de lo cual asumieron a través de su mercantil obras de reparación, en concreto en los meses de octubre y noviembre de 2005 en la vivienda propiedad de " Teofilo " o en la de la madre de éste, así como realizaron tanto suministro de material como de personal en la reparación del buque Atlantis durante el año 2006 y 2007 con la finalidad de que la venta de terrenos en que está ubicado el campo de fútbol en Aldea Blanca, titularidad del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, les fuera adjudicado por parte de dicha Corporación. Es clara la consumación del delito de cohecho en ambos casos, por lo que las alegaciones del recurrente respecto a la eficacia de su voto, o de que fue votado por unanimidad son irrelevantes ante la prueba de cargo de que el verdadero fin estaba mediatizado por las dádivas que recibía el recurrente en ambos casos y que estaban plenamente acreditadas, no siendo aceptadas como de descargo las alegaciones expuestas de querer invertir en la empresa de Excursiones Marítimas S.L., porque se trata de meras alegaciones ad hoc una vez se descubrió esta mecánica operativa delictiva sin soporte probatorio más allá de la mera alegación y constando numerosa documentación que acredita la cobertura económica que tenía como verdadero fin la consecución de la adjudicación por la eficacia del apoyo del recurrente en la votación y mediación para conseguirlo, al igual que por el segundo delito de cohecho, se consiguiera el fin, o no, ya que la prueba de la dádiva está acreditada de forma suficiente, como de forma extensa se ha acreditado y argumentado por el Tribunal.

El motivo se desestima.

#### Sexto.

Como motivo quinto se alega infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM por aplicación indebida de los artículos 21.6, reguladora antes de la atenuante analógica y actualmente de la atenuante de dilación indebida, en relación con el artículo 66 del código penal, en la redacción dada por la lo 5/2010, de 22 de junio, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Señala el Tribunal que "las diligencias previas se incoaron mediante auto de fecha 27 de octubre de 2006, hasta junio de 2007 en que se producen las detenciones y se comienza a tomar declaración a los imputados, estaban los teléfonos intervenidos y el procedimiento declarado secreto, secreto que no se le levanta hasta que se dicta auto el 5 de septiembre de 2010, durante este periodo de tiempo se están practicando diligencias acordes con la complejidad de la causa, una vez que se levanta el secreto de la causa, se resuelve sobre las solicitudes de nulidad de actuaciones, así como se resuelven varios recursos de reforma, en concreto mediante auto de fecha 13 de julio de 2011. A partir de esta fecha se continúan practicando diligencias, se producen algunas suspensiones de declaraciones y a pesar del tiempo transcurrido no se puede considerar que existan dilaciones indebidas dada la complejidad de la causa.

Sin embargo, se produce una paralización de la causa de más de un año en concreto desde febrero de 2013 hasta abril de 2014, fecha ésta en la que se acuerda mediante providencia pedir la hoja histórico penal de los acusados. Entendemos que esta paralización por más de un año da lugar a la concurrencia de la atenuante simple y no muy cualificada de dilaciones indebidas; pues a partir de abril de 2014 la causa no ha estado paralizada, así el 7 de abril se dicta auto de sobreseimiento provisional con relación a algún imputado, como D. Eulalio; el 3 de mayo de 2014 se dicta auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado; el 6 de octubre de 2014 se dicta auto resolviendo el recurso de reforma contra el auto de 3 de mayo; el 11 de mayo de 2015 se presenta escrito de calificación por el Ministerio Fiscal; el 3 de agosto de 2015 se dicta auto de apertura del juicio oral; el 28 de enero de 2016 se dicta auto acordando la remisión de la causa a la Audiencia Provincial; el 18 de mayo de 2016 se dicta diligencia de recepción del procedimiento en esta Sección 28; el 24 de mayo de 2016 se dicta auto de admisión de prueba; y el 28 de junio de 2016 se dicta diligencia de señalamiento del juicio oral para los días 24, 25, 26, 31 de enero y 1,2,7,8,9,15 y 16 de febrero de 2017".

Señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 692/2012 de 25 Sep. 2012, Rec. 1886/2011 que "La apreciación como "muy cualificada" de esta atenuante procederá siempre que la dilación supere objetivamente el concepto de "extraordinaria", es decir, manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. También, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada". Debe considerarse que una dilación como la que aquí se produjo, expuesta por el Tribunal de paralización por más de un año, no excede de lo que cabe considerar

de "extraordinaria" y por ello no encontramos razones para elevar la atenuante a la categoría de muy cualificada. Más aún con la complejidad de una causa como esta.

No se indican en el recurso periodos concretos de paralización más allá de los que cita el Tribunal, por lo que ante las características de una causa como éstas que son macroprocesos que requieren de múltiples diligencias con intervenciones telefónicas acordadas, varios acusados, con sus representaciones, y la práctica de múltiples diligencias, dada las características de este tipo de procedimientos de corrupción no se especifica una paralización mayor que conlleve una atenuación mayor que la simple ya reconocida por el Tribunal. Así, el razonamiento del Tribunal provincial no considera que la causa "ha sufrido demoras tan relevantes para justificar la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada", y así esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 538/2015 de 30 Sep. 2015, Rec. 142/2015 ya apuntó "que la consideración de muy cualificada es excepcional, de hecho, solo se utiliza tal cualificación en casos de muchos años de dilación no justificada", para concluir que en el presente debe apreciarse como ordinaria.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE CASACIÓN DE Pedro Miguel

### Séptimo.

Como primer motivo se alega la vía del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios, y el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el artículo 855.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos particulares se designaron en el escrito de preparación del recurso.

Se reiteran las cuestiones alegadas por el anterior recurrente en torno a las relaciones entre Pedro Miguel y Carlos Antonio en orden a que el primero realizó actuaciones en relación al segundo dirigidas a la obtención de su voto para la adjudicación antes expuesta. En cualquier caso al formularse el motivo por la vía del art. 849.2 LECRIM se ha hecho constar que las declaraciones de testigos no son documentos y los que se refieren quedan contradichos por los relacionados por el Tribunal antes expuestos, que han conformado la convicción del Tribunal al tener viabilidad este motivo impugnatorio solo cuando no quedan contradichos por otros elementos probatorios, que no es el caso, pues lejos de ello existe probanza abundante ya citada de que la relación entre la actuación del recurrente y el Sr. Carlos Antonio tenía el claro fin de la obtención del voto, pese a que el recurrente sostenga que la adjudicación directa era viable, lo que ha quedado descartado por el informe negativo de la secretaria general a la que se le presume profesionalidad e integridad en el mismo ajustándose a la legalidad administrativa vigente, por lo cual advirtió de la irregularidad de la adjudicación, pese a lo cual se llevó a cabo, y el Sr. Carlos Antonio votó a favor de ello, pero su intervención venía concatenada con su previa relación con el ahora recurrente, ya que sus acciones en la empresa Excursiones Marítimas tenían el objetivo de la contraprestación del voto, lo que hace aparecer el delito de cohecho en las dos vías, del funcionario y el particular, aunque con distinta ubicación en el texto penal, ya que para el ahora recurrente lo ubica en el art. 423.2 CP al momento de los hechos.

Todas las alegaciones respecto a la obra y la alegada por el recurrente viabilidad administrativa quedan descartadas por la acertada motivación del Tribunal y la propia intangibilidad de los hechos probados que son inalterables y ajustados a la prueba practicada.

Que el voto fuera relevante, o no, no tiene la trascendencia que refiere el recurrente, ya que el acto injusto se llevó a cabo, ya que ejecutó el acto contrario a los deberes inherentes al cargo, al venir motivado por la contraprestación que estaba recibiendo del ahora recurrente, quien es condenado por el delito de cohecho, pero en la modalidad del entonces aplicable art. 423.2 CP, ya que recoge la sentencia que era Carlos Antonio el que pedía a Pedro Miguel que pagara los gastos de reparación del barco Atlantiss y de otros gastos de Excursiones Marítimas SL y no éste el que ofreciera a Carlos Antonio estas dádivas. Y pese a que el recurrente exponga que era un tercero el hijo del Sr. Carlos Antonio el Tribunal ha obtenido prueba bastante de los documentos antes reseñados, así como de las intervenciones telefónicas habidas que evidencian la relación entre ellos y el objetivo real, sin que se acredite que el Sr. Pedro Miguel iba a integrarse en la mercantil Excursiones Marítimas, alegato efectuado para dar apariencia, o intentar justificar las aportaciones realizadas, lo que no es admisible, como ya hemos reseñado, cuando no existe prueba alguna que así lo certifique, medida extraña cuando de actuaciones empresariales se trata, si esta fuera correcta y con un real fin de formar parte del paquete accionarial o de administración de esta empresa, lo que no era el real fin, sino el recogido en los hechos probados de la sentencia. Por ello, las alegaciones que efectúa y documentos reseñados no tienen cabida en este motivo por la vía del art. 849.2 LECRIM según lo ya expuesto, y lo

reflejado con ocasión del recurso del Sr. Carlos Antonio , debiendo circunscribirse el recurso a la actuación propia del recurrente.

El motivo se desestima.

#### **Octavo.**

Como segundo motivo se alega al amparo del art. 852 LECRIM que se denuncia que la sentencia que se impugna vulnera el derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 24 de la Constitución Española .

Se hace un pronunciamiento general acerca de que no existen indicios suficientes para condenarle, pero la argumentación del Tribunal es correcta y ajustada, ya que expone que " Pedro Miguel es autor de un delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal , en su redacción dada por la LO 10/95 de 23 de noviembre y considera que ha quedado acreditado fundamentalmente a través de las intervenciones telefónicas escuchadas en el acto del juicio que era el acusado Carlos Antonio el que pedía a Herminio que pagara los gastos de reparación del barco Atlantiss y de otros gastos de Excursiones Marítimas SL y no éste el que ofreciera a Carlos Antonio estas dádivas. Pedro Miguel -presidente, consejero y delegado solidario de la entidad mercantil Mazzotti S.A.-, asumió entre octubre del año 2006 y marzo de 2007, a través de dicha entidad, el coste de diversas reparaciones realizadas por terceros, especialmente por Reparaciones Navales Canarias S.A. (Repnaval), en la embarcación denominada "Atlantiss", de la que es titular la entidad Excursiones Marítimas S.L., sociedad unipersonal siendo su único socio D. Landelino , hijo de D. Carlos Antonio , que además es administrador único de la entidad desde el 22 de febrero de 2005, según información suministrada por el Registro Mercantil, sin que existiese vínculo alguno entre la mercantil Mazzoti S.A. o el propio Pedro Miguel y Excursiones Marítimas S.L., de forma que el abono de las reparaciones realizadas trae causa únicamente de la ostentación por parte de D. Carlos Antonio del cargo de Concejal del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, y ello con la finalidad de obtener un trato de favor en la licitación de obras por parte de la referida Corporación .

Ha quedado acreditado que la emisión del voto en sentido afirmativo por D. Carlos Antonio en el Pleno Extraordinario celebrado el 14 de mayo de 2007, y por el cual se adjudicó de forma directa y eludiendo el procedimiento administrativo reglado, a Mazzoti S.A. el proyecto de urbanización del Poblado Cesa Fase Dos por importe de 261.741,14 euros, está causalizado por los diversos desembolsos realizados por el Sr. Herminio en la embarcación "Atlantiss" .

Es básico para el convencimiento del Tribunal la siguiente prueba:

1.- Es especialmente relevante la conversación que mantiene el mismo día 14 de mayo de 2007 el acusado Carlos Antonio con Juan María , en la que Juan María le comenta a Teofilo cómo le ha ido con Herminio "-", comentándole éste que bien, pero que no quiere hablar por teléfono, añadiendo de que necesita hablar con él -en referencia a Pedro Miguel -, ya que y según sus palabras "... PORQUE SE LE ACABA DE ... DE APROBAR UNAS COSAS" .... " Y ... Y AHORA NO HAY MOTIVO PARA QUE NO PAGUE" .

2.- Además de las conversaciones que mantiene Pedro Miguel con Teofilo días antes del pleno acreditan sin ningún género de duda que el Sr. Pedro Miguel utilizaba al Sr. Carlos Antonio para que asistiera a los plenos y votara a favor de sus intereses a cambio de asumir la reparación del barco y del pago de otros gastos de Excursiones Marítimas SL.

3.- No existe prueba de que el Sr. Pedro Miguel o la entidad MAZOTTI SA, fuera a formar parte de EXCURSIONES MARÍTIMAS SL.

4.- Ha quedado plenamente acreditado, pues ni tan siquiera el Sr. Pedro Miguel lo discute y existe abundante prueba documental ya reseñada, de que entre los años 2006 y 2007 Pedro Miguel realizó aportaciones patrimoniales por importe al menos de 240.000 euros en la embarcación denominada "Atlantiss".

5.- En el informe patrimonial remitido por la U.D.E.F. unido a autos (pag. 4.321 y ss) y ratificado en el acto del juicio oral, consta que Mazzotti S.A. aportó sólo por medio de transferencias y pagarés en las cuentas de la entidad Excursiones Marítimas S.L. entre los años 2006 y 2007 la cantidad de 228.067,54 euros, y todo ello sin que esté causalizada dichas aportaciones por participación alguna de Mazotti S.A. en la entidad beneficiaria.

6.- Ha quedado acreditado que no era necesaria ninguna segunda fase, que la misma fue una falacia pues las obras ya estaban concluidas y recepcionadas en el expediente NUM016 y que el beneficio no iban a ser 18.000 euros sino los 261.741,14 euros por el que se le adjudicaba el proyecto de la segunda fase.

7.- El Sr. Pedro Miguel estaba interesado en otros proyectos para los que solicitaba el voto del Sr. Carlos Antonio y en este punto debemos remitirnos a las conversaciones a las que ya hemos hecho referencia, en concreto a la mantenida a las 13:36:16 horas del día 07/05/07, entre Pedro Miguel " Herminio " y " Teofilo " ( Carlos Antonio



) (folios 1827-1829). En esta conversación Pedro Miguel se pone en contacto con " Teofilo " para decirle que no se olvidara de que esa tarde es lo las viviendas municipales, que la reunión es a las cinco y media pero que no sabe dónde, ante lo que " Teofilo " dice que no le han invitado a la reunión. A continuación, " Teofilo " le dice a su interlocutor que, de todas formas, eso tiene que ir luego a Pleno, que es donde él puede intervenir y donde hace falta su voto.

8.- Conversación mantenida a las 22:57:49 horas del día 09/05/07, entre Pedro Miguel " Herminio " y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 1834-1836). En la misma Pedro Miguel le comenta a Teofilo que un tal Porfirio debe de ir el viernes (11/05/07) al Consejo de Administración, ya que según dice Pedro Miguel , éste Porfirio sigue estando ahí -Consejo de Administración-, para poder enterarse de lo que se ha planteado ahí, comentándole asimismo a Teofilo que es necesario que vaya al Pleno a celebrar el lunes (14/05/07), contestándole Teofilo si eso es para la "cesión de aquella parcela a la empresa", respondiéndole Pedro Miguel que eso es una cosa y la otra, solicitar una reclamación. Acto seguido Pedro Miguel sigue insistiendo en que el llamado Porfirio debe de ir al Consejo de Administración, y en el caso de que no lo hubiesen convocado, que fuese Teofilo .

9.- Conversación mantenida a las 15:32:08 horas del día 11/05/07, entre Pedro Miguel " Herminio " y " Teofilo " ( Carlos Antonio ) (folios 1840-1841). En esta conversación Teofilo le comenta a Pedro Miguel que lo del lunes ya está claro, manifestándole Pedro Miguel que eso ya se aprobó en el Consejo -Consejo de Administración- volviéndole a decir Teofilo que eso lo aprueba él en el Pleno del lunes. Finalmente Pedro Miguel le recuerda a Teofilo que el Pleno se iba a celebrar en Tunte (San Bartolomé de Tirajana).

Por todo ello, el Tribunal de instancia concluye que "ha quedado plenamente acreditado que el Sr. Pedro Miguel accedía a las peticiones del Carlos Antonio . Carlos Antonio para que éste le favoreciera en sus intereses, entre los que se encontraba el de la Urbanización Poblado Cesa 2a fase. Y de la documentación examinada y de las conversaciones telefónicas se desprende con claridad que es el Sr. Carlos Antonio personalmente o través de la empleada de Excursiones Marítimas SL, el que pide las cantidades que van necesitando y es el Sr. Pedro Miguel , a través de Mazotti, el que va pagando".

Además, que Landelino haya quedado absuelto no conlleva que también lo deba ser Carlos Antonio , ya que el Tribunal no ha apreciado en modo alguno una participación en las actuaciones que llevaba a cabo el Sr. Carlos Antonio para la mercantil de la que era administrador su hijo, quien no debe ser condenado si no prueba de cargo contra él, aunque se beneficiara de las obras llevadas a cabo por el recurrente.

En cuanto a la comisión del delito hay que recordar que, como señala la Fiscalía, el delito del artículo 419 CP -cohecho activo- se consuma por la solicitud de la dádiva - STS de 8.5.2001 -, por lo que no requiere la realización del acto delictivo propio del artículo 419 CP ( STS de 6.5.2005 ), siendo por tanto de resultado cortado. El delito del artículo 419 CP es el que comete Carlos Antonio con claridad, pero su aceptación y entrada en juego por el ahora recurrente le lleva a cometer la pena del art. 423.2 CP por el particular al momento de los hechos, actual art. 424 CP . Así, Carlos Antonio pedía la dádiva al ahora recurrente y éste la entregaba para que le beneficiara cometiendo el delito, mediante la colaboración en los pagos del buque. No hacía falta que luego se consumara de alguna manera el fin previsto.

Como ya se ha expuesto anteriormente, y es aplicable al presente recurrente que cuestiona la condena en una forma particular de ver los hechos, distinta a los que son probados, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 776/2001 de 8 May. 2001, Rec. 1822/1999 recuerda que "en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es un delito unilateral que se consuma por la mera «solicitud» de la dádiva, como se deduce expresamente del texto legal y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, por lo que no requiere para la consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el de cohecho, que es lo aquí ocurrido con respecto a Carlos Antonio .

Además, los hechos probados son graves, ya que como señala este Tribunal Supremo en sentencia 1618/2005 de 22 Dic. 2005, Rec. 1082/2004 "El delito de cohecho protege en efecto ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y, asimismo, la eficacia del servicio público encomendado a éstos ( STS de 29 de abril de 1.995 ). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal".

En este caso concreto, y pese a que se quiera dar por los recurrentes una versión muy particular de lo que se quería decir con las conversaciones telefónicas la realidad y los indicios demuestran que se alteró el prestigio de la función social que tienen encomendados quienes tienen la capacidad de voto en decisiones municipales, y, sin embargo, alteran esa decisión por estar mediatizada por dádivas, o favores en su favor de cualquier clase, como el

que ahora consta probado, siendo el dirigido a la empresa de la que era administrador el hijo de quien dio su voto a favor de una adjudicación a cambio de que el beneficiado financiara los trabajos que se citan, lo que supone una alteración de los deberes inherentes al cargo de concejal, y, por ello, llevando consigo el ilícito penal del particular que así actúa, sea este quien es el que ofrece o el que acepta el ofrecimiento, ya que para la autoridad o funcionario público es delito recibir o solicitar, y para el particular ofrecer o entregar. Y ello, con independencia de la eficacia del voto o su resultado que integra un delito, ya que en la redacción del art. 419 CP se recogía in fine que ello sería sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.

Pues bien, de la misma manera que el delito del artículo 419 CP, el del artículo 423.2 CP es de resultado cortado y se consuma cuando se acepta entregar la dádiva con la finalidad de obtener el beneficio aunque ese beneficio no se logre. El tipo subjetivo adelanta la consumación. En cuanto se acepta entregar la dádiva con la finalidad de que el funcionario corrupto vote en el Pleno o impulse el expediente en favor de sus intereses particulares el delito de cohecho pasivo se ha consumado.

En cuanto a la pena se impone la de un año y seis meses de prisión y multa de 150.000 euros con una responsabilidad personal subsidiaria de un mes y quince días de prisión en caso de impago de la multa (conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 del Código Penal), pena correcta al estar en la mitad inferior, dado que la pena aplicable es la del art. 419 CP al tiempo de los hechos (pena de 2 a 6 años con rebaja en un grado por el art. 423.2 al momento de los hechos), por referencia al art. 423 CP que se remite a la pena impuesta a la autoridad o funcionario, por lo que se aplica la pena inferior en grado, por lo que la correcta es la de 1 año a 2 años de prisión, a lo que hay que aplicar la atenuante de dilaciones indebidas reconocida en sentencia, por lo que es correcta en su determinación, dada la gravedad de los hechos y el daño que se causa a la imagen de la función pública y a la esencia de la propia Administración Pública, además, la comisión de este tipo de casos, siendo correcta la pena de 150.000 euros de multa dada la gravedad de los hechos, siendo inferior a la cifra que se calcula, ya que se reconoce que existe abundante prueba documental ya reseñada, que entre los años 2006 y 2007 de que Pedro Miguel realizó aportaciones patrimoniales por importe al menos de 240.000 euros en la embarcación denominada "Atlantiss".

El motivo se desestima.

#### **Noveno.**

Con relación al cuarto motivo se alega por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 21.6, reguladora antes de la atenuante analógica y actualmente de la atenuante de dilación indebida, en relación con el artículo 66 del Código Penal, en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Esta circunstancia ya ha sido rechazada con anterioridad por lo que se desestima el motivo.

RECURSO DE CASACIÓN DE Celso

#### **Décimo.**

Como primer motivo se alega infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECRIM por incurrir la sentencia en error en la apreciación de la prueba basado en documento que obra en autos, no resulta contradicho por otros elementos probatorios y demuestra la equivocación del juzgador al señalar que el informe primero de la sra. interventora era de "reparo suspensivo".

Se recoge por el recurrente que el primer Informe de la Interventora municipal no contiene en modo alguno un "reparo suspensivo", y por ello nadie en el Ayuntamiento entendió o pudo entender que lo contuviera, con las consecuencias jurídico penales que de ello se derivan, siendo ello de toda relevancia, dado que la Sentencia repite, de forma reiterada, en la parte dedicada a la valoración de la prueba que dicho primer informe contenía dicho reparo suspensivo, subrayando así la importancia que este dato tendría.

Pues bien, debe desglosarse la conducta cometida por el ahora recurrente en cuanto a los dos delitos por los que se le condena:

##### **1.- Delito de prevaricación:**

Con respecto al recurrente el Tribunal señala que Celso, es autor de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, pues existe prueba suficiente para considerar desvirtuado el principio de presunción de inocencia de este acusado, especialmente por la declaración de Dña. Isidora (interventora del Ayuntamiento), de la documentación obrante en las actuaciones y concretamente del Expediente de contratación NUM017.

Se refiere que en el presente caso, al igual que ocurre con D. Carlos Antonio , se cumplen estos requisitos recogidos por la Jurisprudencia que se acaba de citar con relación al acusado D. Celso , concejal del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, concretamente concejal de contratación entre los años 2006 y 2007, que pese a tener conocimiento de que las obras del denominado proyecto urbanización del poblado Cesa 2a fase ya habían sido ejecutadas por la empresa Mazotti S.A. a mediados de enero de 2006, con su aquiescencia como concejal de contratación, pues así se deriva del propio informe de situación de la obra elaborado por Mazotti S.A. incorporado a autos en los folios 4.005 y 4.006, impulsó el Expediente 8/2006 con el fin de amparar una situación totalmente irregular, pues la ejecución de las obras se había realizado, informando a favor de su tramitación por la vía del art. 141.d 3) del TRLCAP, adjudicación directa a Mazzotti, pese a que no se daban los requisitos para ello pues debía tramitarse como subasta pública, tal y como indicó expresamente la interventora del Ayuntamiento Dña. Isidora en informe de fecha 18 de septiembre de 2006, incorporado el expediente NUM017 , manifestando el reparo suspensivo por dicha defectuosa tramitación, siendo ello reiterado mediante informe de fecha 12 de diciembre de 2006, donde nuevamente manifiesta reparo suspensivo debiendo tramitarse como subasta abierta (ambos informes constan en los folios 3.999 a 4.007), y, pese a ello, se llevó a votación a Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana de fecha 14 de mayo de 2007 por el concejal de contratación, es decir el acusado D. Celso ,emitiendo éste voto a favor pese a que tenía conocimiento directo, no sólo de los dos informes de reparo suspensivo emitidos por la interventora, sino también de la ejecución de las obras objeto de contratación por la entidad Mazotti S.A .

Por último, resta por señalar que tras la adjudicación de forma ilícita del proyecto de urbanización poblado Cesa 2a fase a la mercantil Mazzotti, no consta en el referido Expediente NUM017 , ni en el conjunto de la documentación intervenida en dependencias municipales, contrato suscrito entre el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Mazzotti S.A. por lo que se constata que la adjudicación realizada en el pleno de 14 de mayo de 2007 fue una forma de amparar a una actuación irregular pues los trabajos ya estaban ejecutados con anterioridad y recepcionados en el expediente NUM016 .

Concretamente, consta del expediente de contratación unido a la causa (folios 1196 a 1277 de la Caja A del Ayuntamiento), que en fecha de 16 de junio de 2006, actuando como concejal-delegado de urbanismo y contratación, dirigió escrito al responsable de contratación al objeto de iniciar el proceso de contratación en el que le adjunta un proyecto técnico relacionado con la obra en cuestión, así como el presupuesto de licitación por importe de 347.912,63 euros, recogidos en la partida presupuestaria nº NUM029 , e insta a contratar directamente con la entidad Mazzotti S.A. dado que la obra que se tramita es una ampliación de la obra de urbanización adjudicada con anterioridad a la misma empresa y podría enmarcarse en el supuesto recogido en el art. 141.b del TRLCAP. Sin embargo, en ningún caso era posible la adjudicación por vía del apartado 3 art. 141.d) dado que el importe presupuestario de la segunda fase ascendía a 261.741,14 euros, mientras que el precio del contrato era de 347.912,63 euros, superando ampliamente el límite del 20% legalmente establecido para dicha vía licitatoria, pues en este caso supondría un 75,23%, debiendo ser objeto dichas obras de contratación independiente por la vía de la subasta pública. Igualmente, resulta justificado por la documental obrante en autos que la emisión de su voto a favor en el Pleno celebrado el 14 de mayo de 2007 en el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, se hizo con conocimiento del informe de reparo suspensivo emitido por la interventora municipal y de que las obras en cuestión ya habían sido ejecutadas en enero de 2006 por Mazzotti S.A.

La defensa de este acusado alega que éste actuó de esa forma porque era una cuestión de interés general. Los vecinos presionaban para que se terminaran las obras y propuso como testigo y declaró en el acto del juicio el Presidente de la Asociación de Vecinos de Poblado Cesa, que manifestó que durante las obras vivieron un calvario, pues había mucha gente que tenía muy dificultoso el acceso a sus casas, que lo abrieron todo y lo dejaron "patas arriba", y el problema era que las obras no se habían terminado y quedaban muchas cosas por hacer, no había alumbrado público y por la noche no se veía y no se podía salir. Por eso iban al Ayuntamiento a reunirse con Nueva Canaria con el PSOE, y especialmente con Antonio que era el portavoz del grupo y conocía perfectamente la problemática. Pues bien como ya hemos dicho no hay duda alguna de que la obra se recepcionó en febrero de 2006, con lo cual es evidente que todo lo que se hizo con posterioridad, como ya se ha dicho era una falacia, una actuación totalmente irregular que nada tenía que ver con el interés general, de forma que ni la declaración de este testigo ni de los demás propuestos por la defensa de D. Celso , desvirtúa la realidad de los hechos.

El testigo Juan Luis , redacta el proyecto de la 1a fase y el de la 2a fase, pero éste con posterioridad a la terminación de la obra, con lo cual no proyecta nada y se hace "ad hoc" para salvar la anomalía que supone la elaboración de un expediente administrativo de contratación que no tiene fundamento alguno porque se realiza cuando la obra que se pretende contratar ya está finalizada y recepcionada en el expediente NUM016 . El contratista dice que se ha encontrado con problemas en la obra que no estaban previstos y el Sr. Juan Luis los asume sin más, elaborando un presupuesto que se ajusta a lo que Mazotti SA reclama al Ayuntamiento. No han convencido a este

Tribunal las explicaciones que ha dado este testigo sobre que se trataba de una urbanización antigua y que en el primer proyecto no se contemplaban problemas que luego surgieron como el de la red de abastos, pues en ningún momento se ha dicho que antes de las obras los vecinos de la urbanización no tuvieran agua y por el contrario sí se ha dicho por el Presidente de la Comunidad de vecinos de Poblado Cesa, que llegaron para hacer la obra (Mazotti) y levantaron todo dejándolo patas arriba y sin luz por las calles, lo que no consta que antes de las obras sucediera.

Por lo que se refiere a los testigos D. Hernan y D. Maximino , concejales del Ayuntamiento y del grupo de Nueva Canaria, declararon que para ellos lo que se aprobaba era un reconocimiento extrajudicial de crédito, que era lo que decía la interventora que había que hacer aunque luego se contradicen y manifiestan que no vieron el informe de la interventora y que no saben si estaba o no estaba en el expediente, y desde luego sus declaraciones no coinciden con lo que se acordó en el Pleno de fecha 14 de mayo de 2007 en el que según consta en el acta en el punto 6º sobre Procedimiento de Contratación del Proyecto "Urbanización del Poblado Cesa 2a fase", el acusado Celso intervino y dijo que aunque no es lo normal, pero si posible, aplicar este tipo de contratación, sin que conste para nada en dicho punto del orden del día que se hablara del reconocimiento extrajudicial de crédito al que se refieren los testigos.

Por todo lo expuesto, consideró el Tribunal que el ahora recurrente era autor del delito de prevaricación, ya que, además, eran él y el Sr. Carlos Antonio los que tenían conocimiento exacto de que lo actuado era incorrecto, y es por ello por lo que se les condena a ellos por este tipo penal por la constancia del dolo por el conocimiento de la propia ilicitud.

#### 2.- Delito de infidelidad en la custodia de documentos.

Pero, además, los hechos declarados probados también constituyen un delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 del Código Penal , del que responde en concepto de autor el recurrente según expone la sentencia.

Respecto a este recurrente los hechos probados son los siguientes:

"El acusado Celso en fecha de 16 de junio de 2006, actuando como Concejal-Delegado de Urbanismo y Contratación dirigió escrito al responsable de contratación al objeto de iniciar el proceso de contratación adjuntando un proyecto técnico relacionado con la obra en cuestión, así como el presupuesto de licitación por importe de 347.912,63 euros, e instando a contratar directamente con la entidad Mazotti S.A. dado que la obra que se tramita es una ampliación de la obra de urbanización adjudicada con anterioridad a la misma empresa y podría enmarcarse en el supuesto recogido en el art. 141.b del TRLCAP; ello determinó que el Ingeniero Técnico municipal, Victorino , basándose en el informe técnico anterior y en el escrito del Concejal, emitiese el 29/06/06 informe favorable al Proyecto presentado por mercantil "Mazotti, S.A.". A continuación, resultando trámite imprescindible el informe de la Intervención del Ayuntamiento, realizado por la Interventora General del Ayuntamiento, Isidora se emitió informe de fecha 18/09/06 en el que mostraba su disconformidad sobre el gasto así como el procedimiento de contratación, ya que debía de realizarse por subasta pública al no estar justificada la excepción licitatoria del art. 141.b) del TRLCAP.

Ante dicho informe, el acusado Celso , no solo eludió el cumplimiento de lo establecido en dicho informe, omitió la tramitación legalmente establecida, e ignoró deliberadamente un nuevo informe de fiscalización realizado por la Interventora municipal, Isidora , de fecha 12/12/06, en el que se hace constar que es evidente que la Administración ha actuado por la vía de hecho, sin seguir el procedimiento de contratación legalmente establecido y sin consignación presupuestaria suficiente para la realización de dicho gasto, encontrándonos por tanto ante una clara actuación irregular y a todas luces ilegal, siendo objeto de reparo suspensivo , ya que consta claramente la ausencia de documentos esenciales para la tramitación del mismo, y en concreto en lo relativo al procedimiento de contratación elegido, ya que se pretendía hacer una adjudicación directa a Mazotti amparándose en la excepción licitatoria del art. 141.b del TRLCAP, adjudicación que es nula, no cumpliéndose los requisitos establecidos en el art. 141.1.d) TRLCAP, ya que aún considerándose que sean obras complementarias, estas no pueden superar el 20% del primitivo contrato, debiéndose haber adjudicado a través de subasta pública.

El día 10 de mayo de 2007 se convoca Pleno Extraordinario para el día 14 de mayo de 2007, al que asisten 11 de los 21 concejales electos, en el cual ambos Concejales acusados, Carlos Antonio y Celso , siendo conocedores de la manifiesta nulidad del Expediente sometido a votación, que se había tramitado después de que se hubiera terminado y recepcionado la obra el 1 de febrero de 2006 en el expediente NUM016 , y por el cual se adjudicó de forma directa y eludiendo el procedimiento administrativo reglado emitieron su voto favorable y determinante para la adjudicación directa de dicha obras a "Mazotti, S.A.", actuando el acusado Carlos Antonio además como consecuencia de las prestaciones que había recibido del acusado Pedro Miguel a través de la mercantil "Mazotti, S.A.", las cuales habían sido consentidas por su hijo el acusado Landelino , sin que conste que

éste tuviera conocimiento de las actuaciones que estaba realizando su padre en el Ayuntamiento a favor de Mazotti S.A. Finalmente, y como muestra de la ilegalidad de todo el proceso, no se suscribió en ningún momento entre el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Mazotti, S.A. contrato de adjudicación de dichas obras, como no podía ser de otra forma, ya que las mismas, como ya se dicho, ya habían sido ejecutadas en el expediente NUM016".

Pues bien, se argumenta en la sentencia que "el informe de fiscalización relativo a la obra de la 2a fase urbanización Poblado Cesa, elaborado por Dña. Isidora , interventora general del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, de fecha 12 de diciembre de 2006, que obra en autos en la página 4001, en el que emite reparo suspensivo por la actuación irregular de la Administración al eludir el procedimiento reglado, no fue incorporado al Expediente NUM017 , pese a que fue remitido expresamente por la interventora al acusado como concejal de contratación.

Isidora ha declarado en el acto del juicio que se iba a incluir el reconocimiento extrajudicial de créditos, en el expediente para que fuera aprobado por el Pleno del Ayuntamiento y que Celso le dijo que no incluyera esa factura en el expediente en el que iban los reconocimientos extrajudiciales de crédito. Es decir que para este Tribunal ha quedado acreditado que el acusado conocía la existencia de este informe de la interventora de fecha 12 de diciembre de 2006 y que no lo unió al expediente NUM017 de Poblado Cesa 2a fase. Lo ocultó y no lo llevó al Pleno del 14 de mayo de 2007 donde incluso tomó la palabra, tal y como consta en el acta, y sin embargo no dijo nada sobre el reconocimiento extrajudicial de crédito.

En este caso el informe de la interventora de fecha 12 de diciembre de 2006, es preceptivo por cuanto se trata de un expediente NUM017 Poblado Cesa 2a fase, donde se compromete el dinero público, por lo que al no incluir este informe en el citado expediente le está privando de la función que debe cumplir, lo está ocultando al resto de los Concejales que no pueden examinarlo y ver los reparos suspensivos que había puesto la interventora. Y además lo está ocultando a sabiendas, pues como ya hemos dicho el mismo le dijo a la interventora que no se uniera la factura de Mazotti al expediente de reconocimientos extrajudiciales de créditos.

La defensa de Celso , alega que el único problema que hubo es que al grupo de Nueva Canaria no les parecía bien que se hicieran los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito por lo que ello significaba y que al respecto estaban de acuerdo con la interventora cuando en el informe de 12 de diciembre de 2006 hace una llamada de atención sobre el elevado número de facturas que se llevan al reconocimiento extrajudicial de crédito, que alcanzan una cifra desorbitada, y que lo que denotan, en el fondo, es una mala previsión de gastos a financiar con los recursos propios del ejercicio corriente y el mantenimiento de un elevado nivel de gasto por encima de las posibilidades reales de financiación. Y por ello considera que han de tomarse las medidas necesarias en orden a la contención del gasto público y evitar así, que un mecanismo de carácter, en principio, extraordinario, haya pasado a convertirse en el medio habitual para la convalidación y el pago de las actuaciones irregulares de la Administración. Pues bien este Tribunal considera que no tiene el más mínimo sentido y escapa a toda lógica que se apruebe un expediente de contratación de obra, cuando ésta ya ha sido realizada y recepcionada más de un año antes en otro expediente el NUM016 . Y es que resulta importante destacar que la interventora según manifestó en el acto del juicio nunca vio el expediente NUM016 , y fue en dicho expediente donde se recepcionó la obra el 1 de febrero de 2006 por parte del Sr. Arcadio , dato éste que sí era conocido por el acusado Sr. Celso , con lo cual ningún otro expediente era necesario para contratar una obra que ya estaba hecha y recepcionada. La solución que da la interventora a través de un reconocimiento extrajudicial de crédito, es una solución legal a un supuesto de hecho irreal porque se vuelve a insistir la obra estaba terminada y recepcionada en el expediente NUM016 que nunca fue examinado por la interventora".

Pues bien, pese a la referencia de la expresión "reparo suspensivo" los hechos probados no dicen nunca que el primer informe formulara reparos suspensivos, sino que Isidora emitió informe de fecha 18/09/06 en el que mostraba su disconformidad sobre el gasto así como el procedimiento de contratación, ya que debía de realizarse por subasta pública al no estar justificada la excepción licitatoria del art. 141.b) del TrLCAP. Y aunque en algún apartado de la sentencia parezca referirse a la mención "reparo suspensivo" como incluido en el informe, lo cierto y verdad es que el alcance de estas referencias no tiene el efecto que pretende el recurrente, ya que es el Tribunal el que considera que dado el contenido del informe es la deducción del Tribunal acerca de la opinión de la Interventora de que se había eludido el procedimiento de subasta abierta, y que ... esa objeción solo podía calificarse como reparo suspensivo, conllevando la imposibilidad de seguir ese trámite de subasta abierta, por lo que del informe de la antes citada se podría deducir claramente los vicios de irregularidad que se estaban siguiendo, y pese a lo cual, siendo conocedores ambos concejales de esta circunstancia siguieron adelante, como se considera probado, aun a sabiendas de su injusticia, que es lo que cualifica el delito de prevaricación ya desarrollado con motivo del recurso de Carlos Antonio .



En consecuencia, no existe un error en la valoración de la documental que refiere el recurrente, sino que los efectos son los mismos, ya que el documento de la Interventora General alertando de la irregularidad que se estaba cometiendo existía y es una acertada conclusión del Tribunal la del "reparo suspensivo" que conllevaba la emisión de ese informe y su conocimiento por los dos concejales, pese a lo cual lo desoyeron y continuaron adelante con sus votos, lo que integra el injusto a sabiendas de su decisión y proceder en el ejercicio de su cargo público.

El motivo se desestima.

#### Undécimo.

Con respecto al segundo motivo al amparo del artículo 852 LECRIM por infracción de precepto constitucional: infracción de la presunción de inocencia ( art. 24 CE ).

Se alega que ha sido condenado por un delito de infidelidad en la custodia de documentos públicos a pesar de la inexistencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia: la argumentación de la sentencia no cumple con las exigencias relativas al juicio sobre la suficiencia y el juicio sobre la motivación.

Pues bien, en la sentencia se contempla que "El informe de fiscalización relativo a la obra de la 2a fase urbanización Poblado Cesa, elaborado por Dña. Isidora , interventora general del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, de fecha 12 de diciembre de 2006, que obra en autos en la página 4001, en el que emite reparo suspensivo por la actuación irregular de la Administración al eludir el procedimiento reglado, no fue incorporado al Expediente NUM017 , pese a que fue remitido expresamente por la interventora al acusado como concejal de contratación .

Dña. Isidora ha declarado en el acto del juicio que se iba a incluir el reconocimiento extrajudicial de créditos, en el expediente para que fuera aprobado por el Pleno del Ayuntamiento y que Celso le dijo que no incluyera esa factura en el expediente en el que iban los reconocimientos extrajudiciales de crédito . Es decir que para este Tribunal ha quedado acreditado que el acusado conocía la existencia de este informe de la interventora de fecha 12 de diciembre de 2006 y que no lo unió al expediente NUM017 de Poblado Cesa 2a fase. Lo ocultó y no lo llevó al Pleno del 14 de mayo de 2007 donde incluso tomó la palabra, tal y como consta en el acta, y sin embargo no dijo nada sobre el reconocimiento extrajudicial de crédito" .

Con respecto al delito de infidelidad en la custodia de documentos hay que recordar que:

Además, el Tribunal añade que "En este caso el informe de la interventora de fecha 12 de diciembre de 2006, es preceptivo por cuanto se trata de un expediente NUM017 Poblado Cesa 2a fase, donde se compromete el dinero público, por lo que al no incluir este informe en el citado expediente le está privando de la función que debe cumplir, lo está ocultando al resto de los Concejales que no pueden examinarlo y ver los reparos suspensivos que había puesto la interventora. Y además lo está ocultando a sabiendas, pues como ya hemos dicho el mismo le dijo a la interventora que no se uniera la factura de Mazotti al expediente de reconocimientos extrajudiciales de créditos.

La defensa de Celso , alega que el único problema que hubo es que al grupo de Nueva Canaria no les parecía bien que se hicieran los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito por lo que ello significaba y que al respecto estaban de acuerdo con la interventora cuando en el informe de 12 de diciembre de 2006 hace una llamada de atención sobre el elevado número de facturas que se llevan al reconocimiento extrajudicial de crédito, que alcanzan una cifra desorbitada, y que lo que denotan, en el fondo, es una mala previsión de gastos a financiar con los recursos propios del ejercicio corriente y el mantenimiento de un elevado nivel de gasto por encima de las posibilidades reales de financiación. Y por ello considera que han de tomarse las medidas necesarias en orden a la contención del gasto público y evitar así, que un mecanismo de carácter, en principio, extraordinario, haya pasado a convertirse en el medio habitual para la convalidación y el pago de las actuaciones irregulares de la Administración. Pues bien este Tribunal considera que no tiene el más mínimo sentido y escapa a toda lógica que se apruebe un expediente de contratación de obra, cuando ésta ya ha sido realizada y recepcionada más de un año antes en otro expediente el NUM016 . Y es que resulta importante destacar que la interventora según manifestó en el acto del juicio nunca vio el expediente NUM016 , y fue en dicho expediente donde se recepcionó la obra el 1 de febrero de 2006 por parte del Sr. Arcadio , dato éste que sí era conocido por el acusado Sr. Celso , con lo cual ningún otro expediente era necesario para contratar una obra que ya estaba hecha y recepcionada. La solución que da la interventora a través de un reconocimiento extrajudicial de crédito, es una solución legal a un supuesto de hecho irreal porque se vuelve a insistir la obra estaba terminada y recepcionada en el expediente NUM016 que nunca fue examinado por la interventora".

El recurrente sostiene básicamente que no existe motivación en la condena por este delito y que de los documentos y de la parte del testimonio Interventora de la interventora general se inferían naturalmente otras

hipótesis fácticas razonables que impedían afirmar la autoría, o por qué se considera irrelevante a lo que manifestó la Sra. Interventora sobre la entrega de su Segundo Informe -exclusivamente a su Secretaria-, el porqué de la inexistencia de un "Recibí" de dicho Segundo Informe por parte del recurrente cuando se afirma que siempre se solicitaba y, finalmente, sobre la inasistencia de algún Interventor al crucial Pleno de mayo de 2007 en el que la Intervención, de haber actuado de forma diligente, habría debido poner de manifiesto sus reparos.

Sin embargo, estas cuestiones no tienen la relevancia que postula el recurrente cuando el Tribunal considera que el recurrente conocía la existencia de este informe de la interventora de fecha 12 de diciembre de 2006 y no lo unió al expediente NUM017 de Poblado Cesa 2ª fase; es decir, que lo ocultó y no lo llevó al Pleno del 14 de mayo de 2007 que es donde se vota tanto por el recurrente como por Carlos Antonio. Porque pese a que el recurrente sostenga otras actuaciones, la que es delictiva del tipo penal del art. 413 CP es la relativa a que el informe de fiscalización relativo a la obra de la 2ª fase urbanización Poblado Cesa, elaborado por Dña. Isidora, interventora general del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, de fecha 12 de diciembre de 2006, que obra en autos en la página 4001, en el que emite reparo suspensivo por la actuación irregular de la Administración al eludir el procedimiento reglado, no fue incorporado al Expediente NUM017, pese a que fue remitido expresamente por la interventora al ahora recurrente.

Sobre este delito del art. 413 CP refiere la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 167/2018 de 11 Abr. 2018, Rec. 1087/2017 que "Conforme a la STS 353/2009 de 2 de abril el tipo penal de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 CP, describe formando parte del elemento objetivo, como acción típica, la triple modalidad de la destrucción, la inutilización o la ocultación, conductas que han de ir referidas a un documento. Este documento para ser elemento del tipo ha de reunir, no solamente las calidades a que se refiere el artículo 26 del Código Penal, sino la de estar vinculado al cargo desempeñado por el sujeto activo del delito, al menos en cuanto a su custodia.

Por su parte, las SSTS 542/2016 de 20 de junio y 941/2009 de 29 de septiembre, entre otras, precisan que sustraer, destruir, inutilizar u ocultar -verbos nucleares del tipo penal del art. 413 CP- constituyen simples modalidades de un propósito común: privar dolosamente que un determinado documento pueda cumplir la función que el ordenamiento jurídico le reconoce. Además el tipo requiere un elemento específico: que el sujeto actúe a sabiendas.

A su vez STS 353/2009, recuerda que el artículo 413 CP, se ubica en un capítulo correspondiente a los delitos contra la Administración pública. Es pues necesario, que dicho comportamiento afecte al bien jurídico protegido. Es decir, que la citada acción, del sujeto específico que hace del delito uno de los de la clase de especiales propios, sea destructiva, de inutilización o de ocultación, ha de interferir, cuando menos dificultándola, en la actividad administrativa a la que concierne el cargo desempeñado por el sujeto activo. Es decir, que no podrá entenderse realizado el tipo si el comportamiento del sujeto no está revestido de esa relevancia.

Por su parte, la doctrina es coincidente en que excluir de la órbita del ámbito típico, las conductas de sustracción o destrucción de documentos sin trascendencia para el tráfico ordinario administrativo o para la función desempeñada por el empleado público, cuya custodia le estaba encomendada; y predica que la conducta es atípica cuando no hay afección a la causa pública en la contemplación de la acción típica en sí misma.

En el mismo sentido, la STS 497/2012, de 4 de junio, afirma: La infidelidad en la custodia de documentos que castiga el artículo 413 del Código Penal se dirige a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo". La finalidad última a la que tiende este precepto es -como expresa la STS núm. 723/2009, de 1 de julio- proteger el documento frente a las agresiones materiales representadas por los verbos nucleares del tipo. El término «ocultar» es definido por la Real Academia de la Lengua Española, en su primera acepción, como "esconder, tapar, disfrazar o encubrir a la vista", habiendo incluido la jurisprudencia bajo esta modalidad supuestos de paralización del trámite obligado o bien de falta de entrega e, incluso, de dilación indefinida y sensible de la presencia del documento, de manera que requiera la realización de una actuación administrativa de búsqueda y localización que perturbe el funcionamiento de la administración. En este sentido, es considerado como una modalidad delictiva que debe producir alguna mutación o modificación en el mundo exterior y, por ello, la más moderna jurisprudencia lo acerca a los delitos de resultado (v.gr. STS núm. 125/2011, de 28 de febrero). Debe así exigirse que el documento haya sido ocultado, impidiendo que surta los efectos que resulten del mismo, no obstante lo cual para su consumación no es preciso que el autor obtenga alguna finalidad o que deriven ulteriores consecuencias, ya sean de índole lucrativa o de otro género. Se trata, además, de un delito doloso, con un dolo reforzado según se desprende de la expresión típica «a sabiendas».

Se trata, pues, de la relevancia de la "ocultación" como acción delictiva que ha desplegado el recurrente, dado que al no incluir este informe en el citado expediente NUM017 de Poblado Cesa 2ª fase le está privando de la

función que debe cumplir, lo está ocultando al resto de los Concejales que acudieron al pleno que no pueden examinarlo y ver los reparos suspensivos que había puesto la interventora. Y además lo está ocultando a sabiendas, pues él mismo le dijo a la interventora que no se uniera la factura de Mazotti al expediente de reconocimientos extrajudiciales de créditos, como así declara el Tribunal, pese al distinto parecer del recurrente construyendo un relato que pretende alentar la conducta por la que realmente el Tribunal le condena por el delito del art. 413 CP, que no es otro por la ocultación. Además, esta ocultación se describe "a sabiendas", por cuanto la unión al expediente permitiría detectar las anomalías en la votación al prescindir de datos técnicos relevantes que alterarían el sentido del voto de constar unido al expediente, por lo que es esta la motivación acertada de la condena. Fue correcta la argumentación del Tribunal en cuanto a que se considera que no tiene el más mínimo sentido y escapa a toda lógica que se apruebe un expediente de contratación de obra, cuando ésta ya ha sido realizada y recepcionada más de un año antes en otro expediente distinto cual es el NUM016.

El motivo se desestima.

#### **Duodécimo.**

Con respecto al tercer motivo se efectúa al amparo del art. 852 LECRIM por vulneración del art. 24 CE, al haberse condenado como autor de un delito de prevaricación, a pesar de que no ha sido desvirtuada su presunción de inocencia.

Se entiende que no se ha producido la necesaria valoración racional de la prueba, habiendo por el contrario sido valorada la prueba de una forma irracional, o, si se prefiere, arbitraria o manifiestamente errónea para llegar a la conclusión de que el Sr. Celso es autor de tal delito

Hay que recordar que, como apunta el Tribunal, la solución que daba la interventora a través de un reconocimiento extrajudicial de crédito, era una solución legal a un supuesto de hecho irreal, porque se vuelve a insistir por el Tribunal la obra estaba terminada y recepcionada en el expediente NUM016. Pero lejos de ello, en lugar de acudir al expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos se opta por la adjudicación directa, cuando la obra ya estaba terminada.

El reconocimiento extrajudicial de créditos es el mecanismo establecido por el ordenamiento jurídico para proceder al pago de aquellas facturas por las que se hayan contraído obligaciones sin consignación presupuestaria. Así lo prevé el art. 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo I del Título VI de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en materia de Presupuestos:

"Corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera".

En otras palabras, el reconocimiento extrajudicial de créditos es el procedimiento en virtud del cual la Administración Local reconoce obligaciones no comprendidas en el Presupuesto en curso para regularizar los gastos que no han sido aplicados en ninguna partida del año presupuestario en el que debieron ser descontados.

Por tanto, la primera conclusión que se extrae de lo expuesto es que, aunque no sea la regla general, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de reconocer obligaciones contraídas sin consignación presupuestaria.

Así, este procedimiento permite el reconocimiento de obligaciones exigibles frente a la Administración derivadas de servicios no prestados en el corriente ejercicio presupuestario y evita tener que recurrir a la vía judicial para la resolución de los conflictos planteados por los proveedores de dichos servicios. Se trata, en consecuencia, de un instrumento a utilizar en casos puntuales, de naturaleza extraordinaria, puesto que supone una ruptura de los principios de anualidad presupuestaria y limitación cuantitativa de los créditos, principios recogidos en el art. 163 del RD Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales -TRLRHL-.

Ello se refiere siempre a facturas o justificantes de gasto que han sido efectivamente recibidos o prestados, como ocurría en este caso y era la vía que se debía haber seguido y no una adjudicación directa por la cuantía que constaba. El ayuntamiento puede dar una conformidad a un reconocimiento extrajudicial y es esa conformidad la que justifica su tramitación no desde un punto de vista contractual, sino extracontractual, a través de una responsabilidad patrimonial derivada, del llamado "enriquecimiento sin causa" o "injusto", pues la prestación o el servicio efectivamente ejecutados han beneficiado al ayuntamiento y, por ello, procede resarcir al contratista por los trabajos realizados. Pero no es esta la vía que se siguió sino la de adjudicación. Y, como ya se ha expuesto, la solución que daba la interventora a través de un reconocimiento extrajudicial de crédito, era una solución legal a un supuesto de hecho irreal, porque se vuelve a insistir por el Tribunal la obra estaba terminada y recepcionada en el expediente NUM016.

Por tanto, es éste fundamento del procedimiento de la vía que se debió seguir y no se siguió, y además a sabiendas del recurrente de que era una vía incorrecta por la que se optaba, ya que la del reconocimiento extrajudicial de ese crédito, de existir, tiene por fin evitar que el reconocimiento del derecho del contratista a cobrar por un trabajo que ya ha realizado, o por un servicio que ha prestado, solamente pueda producirse mediante resolución judicial, con el consiguiente incremento de gastos, tiempo e inconvenientes; dado que la obra o el servicio han beneficiado al ayuntamiento y, en consecuencia, procede compensar al contratista por los trabajos realizados.

Existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que avalan tal conclusión. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Tercera de lo contencioso-administrativo de 28 de abril de 2008 (Nº de Recurso: 299/2005 ; STS 1660/2008 ), que recoge lo señalado en otra Sentencia de 21 de marzo de 1991 apunta que «el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara».

En el mismo sentido se expresa la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003 (Nº Recurso: 254/2002 ; STS 5151/2003 ), "el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración".

Las ventajas de esta vía para abonar deudas a proveedores, de existir éstas, es que se trata de un procedimiento extraordinario, ya que permite hacer frente a gastos en los que se haya incurrido sin consignación presupuestaria. No obstante, cuando se incurra en un gasto y no exista dotación en el Presupuesto del ejercicio en curso, no quedará más remedio que recurrir al reconocimiento extrajudicial de créditos para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración y como garantía para el proveedor de una obra o servicio efectivamente realizado, que es lo que en este caso ocurrió, pese a lo cual se recurrió a una nueva adjudicación directa cuando no había nada que ejecutar.

El Tribunal argumenta respecto de este delito que el recurrente "era concejal del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, concretamente concejal de contratación entre los años 2006 y 2007, que pese a tener conocimiento de que las obras del denominado proyecto urbanización del poblado Cesa 2a fase ya habían sido ejecutadas por la empresa Mazotti S.A. a mediados de enero de 2006 , con su aquiescencia como concejal de contratación, pues así se deriva del propio informe de situación de la obra elaborado por Mazotti S.A. incorporado a autos en los folios 4.005 y 4.006, impulsó el Expediente NUM017 con el fin de amparar una situación totalmente irregular, pues la ejecución de las obras se había realizado, informando a favor de su tramitación por la vía del art. 141.d 3) del TRLCAP, adjudicación directa a Mazzotti, pese a que no se daban los requisitos para ello pues debía tramitarse como subasta pública, tal y como indicó expresamente la interventora del Ayuntamiento Dña. Isidora en informe de fecha 18 de septiembre de 2006, incorporado al expediente 8/2006 , manifestando el reparo suspensivo por dicha defectuosa tramitación, siendo ello reiterado mediante informe de fecha 12 de diciembre de 2006, donde nuevamente manifiesta reparo suspensivo debiendo tramitarse como subasta abierta (ambos informes constan en los folios 3.999 a 4.007), y, pese a ello, se llevó a votación a Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana de fecha 14 de mayo de 2007 por el concejal de contratación, es decir el acusado D. Celso , emitiendo éste voto a favor pese a que tenía conocimiento directo, no sólo de los dos informes de reparo suspensivo emitidos por la interventora, sino también de la ejecución de las obras objeto de contratación por la entidad Mazotti S.A. Por último, resta por señalar que tras la adjudicación de forma ilícita del proyecto de urbanización poblado Cesa 2a fase a la mercantil Mazzotti, no consta en el referido Expediente NUM017 , ni en el conjunto de la documentación intervenida en dependencias municipales, contrato suscrito entre el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Mazzotti S.A. por lo que se constata que la adjudicación realizada en el pleno de 14 de mayo de 2007 fue una forma de amparar a una actuación irregular pues los trabajos ya estaban ejecutados con anterioridad y recepcionados en el expediente NUM016 .

Concretamente, consta del expediente de contratación unido a la causa (folios 1196 a 1277 de la Caja A del Ayuntamiento), que en fecha de 16 de junio de 2006, actuando como concejal-delegado de urbanismo y contratación, dirigió escrito al responsable de contratación al objeto de iniciar el proceso de contratación en el que le adjunta un proyecto técnico relacionado con la obra en cuestión, así como el presupuesto de licitación por importe de 347.912,63 euros, recogidos en la partida presupuestaria nº NUM029 , e insta a contratar directamente con la entidad Mazzotti S.A. dado que la obra que se tramita es una ampliación de la obra de urbanización adjudicada con anterioridad a la misma empresa y podría enmarcarse en el supuesto recogido en el art. 141.b del TRLCAP. Sin

embargo, en ningún caso era posible la adjudicación por vía del apartado 3 art. 141.d) dado que el importe presupuestario de la segunda fase ascendía a 261.741,14 euros, mientras que el precio del contrato era de 347.912,63 euros, superando ampliamente el límite del 20% legalmente establecido para dicha vía licitatoria, pues en este caso supondría un 75,23%, debiendo ser objeto dichas obras de contratación independiente por la vía de la subasta pública. Igualmente, resulta justificado por la documental obrante en autos que la emisión de su voto a favor en el Pleno celebrado el 14 de mayo de 2007 en el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, se hizo con conocimiento del informe de reparo suspensivo emitido por la interventora municipal y de que las obras en cuestión ya habían sido ejecutadas en enero de 2006 por Mazzotti S.A.

La defensa de este acusado alega que éste actuó de esa forma porque era una cuestión de interés general. Los vecinos presionaban para que se terminaran las obras y propuso como testigo y declaró en el acto del juicio el Presidente de la Asociación de Vecinos de Poblado Cesa, que manifestó que durante las obras vivieron un calvario, pues había mucha gente que tenía muy dificultoso el acceso a sus casas, que lo abrieron todo y lo dejaron "patas arriba", y el problema era que las obras no se habían terminado y quedaban muchas cosas por hacer, no había alumbrado público y por la noche no se veía y no se podía salir.

Por eso iban al Ayuntamiento a reunirse con Nueva Canaria con el PSOE, y especialmente con Antonio que era el portavoz del grupo y conocía perfectamente la problemática.

Pues bien como ya hemos dicho no hay duda alguna de que la obra se recepcionó en febrero de 2006, con lo cual es evidente que todo lo que se hizo con posterioridad, como ya se ha dicho era una falacia, una actuación totalmente irregular que nada tenía que ver con el interés general, de forma que ni la declaración de este testigo ni de los demás propuestos por la defensa de D. Celso, desvirtúa la realidad de los hechos.

El testigo Juan Luis, redacta el proyecto de la 1a fase y el de la 2a fase, pero éste con posterioridad a la terminación de la obra, con lo cual no proyecta nada y se hace "ad hoc" para salvar la anomalía que supone la elaboración de un expediente administrativo de contratación que no tiene fundamento alguno porque se realiza cuando la obra que se pretende contratar ya está finalizada y recepcionada en el expediente NUM016.

El contratista dice que se ha encontrado con problemas en la obra que no estaban previstos y el Sr. Juan Luis los asume sin más, elaborando un presupuesto que se ajusta a lo que Mazotti SA reclama al Ayuntamiento. No han convencido a este Tribunal las explicaciones que ha dado este testigo sobre que se trataba de una urbanización antigua y que en el primer proyecto no se contemplaban problemas que luego surgieron como el de la red de abastos, pues en ningún momento se ha dicho que antes de las obras los vecinos de la urbanización no tuvieran agua y por el contrario sí se ha dicho por el Presidente de la Comunidad de vecinos de Poblado Cesa, que llegaron para hacer la obra (Mazotti) y levantaron todo dejándolo patas arriba y sin luz por las calles, lo que no consta que antes de las obras sucediera.

Por lo que se refiere a los testigos D. Hernan y D. Maximino, concejales del Ayuntamiento y del grupo de Nueva Canaria, declararon que para ellos lo que se aprobaba era un reconocimiento extrajudicial de crédito, que era lo que decía la interventora que había que hacer aunque luego se contradicen y manifiestan que no vieron el informe de la interventora y que no saben si estaba o no estaba en el expediente, y desde luego sus declaraciones no coinciden con lo que se acordó en el Pleno de fecha 14 de mayo de 2007 en el que según consta en el acta en el punto 6º sobre Procedimiento de Contratación del Proyecto "Urbanización del Poblado Cesa 2a fase, el acusado Celso intervino y dijo que aunque no es lo normal, pero si posible, aplicar este tipo de contratación, sin que conste para nada en dicho punto del orden del día que se hablara del reconocimiento extrajudicial de crédito al que se refieren los testigos".

Pese a las alegaciones del recurrente la motivación del Tribunal respecto de la secuencia de hechos es acertada y se coherente con los hechos probados que son inalterables y no pueden ser modificados por entrar en aspectos atinentes a la valoración de la prueba por la que queda privilegiado el Tribunal de instancia por su inmediación. El amplio elenco de la prueba practicada es suficiente para enervar la presunción de inocencia. Hubo prueba de cargo suficiente y debidamente explicada, pese a que el recurrente pretenda alterar esa valoración, pero por la vía de alterar los hechos probados, lo que debe descartarse como estamos argumentando y se corrobora con la argumentación que a continuación exponemos con ocasión del siguiente motivo del recurso.

### **Decimotercero.**

Con respecto al cuarto motivo se alega al amparo del artículo 849.1 LECRIM por aplicación indebida del artículo 404 del código penal, al haberse producido condena por delito de prevaricación a pesar de que no concurren los elementos del tipo objetivo del delito, dado que la conducta desarrollada no constituye una resolución arbitraria y manifiestamente injusta.



El motivo se desestima.

De los hechos probados y la argumentación del Tribunal se evidencia que en esta operación tuvo participación directa el ahora recurrente, por cuanto no se trata de que sea una mera cuestión administrativa a dilucidar ante los juzgados de lo contencioso-administrativo, sino que en este caso se debe aplicar la teoría de considerar necesario criminalizar el procedimiento administrativo seguido por los acusados, no tanto criminalizar el derecho administrativo en sí mismo. Pese a la construcción de hechos que verifica el recurrente en su recurso, lo cierto y verdad es que éste emite un voto a favor, pese a que tenía conocimiento directo, no sólo del informe emitido por la interventora, sino también de la ejecución de las obras objeto de contratación por la empresa Mazotti S.A. Era plenamente consciente del segundo informe de la interventora de fecha 12 de diciembre de 2006, no obstante llevó al pleno el expediente sin el informe de la intervención, dado que el informe de 18 de septiembre de 2006 era desfavorable y en el mismo se pedía la inclusión de una documentación que nunca se aportó como se puede comprobar con el expediente administrativo 8/2006 incorporado a los autos. Como se ha expuesto ante el recurso de Carlos Antonio con respecto al delito del art. 404 CP se ha citado la jurisprudencia de esta Sala sobre este tipo penal. Y frente a lo que señala el recurrente de que la motivación de la sentencia es irracional, ésta reúne los elementos básicos para entender cometido el delito. Las resoluciones del acusado promoviendo el expediente y votando a favor de la adjudicación de contrato fueron arbitrarias, sustituyendo la legalidad por su deseo personal, lo que quedaba acreditado por la no incorporación al expediente del informe de 18.09.2006 y por su votación a favor. Ocultó el informe y cometió el delito antecedente y votó a favor a sabiendas de su injusticia.

Y sobre la inclusión en este delito de conductas de realizar votos a sabiendas de su injusticia citamos la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 648/2007 de 28 Jun. 2007, Rec. 1293/2006 que señala " en el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Torrelaguna de 27 de Octubre de 1995, adoptado con los votos del Alcalde y Concejales recurrentes concurren los elementos configuradores del delito de prevaricación que ha sido el aplicado en este caso".

De esta sentencia se deduce la teoría del "voto consciente" y a sabiendas de su injusticia, por lo que solo quedarían incluidos en el tipo penal aquellos que conocieran o pudieron conocer la injusticia del acto, y este conocimiento concurría en los que fueron condenados por el Tribunal, ya que con su voto consciente contribuyen al dictado del acuerdo que es del que se deriva la adjudicación, cuando no se debió acudir a esta vía, sino a la del expediente de reclamación extrajudicial de crédito, y es la consciencia de la forma de acometer el acto y la decisión que se toma con la emisión del voto la que integran el delito del art. 404 CP . Y, además, el recurrente no fue un "extraneus". Como Concejales del Ayuntamiento que prestó su voto en la conformación del acuerdo prevaricador responde a la condición de funcionario público/autoridad al que se refiere el tipo penal, porque conocía lo ocurrido personalmente y votó a favor por el dolo de su conducta derivado de la exigencia del elemento subjetivo de la expresión "a sabiendas" del tipo penal.

#### **Decimocuarto.**

Con respecto al quinto motivo se alega que al amparo del artículo 849.1 LECRIM por aplicación indebida del artículo 404 del código penal, al haberse producido condena por delito de prevaricación a pesar de que no concurren los elementos del tipo subjetivo del delito, por entender que no actuó dolosamente ni mucho menos a sabiendas de la (inexistente) injusticia del acto realizado.

El motivo se desestima, ya que se ha explicado de forma detallada la existencia del dolo en la conducta del recurrente con relación a los anteriores motivos.

#### **Decimoquinto.**

Con respecto al sexto motivo al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del art. 852 LECRIM por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, al haberse producido vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que, lo que se quiere hacer ver que es prueba de cargo bastante sobre la participación dolosa respecto del delito de prevaricación administrativa, en realidad no es sino una prueba valorada irracionalmente, luego no es de cargo.

Vuelve otra vez a cuestionarse la validez de la valoración de la prueba lo que entra de lleno en el principio de inmediación del Tribunal que ha realizado un detallado proceso valorativo respecto de la prueba ante él practicada, suponiendo la queja del recurrente un nuevo proceso valorativo y personal que excede de las posibilidades de este recurso.

Así, se ha concluido que:

1.- El recurrente tenía conocimiento de que las obras del denominado proyecto urbanización del poblado Cesa 2ª fase ya habían sido ejecutadas por la empresa Mazotti S.A. a mediados de enero de 2006, con su aquiescencia como concejal de contratación.

2.- Ello se deriva del propio informe de situación de la obra elaborado por Mazotti S.A. incorporado a autos en los folios 4.005 y 4.006.

3.- Pese a ello impulsó el Expediente 8/2006 con el fin de amparar una situación totalmente irregular, pues la ejecución de las obras se había realizado.

4.- Informó a favor de su tramitación por la vía del art. 141.d 3) del TRLCAP, adjudicación directa a Mazzotti, pese a que no se daban los requisitos para ello pues debía tramitarse como subasta pública.

5.- Ello lo indica así la interventora del Ayuntamiento Dña. Isidora en informe de fecha 18 de septiembre de 2006, incorporado el expediente NUM017 . Ello conlleva, como expone el Tribunal, el denominado "reparo suspensivo" por dicha defectuosa tramitación, siendo reiterado mediante informe de fecha 12 de diciembre de 2006, donde nuevamente manifiesta reparo suspensivo al tener que tramitarse como subasta abierta (ambos informes constan en los folios 3.999 a 4.007), y, pese a ello, se llevó a votación a Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana de fecha 14 de mayo de 2007 por el concejal de contratación, es decir el ahora recurrente.

6.- El recurrente, pese a conocer este estado de cosas emite voto a favor pese a que tenía conocimiento directo, no sólo de los dos informes de reparo suspensivo emitidos por la interventora, sino también de la ejecución de las obras.

7.- Destaca el Tribunal, también, que era una falacia que se hubiera actuado por interés general y presión vecinal para que las obras concluyesen pues las obras estaban realizadas desde febrero de 2006 y se actuó siempre con posterioridad.

8.- Ningún otro expediente era necesario para contratar una obra que ya estaba hecha y recepcionada. La solución que da la interventora a través de un reconocimiento extrajudicial de crédito, es una solución legal, sistema antes ya explicado y que no se utilizó apelando a que no se podría convertir en una vía generalizada, cuando lo que no se debía hacer es lo que finalmente se hizo.

9.- La obra que se tramita es una ampliación de la obra de urbanización adjudicada con anterioridad a la misma empresa y podría enmarcarse en el supuesto recogido en el art. 141.b del TRLCAP. Sin embargo, en ningún caso era posible la adjudicación por vía del apartado 3 art. 141.d) dado que el importe presupuestario de la segunda fase ascendía a 261.741,14 euros, mientras que el precio del contrato era de 347.912,63 euros, superando ampliamente el límite del 20% legalmente establecido para dicha vía licitatoria, pues en este caso supondría un 75,23%, debiendo ser objeto dichas obras de contratación independiente por la vía de la subasta pública.

10.- Resulta justificado por la documental obrante en autos que la emisión de su voto a favor en el Pleno celebrado el 14 de mayo de 2007 en el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, se hizo con conocimiento del informe de reparo suspensivo emitido por la interventora municipal y de que las obras en cuestión ya habían sido ejecutadas en enero de 2006 por Mazzotti S.A.

11.- Carlos Antonio y Celso , siendo conocedores de la manifiesta nulidad del Expediente sometido a votación, que se había tramitado después de que se hubiera terminado y recepcionado la obra el 1 de febrero de 2006 en el expediente NUM016 , y con el informe en contra de la intervención, se adjudicó de forma directa y eludiendo el procedimiento administrativo reglado emitiendo su voto favorable para la adjudicación directa de dicha obras a "Mazotti, S.A."

Clave en este tema para entender concurrente es el informe de la interventora general ya expuesto, lo que supone una obligada fiscalización previa, que es la modalidad de ejercicio de la función interventora que se realiza sobre los actos, documentos o expedientes susceptibles de generar obligaciones; por tanto, se ejercita sobre propuestas de autorizaciones de gastos y sobre propuestas de disposiciones de los mismos.

Por ello, en los casos en los que se produce un informe como el llevado a cabo por la intervención este informe no puede ser objeto de "ocultación", o silencio, porque es un informe administrativo que conlleva el denominado "reparo suspensivo" ante el incumplimiento de cualquiera de los extremos que constan en el expediente que se inicia y dará lugar a una fiscalización desfavorable del expediente y a la formalización del reparo por la Intervención con efectos suspensivos, que es lo que aquí ocurre. Pese a ello, y pese a que la decisión del recurrente debía haber sido la de observar lo dispuesto por la intervención lo desoye y no le da curso, desembocando en la emisión de su voto favorable y del de Carlos Antonio .

Con respecto a la queja en relación a la constancia de la expresión "reparo suspensivo" es preciso destacar que el mismo consta y se deriva tácitamente del propio informe de la interventora, no teniendo la virtualidad que se alega y sostiene pretendiendo hurtar el objetivo del informe de la intervención, que no era otro que alertar de la

ilicitud de la adjudicación directa, por lo que el reparo suspensivo es evidente en el informe, como expone en el juicio oral su autora en cuanto a la expresión de ilicitud de lo que se estaba llevando a cabo, y siendo la vía correcta el reconocimiento extrajudicial de crédito. Así, se trata de un término a utilizar en el derecho administrativo que queda integrado en el contenido del informe y es la conclusión a la que llega el Tribunal en razón a lo expuesto por la interventora en su función relacionada con el gasto, por lo que no es irregular su utilización en la sentencia recurrida.

La prueba ha sido determinante y ha existido de cargo frente a las alegaciones del recurrente, manteniéndose la acertada valoración de la prueba del Tribunal y la intangibilidad de los hechos probados.

#### **Decimosexto.**

Con respecto al séptimo motivo al amparo del artículo 849.1 LECRIM por falta de aplicación del artículo 14 del Código Penal, e indebida aplicación del artículo 404 del mismo texto legal, al afirmarse la concurrencia de dolo en la actuación del Sr. Celso respecto del delito de prevaricación cuando éste no se desprende del relato de hechos probados y no haber apreciado la existencia de un error (de tipo o de prohibición) en su conducta.

Ante la alegación de la teoría del error de tipo o de prohibición hay que señalar que cuando se plantea este tema nos movemos en un terreno interno del autor estas alegaciones deben reconducirse a unos estándares de conducta en los que hay que tener en cuenta las circunstancias del sujeto, el hecho que ha cometido, y el tiempo de su comisión, para poder valorar "desde fuera" si podría ser cierta esa pretendida "ignorancia" de que su actuar era ilícito. Pero sin olvidar que resulta relevante el caso concreto donde se dé ese error que se alega, y en este caso se hace por una persona que está en un cargo público y no puede alegar el error en el desarrollo de una función pública, declarándose probado que su actuación se despliega a sabiendas y con conciencia de lo que llevaba a cabo.

Además, de que su interpretación y valoración debe ser siempre restrictiva, ante lo sencillo que sería un alegato de desconocimiento de las conductas que son ilícitas, lo que conllevaría que el texto penal no se aplicara a quien "no lo conociera". Y no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de "suficiencia cognoscitiva".

Ambos tipos de error tienen un origen distinto, se manifiestan sobre elementos distintos, bien la tipicidad (error de tipo) o sobre la culpabilidad (error de prohibición), y en ellos la consecuencia de apreciarlo como vencible o invencible son distintas, en tanto se aprecia la conversión en conducta imprudente (error de tipo vencible), o bien una mera rebaja de la pena (error de prohibición vencible).

Con absoluta claridad se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo sobre esta materia en la sentencia 782/2016 de 19 Oct. 2016, Rec. 10413/2016 en donde se exponen con rigor las razones por las que el error forma parte de las opciones posibles que pueden concurrir en una persona que no es consciente que su actuar es constitutivo de delito. Y no se trata de exacerbar al máximo las posibilidades fáciles y sencillas de eludir la culpa, sino de no olvidar que es realmente posible que pueda concurrir una ignorancia absoluta de lo ilícito de una conducta, para lo que, obviamente, habrá que analizar cada caso concreto, la persona que se encuentra afectada, sus circunstancias personales, y el tipo de delito que ha cometido para poder apreciar si puede estimarse la concurrencia de un error que incide en su culpabilidad, y, por ende, en el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Por ello, se recoge en esta sentencia que "reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal - más allá del debate histórico sobre el principio de la ignorantia iuris non excusat - no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente".

El planteamiento del error está, pues, configurado en la propia culpabilidad del sujeto, ya que su ignorancia y/o la invencibilidad del error pueden convencer al Tribunal de que lo que alega respecto a la creencia de su correcto proceder era cierto. En cualquier caso, ello no puede ser predicado respecto de cualquier hecho, sino solo de aquellos supuestos en cuyo caso pueda llegar a dudarse de la veracidad de la posibilidad de aplicación del error en el sujeto autor del acto, ejemplo de lo cual lo encontramos, como más tarde veremos, en quien ignora la existencia del tipo penal del art. 183 CP acerca de mantener relaciones sexuales con menor de 16 años, supuesto en el que habrá que valorar su edad, la relación con el menor, su rasgo cultural, etc, a fin de valorar la existencia y viabilidad



de admitir esa conciencia de un correcto proceder que incide en su culpabilidad por afectar a la ignorancia de la antijuridicidad del acto.

Lo relevante en estos casos es efectuar una tarea de medición acerca de la evitabilidad del conocimiento de la infracción, y en la medida de su graduación poder llegar a apreciar que no es inevitable que el sujeto conociera la antijuridicidad del acto infractor, y que por ello no influyeran las circunstancias de la acción en la culpabilidad del sujeto.

Por ello, en la citada sentencia se recoge que "Para definir el alcance del error y su incidencia -atenuatoria o exoneratoria- en la culpabilidad del acusado, hemos de dilucidar si la distorsión en el mensaje imperativo de la norma penal era o no evitable".

Y como nos movemos en el terreno de la "culpabilidad" por "desconocimiento de lo antijurídico" se añaden dos parámetros:

- 1.- El error de prohibición excluye tal culpabilidad, cuando es invencible .
- 2.- El acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico.

Pero, como es obvio, en el análisis de esta circunstancia del error de un ilícito proceder debe actuarse en el plano de si es evitable el desconocimiento, si nos moviéramos en un sentido inverso, porque no se trata de "no saber", o "no conocer" sino de "si es posible evitar que un hecho ilícito se desconozca". Y en este caso, y por ello, la forma de actuar del Tribunal pasa, como cita la jurisprudencia, "por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto".

Respecto al error de prohibición desglosa la reciente sentencia del Tribunal Supremo 586/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2395/2016 los tipos del error de prohibición en:

- 1.- Error directo de prohibición (ausencia de castigo).
- 2.- Error indirecto de prohibición o error de permisión (conurrencia de causa de justificación).

Así recoge que si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que:

- 1.- No debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible.
- 2.- Puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible ( art. 14.3 C.Penal ).

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho ( SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre ; 865/2005, de 24 de junio ; 181/2007, de 7 de marzo ; 753/2007, de 2 de octubre ; y 353/2013, de 19 de abril ).

A la hora de valorar si concurre error de tipo o de prohibición no puede recurrirse a un estándar generalizado u objetivado en cuanto a los requisitos del autor para entender que se aplique el error en una de sus dos modalidades, sino que habrá que ir a cada caso y en este ir desgranando qué ha ocurrido, cómo, y qué circunstancias personales tiene el autor en correlación con el hecho y la forma en la que este se ha ejecutado. Apunta, así, el Tribunal Supremo en la STS 708/2016, de 19 de septiembre que es indudable que para conocer la conciencia de la ilegalidad de un acto debe tenerse en consideración las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido.

Y en este caso concreto las circunstancias del autor y su dedicación excluyen por completo la existencia del alegado error en ninguna de sus modalidades, porque lo que hizo, y se declara probado lo realizó a conciencia y con conocimiento de lo que estaba llevando a cabo.

En las circunstancias del autor influyen, además, o es preciso apreciar:

- 1.- Las condiciones psicológicas y de cultura del agente.
- 2.- Las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento.
- 3.- Posibilidades de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra.
- 4.- Valorar la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo ( STS 482/2007, 30 de mayo ).

En el proceso valorativo del tribunal, visto los anteriores elementos y actuando sobre el caso concreto hay que tomar en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo. Pero no hay que olvidar que ello debe ser visto en el contexto de que hay que partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento ( SSTS 1238/2009, 11 de diciembre y 338/2015, 2 de junio ).

Resulta fundamental este punto en relación a quien tiene la carga de probar ese error, que puede deducirse del caso concreto, pero que debe ser alegado y expuestas las circunstancias que permiten su fijación por el Tribunal. Recuerda, así, el Tribunal Supremo en Sentencia 411/2006 de 18 Abr. 2006, Rec. 421/2005 que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible ( STS de 20.2.98 , 22.3.2001 , 27.2.2003 ).

Señala Esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 123/2001 de 5 Feb. 2001, Rec. 1519/1999-P/1999 el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse .

Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Pero en todo caso las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos, sociales.

En los casos en los que sea evidente la ilicitud del acto, como en este supuesto, no podrá apreciarse el error.

El resultado ya expuesto con detalle anteriormente excluye, por descontado, la existencia del error, ya que se deduce la inferencia de que la actuación fue dolosa, tal y como se ha explicado con reiteración, ya que tanto la ocultación del informe, como la actuación hasta realizar el voto se llevó a cabo a sabiendas de la injusticia de su actuación, y por su condición debía saber, como sabía, que era irregular lo que estaba llevando a cabo, y no desde el punto de vista del derecho administrativo, sino desde el punto de vista del derecho penal. No puede alegarse la teoría del error en una actuación eminentemente dolosa y probada, como así ha reconocido el Tribunal. No puede apelarse al error en los delitos de corrupción y en ese caso ante un delito de prevaricación administrativa y de infidelidad en la custodia de documentos como consta debidamente probado, pese a la oposición del recurrente.

El motivo se desestima.

### **Decimoséptimo.**

Con respecto al octavo motivo al amparo del artículo 849.1 LECRIM por indebida aplicación del artículo 413 del código penal , al afirmarse la concurrencia del elemento objetivo del tipo de infidelidad en la custodia de documentos públicos por la no incorporación de un informe a un expediente administrativo cuando el Sr. Celso no era el sujeto legalmente obligado a su incorporación.

Vuelven a plantearse las circunstancias que rodean la intervención del recurrente en el delito tipificado en el art. 413 CP , ya que se ha expuesto debidamente que el informe de fiscalización relativo a la obra de la 2a fase urbanización Poblado Cesa, elaborado por Dña. Isidora , interventora general del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, de fecha 12 de diciembre de 2006, que obra en autos en la página 4001, en el que emite reparo suspensivo por la actuación irregular de la Administración al eludir el procedimiento reglado, no fue incorporado al Expediente NUM017 , pese a que fue remitido expresamente por la interventora al acusado como concejal de contratación.

La interventora general ha declarado en el acto del juicio que se iba a incluir el reconocimiento extrajudicial de créditos, en el expediente para que fuera aprobado por el Pleno del Ayuntamiento y que Celso le dijo que no incluyera esa factura en el expediente en el que iban los reconocimientos extrajudiciales de crédito. Es decir que para este Tribunal ha quedado acreditado que el acusado conocía la existencia de este informe de la interventora de fecha 12 de diciembre de 2006 y que no lo unió al expediente NUM017 de Poblado Cesa 2a fase. Lo ocultó y no lo llevó al Pleno del 14 de mayo de 2007 donde incluso tomó la palabra, tal y como consta en el acta, y sin embargo no dijo nada sobre el reconocimiento extrajudicial de crédito.

Es evidente que el funcionario Concejal de contratación tiene el dominio del hecho en el tema que estamos tratando y que ha recibido el informe preceptivo de la Interventora poniendo reparos a la adjudicación y no lo incorpora pese a ello al expediente, permitiendo la votación en el Pleno de adjudicación sin conocimiento por los Concejales de ese documento , inexcusable posee jurídicamente la posición de garante, y responde a título de comisión por omisión y realiza en su integridad el verbo nuclear de ocultar el informe impidiendo la producción de

efectos jurídicos inherente a su naturaleza. Por ello, ha cometido el delito del art. 413 CP pese a la oposición del recurrente.

El tipo penal del art. 413 CP se comete por diversas formas comisivas, pero una de ellas es la ocultación de documentos por quien tiene la obligación y encargo de exhibir o entregar.

Es hecho probado que Celso , actuando como Concejal-Delegado de Urbanismo y Contratación, no solo eludió el cumplimiento de lo establecido en el informe de la Intervención, sino que omitió la tramitación legalmente establecida, e ignoró deliberadamente un nuevo informe de fiscalización realizado por la Interventora municipal, Isidora , de fecha 12/12/06, en el que se hace constar que es evidente que la Administración ha actuado por la vía de hecho, sin seguir el procedimiento de contratación legalmente establecido y sin consignación presupuestaria suficiente para la realización de dicho gasto, encontrándonos por tanto ante una clara actuación irregular y a todas luces ilegal, siendo objeto de reparo suspensivo, ya que consta claramente la ausencia de documentos esenciales para la tramitación del mismo, y en concreto en lo relativo al procedimiento de contratación elegido, ya que se pretendía hacer una adjudicación directa a Mazotti amparándose en la excepción licitatoria del art. 141.b del TrLCAP, adjudicación que es nula, no cumpliéndose los requisitos establecidos en el art. 141.1.d) TrLCAP, ya que aún considerándose que sean obras complementarias, estas no pueden superar el 20% del primitivo contrato, debiéndose haber adjudicado a través de subasta pública.

En la sentencia se contempla que "el recurrente ocultó el informe a sabiendas, pues él mismo le dijo a la interventora que no se uniera la factura de Mazotti al expediente de reconocimientos extrajudiciales de créditos". Y ello, cuando esta vía podría haber resuelto el problema de una obra que ya estaba terminada pero superando el gasto. Y no mediante una adjudicación, cuando la interventora lo había desaconsejado por alejarse del cumplimiento de la legalidad ordinaria. La acción del recurrente fue la de ocultar, debiendo exhibir, o entregar, y no lo hizo por la intención que ya se ha descrito. Se trata de un tipo penal el del art. 413 CP que se cualifica por la infracción de un deber. Por ello, la cualidad del sujeto activo, como en este caso ocurre, viene dada por la condición del mismo en sus obligaciones de función pública, ya que al ocultar, inutilizar o destruir está alterando la obligación derivada de su deber, lo que conlleva al injusto penal por un deber incumplido, el cual puede materializarse por acciones (destruir, inutilizar) u omisiones (ocultar o no exhibir conscientemente cuando se debe hacer para cumplir con el deber de la función pública). Ese deber de la propia función conlleva que la realización de una de las acciones u omisiones que el tipo describe puedan deducirse de prueba directa o indiciaria, la cual se manifiesta por la misma ausencia de un informe, por ejemplo, bien porque se haya destruido, inutilizado u ocultado, por lo que sería carga de la prueba de la parte a quien se imputa el acto demostrar que lejos de ser así, el informe preceptivo sí que fue incorporado para el conocimiento de quienes debían decidir, y que hurtándolo a ese conocimiento sustrae de este a quien deben tomar una opción de decisión a adoptar la correcta con arreglo a lo que marca el ordenamiento jurídico, que es lo que en este caso ocurrió.

El motivo se desestima.

## RECURSO DE CASACIÓN DE Arcadio

### **Decimoctavo.**

Con relación al primer motivo al amparo del art. 849.2º LECRIM , infracción de ley por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios, y el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el artículo 855.2 LECRIM .

Volvemos a incidir en la doctrina de esta Sala sobre la vía casacional del art. 849.2 LECRIM en cuanto a los documentos y el basamento en el error en la valoración de la prueba.

No obstante, respecto a este recurrente debemos señalar que es hecho probado que el recurrente venía desempeñando su trabajo como Arquitecto Técnico Municipal en el Ayuntamiento.

Además, se añade que "agotado el importe de la cantidad en que se habían adjudicado las obras de la "Urbanización Poblado Cesa", tanto por la mercantil "Mazotti, S.A.", a través del acusado Pedro Miguel , como por los funcionarios y concejales implicados, esto es, el Concejal de Contratación y Urbanismo, - Celso -, y el Arquitecto Municipal, - Arcadio -, se urdió la manera de amparar dicha situación irregular dando cobertura a las obras que la mercantil "Mazotti, S.A." había realizado a cambio de una contraprestación económica -a la cual ya no tendría derecho habida cuenta de que las obras realizadas deberían haberse satisfecho con los 342.912,36 euros de la adjudicación de la denominada la Fase "-", y para ello impulsaron la tramitación de una "Segunda Fase" de dichas obras, y con la finalidad de eludir la tramitación de un Expediente de contratación en el que pudiesen concurrir otros

posibles licitadores, alteraron la realidad para hacer una adjudicación directa a través del procedimiento negociado sin publicidad, excepción licitatoria recogida en el art. 141.b) del TrLCAP, pero que no procedía en el caso que nos ocupa .

Asimismo y para eludir los controles de legalidad establecidos en el procedimiento aplicable, omitieron deliberadamente la realización de los trámites y la presencia de documentos esenciales para la tramitación del mismo . Así el acusado Arcadio , actuando como funcionario municipal, en concreto Arquitecto Técnico Municipal, emitió informe en fecha 29/05/06, en el que no se hacía constar que las obras ya se encontraban ejecutadas -tal como se desprende del Acta de recepción de las obras de la "primera fase" firmada por él en fecha 01/02/06- y manifestaba que concurrían circunstancias técnicas que hacían necesaria la continuidad de la constructora, proponiendo que fuese "Mazzotti, S.A." la adjudicataria a través de esa excepción licitatoria".

Es decir, que el Tribunal viene a concluir que "De la prueba practicada, especialmente de la prueba documental y de la declaración de Dña. Isidora , y del expediente administrativo 8/2006 se desprende que Arcadio , arquitecto técnico municipal del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en los años 2006 y 2007, pese a tener conocimiento de que las obras del denominado proyecto urbanización del poblado Cesa 2a fase ya habían sido ejecutadas por la empresa Mazzotti S.A. a mediados de enero de 2006, pues así se deriva del propio informe de situación de la obra elaborado por Mazzotti S.A., que obra en autos en los folios 4.005 y 4.006, emitió un informe en el Expediente NUM017 informando a favor de la adjudicación directa a Mazzotti S.A., pese a que no se daban los requisitos para ello pues debía tramitarse como subasta pública, tal y como indicó expresamente la interventora del Ayuntamiento Dña. Isidora , en informe de fecha 18 de septiembre de 2006, incorporado el expediente NUM017 , manifestando el reparo suspensivo por dicha defectuosa tramitación, siendo ello reiterado mediante informe de fecha 12 de diciembre de 2006 , donde nuevamente manifiesta reparo suspensivo debiendo tramitarse como subasta abierta (ambos informes constan en los folios 3.999 a 4.007).

Además queda acreditado que tras la adjudicación de forma ilícita del proyecto de urbanización poblado Cesa 2a fase a la mercantil Mazzotti, no consta en el referido Expediente NUM017 , ni en el conjunto de la documentación intervenida en dependencias municipales, contrato suscrito entre el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Mazzotti por lo que queda claro que las obras ya estaban realizadas con anterioridad al informe emitido en el expediente NUM017 por el Sr. Arcadio .

Consta del expediente de contratación de las obras del Poblado Cesa 1a fase unido a la causa, que en fecha de 1 de febrero de 2006, actuando como Director Técnico de la Obra, firmó el acta de recepción de la primera fase (Expdte. NUM016 ) junto con D. Gerardo , realizando un recorrido total de las mismas, encontrándolas en buen estado. Asimismo, en dicho momento, ya se habían ejecutado las obras de lo que se supone iba a ser la 2a fase, pues así se deriva del propio informe de situación de la obra elaborado por Mazzotti S.A., que está incorporado a autos en los folios 4.005 y 4.006, situación de la que tenía pleno conocimiento como Director Facultativo de la Obra.

Pese a ello, el 29 de mayo de 2006, Arcadio , como arquitecto técnico municipal, en el marco del Expdte NUM017 , emite informe en el que propone que se adjudique las obras de la 2a fase, que ya conocía que estaban ejecutadas, a Mazzotti S.A., por estar en el mismo receptáculo visual y la necesidad de que la totalidad del proyecto tenga un igual tratamiento en los trabajos. En base a ello, propone que la contratación de dichas obras por importe de 261.741,14 euros (cantidad resultante de aplicar el 20,319% de baja al presupuesto de la segunda fase que figura en el proyecto y que asciende a la cantidad de 328.490,13 euros) sea a favor de la mercantil Mazzotti S.A. A continuación, en fecha de 8 de junio de 2006, el Servicio de contratación por medio de su responsable, Dña. Adela , emite informe en el marco de dicho procedimiento en el que, en base al elaborado por el técnico municipal D. Arcadio , reputa que se puede enmarcar, de forma excepcional, la adjudicación en la modalidad licitatoria de procedimiento negociado sin publicidad de acuerdo con lo previsto en el art. 141.b del TrLCAP, siendo ésta la fórmula elegida por el concejal de área de contratación.

En definitiva, queda acreditado que el Sr. Arcadio , faltó a la verdad en su informe de 29 de mayo de 2006 en el marco del Expediente NUM017 , pues las obras ya estaban realizadas. Y este se introdujo en el tráfico jurídico lo que integra la falsedad cometida. Además, no puede hablarse de que es "inocua" o vacía de contenido porque se trata de una alteración "relevante" en los términos en los que se declara en los hechos probados al saber que las obras estaban terminadas, siendo improcedente informar a favor de la adjudicación de la obra cuando ya no tenía sentido, y ser la vía del reconocimiento extrajudicial de crédito la vía correcta como informó la interventora.

Añade el Tribunal que "pese a que se le absuelve del delito de prevaricación ello no quiere decir que el delito de falsedad no se haya cometido pues lo que resulta evidente es que faltó a la verdad cuando propuso la contratación de las obras del proyecto "Urbanización Poblado Cesa (2a fase) a la empresa Mazzotti SA, cuando sabía perfectamente que esas obras ya estaban realizadas. Y que en este caso concreto no se considere que dicho

informe fuera determinante para el delito de prevaricación cometido por los otros dos acusados, no implica que la falsedad no deba merecer reproche penal".

Pese a las alegaciones del recurrente hay que señalar que éste, el 29 de mayo de 2006, como arquitecto técnico municipal, en el marco del Expediente NUM017 , emite informe en el que propone que se adjudique las obras de la 2ª fase, que ya conocía que estaban ejecutadas, a Mazzotti S.A ., por estar en el mismo receptáculo visual y la necesidad de que la totalidad del proyecto tenga un igual tratamiento en los trabajos.

Frente a las alegaciones del recurrente de que se trataba de dos fases, o las necesidades que alega de la 2ª fase no tienen virtualidad en el contexto falsario de lo que se acaba de explicar y es hecho probado inalterable, además que la vía del art. 849.2 LECRIM exige que los documentos que se deben citar, y que no pueden ser pruebas personales "no resulten contradichos por otros elementos probatorios, lo que no es el caso, ya que la prueba para condenar es eficaz para enervar la presunción de inocencia y se ha expuesto anteriormente.

Frente al hecho probado se alega que el impulso de la tramitación de un procedimiento para la segunda fase tiene una razón técnica, y aunque intenta restarle importancia a la propuesta de adjudicación a Mazotti, las circunstancias y condiciones en que ésta se produjo determinan la desestimación de este motivo en base al privilegio de la valoración de la prueba por el Tribunal y que ya se ha expuesto. Y que el criterio del técnico pasara, o no, el filtro jurídico no es causa que le exonere de responsabilidad, ya que el delito falsario ya se había cometido a sabiendas, como se ha explicado por el Tribunal.

El recurrente sostiene alegaciones sobre la ejecución total o parcial de las obras, pero lo que se desprende de los hechos probados es clarividente, pese a su oposición argumental discrepante en su motivo. El recurrente llevó a cabo lo que se ha expresado con detalle. El recurrente pretende sostener la adecuación jurídico-administrativa de su actuación, cuando la conclusión a la que llega el Tribunal es radicalmente distinta y se ha explicado con detalle. Sin embargo, señala que su omisión en el informe era irrelevante o inocuo, pero no resulta así cuando se trata de un informe técnico que debe ajustarse a la legalidad y a la realidad de la situación, que es lo que no se hizo, por mucho que se alegue que ello puede ser rechazado, no aceptado o revisado. La redacción incluida fue la antes reflejada y ello no se ajustaba a la realidad. También son rechazables las menciones a las declaraciones de los testigos, que en suma, no son documentos, pese a lo cual el recurrente construye unas conclusiones al modo de cómo considera que sucedieron los hechos, o tratando de explicar el marco bajo el cual se llevó a cabo el informe del recurrente, lo que no tiene cabida en la vía del art. 849.2 LECRIM .

Se alega que su informe está ajustado a términos técnicos, pero alterando la realidad y la veracidad de la situación que consta en los hechos probados.

La realidad es que no se trataba de dos fases diferenciadas y de que cuando se aprobó la segunda ya estaban realizadas las obras de la primera y estaban recepcionadas, careciendo la segunda fase de razón de ser y sustantividad, por lo que el procedimiento que se informó era incorrecto, pero dolosamente, porque todo se debió a un plan común de los aquí partícipes, y cuya conexidad es evidente como resulta de la prueba practicada, pero en esa operación orquestada se precisaba de determinadas colaboraciones para conseguir el resultado que finalmente se consiguió, llegando a intervenir el ahora recurrente como funcionario municipal, en concreto Arquitecto Técnico Municipal, por lo que emitió informe en fecha 29/05/06, en el que no se hacía constar que las obras ya se encontraban ejecutadas -tal como se desprende del Acta de recepción de las obras de la "primera fase" firmada por él en fecha 01/02/06- y manifestaba que concurrían circunstancias técnicas que hacían necesaria la continuidad de la constructora, proponiendo que fuese "Mazotti, S.A." la adjudicataria a través de esa excepción licitatoria. Con independencia del alegato del recurrente, esta actuación es la que consta probada y el Sr. Arcadio , faltó a la verdad en su informe de 29 de mayo de 2006 en el marco del Expediente NUM017 , pues las obras ya estaban realizadas.

Por ello, se le condena al recurrente en base a los hechos declarados probados porque son constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.1 y 4 del Código Penal , porque se falta a la verdad en la narración de los hechos, imponiendo por ello la pena de 3 años de prisión.

El motivo se desestima.

#### **Decimonoveno.**

Con relación al segundo motivo al amparo del art. 852 LECRIM se denuncia que la sentencia que se impugna vulnera el derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 24 de la Constitución Española .

Ya se ha expuesto los presupuestos que se exigen en el motivo citado, pero también la prueba de cargo concreta y ya citada sobre el ahora recurrente, por lo que se reitera lo expuesto en el fundamento jurídico precedente en orden a la existencia de prueba documental de cargo y la testifical de la Sra. Interventora.

El motivo se desestima.



### Vigésimo.

Con respecto al tercer motivo al amparo del número 1 del art. 849 LECRIM infracción de ley por aplicación indebida del art. 390.1 , 12 y 42 del Código Penal por entender que los hechos atribuidos al acusado no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva.

Concurren en el caso los elementos que dan lugar a la comisión del delito:

a) Un elemento objetivo (consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal).

b) Que dicha «mutatio veritatis» afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas (de ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva).

c) Un elemento subjetivo (consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad) (v. ad exemplum, la S.T.S. de 25 de marzo de 1999 ).

El informe falso fue incorporado al tráfico jurídico, su falsedad afectó a las funciones probatorias, de garantía y de perpetuación de la voluntad y se actuó con dolo.

El dolo falsario es evidente, y ello aunque se le haya absuelto del delito de prevaricación, ya que ese informe del recurrente se exteriorizó en el tráfico jurídico y se llevó a cabo con plena conciencia colaborativa en la idea que se conecta con la actuación conjunta que al efecto existía en un conjunto proceso colaboracional, ya que en cuanto a su incorporación al tráfico jurídico actuó como funcionario municipal, en concreto Arquitecto Técnico Municipal, y emitió informe en fecha 29/05/06, en el que no se hacía constar que las obras ya se encontraban ejecutadas -tal como se desprende del Acta de recepción de las obras de la "primera fase" firmada por él en fecha 01/02/06- y manifestaba que concurrían circunstancias técnicas que hacían necesaria la continuidad de la constructora, proponiendo que fuese "Mazotti, S.A." la adjudicataria a través de esa excepción licitatoria. Con este contenido, con independencia de su resultado la acción era claramente falsaria.

Se trata de un delito que requiere que el autor actúa en el ejercicio de sus funciones, conducta que está acreditada en la emisión del informe, y es por ello un delito de resultado que se consuma con la alteración de la realidad que se pretende incorporar, siendo necesaria la entrada en el tráfico jurídico, que es lo que ocurre en este caso, y el recurrente conocía por su actividad profesional en el procedimiento lo que estaba llevando a cabo, y por ello se trataba de querer y conocer la falsedad en tanto que alteración del tráfico jurídico, como resulta de los hechos probados y la acertada fundamentación del Tribunal. La realidad de los hechos era conocida, como ya se ha explicado y, pese a ello, se altera el contenido de lo que debía constar en el documento como se ha explicitado sobradamente. Y no solo eso, sino que el informe se incorporó al tráfico jurídico y que sirvió para que otros técnicos informasen desde su falsedad.

No se trata que el informe sea un acto de trámite no susceptible de ser impugnado en vía contencioso-administrativa, y no vinculante, como señala el recurrente, sino que su contenido falsario es lo que se castiga porque estaba faltando a la verdad en lo que contenía.

El recurrente sostiene en su favor que si se le absolvió del delito de prevaricación debió hacerse lo mismo con el de falsedad, pero el Tribunal apunta a este respecto con acierto que "es perfectamente posible que de no haber existido el informe del Sr. Arcadio en dicho expediente NUM017 se hubiera procedido igualmente a la aprobación o por lo menos es una posibilidad que no es en absoluto descartable, dado que si se prescindió del informe favorable de la intervención, también se podía haber prescindido del informe favorable del técnico municipal. Es por ello por lo que debemos absolver al Sr. Arcadio del delito de prevaricación por el que se le acusaba.

Ahora bien ello no significa en absoluto que el delito de falsedad no se haya cometido, pues lo que resulta evidente es que faltó a la verdad cuando propuso la contratación de las obras del proyecto "Urbanización Poblado Cesa (2a fase) a la empresa Mazotti SA, cuando sabía perfectamente que esas obras ya estaban realizadas . Y que en este caso concreto no se considere que dicho informe fuera determinante para el delito de prevaricación cometido por los otros dos acusados, no implica que la falsedad no deba merecer reproche penal".

La falsedad se cometió en consecuencia, ya que se mudó la verdad en una parte esencial del informe; además, éste se incorporó al tráfico jurídico como ya se ha expuesto, y por ello lesiona la antijuridicidad material y se actuó con dolo, porque se realizó a sabiendas de su falsedad, por lo que reúne los elementos del tipo penal por el que se le ha condenado.

El motivo se desestima.



### **Vigésimo primero.**

Con respecto al cuarto motivo por infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM por aplicación indebida de los artículos 21.6, reguladora antes de la atenuante analógica y actualmente de la atenuante de dilación indebida, en relación con el artículo 66 del código penal, en la redacción dada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Esta alegación ya ha sido tratada anteriormente, por lo que el motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE Teodosio

### **Vigésimo segundo.**

Con respecto al primer motivo por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado el art 24.2 CE al producirse indefensión, incongruencia omisiva, quiebra principio in dubio pro reo y dilaciones indebidas.

Se realizan tres alegaciones casacionales en una sola, lo que altera el régimen expositivo de los motivos de casación, ya que la técnica procesal exige su planteamiento por separado para evitar confusiones de motivos.

En cualquier caso, se alega en primer lugar incongruencia omisiva, que debe ser descartada, ya que no se realiza alegación alguna sobre esa incongruencia, sino que se incide en cuestiones atinentes, imprecisiones en las investigaciones policiales, así como sobre la categoría funcional del acusado, irregularidades presuntas sobre la interpretación de la prueba consistente en el contenido de las grabaciones telefónicas que se interpretan de manera distinta al Tribunal, y una valoración propia de las demás pruebas documentales, patrimoniales, así como de la aplicación material del derecho administrativo en las gestiones de los expedientes. Pero ello no entra en el marco del alegato de la denominada "incongruencia omisiva".

Hay que recordar en orden a desestimar la forma en la que está planteado el motivo que sobre la denominada incongruencia omisiva es preciso llevar a cabo diversas puntualizaciones en torno a fijar con claridad los elementos definidores que permiten acudir a esta vía impugnativa del art. 851.3 LECRIM ya que en ocasiones se plantea este medio impugnativo acudiendo a lo que se denominan "alegaciones efectuadas en el juicio" en lugar de las "pretensiones" de las partes, siendo estas últimas las que dan lugar al verdadero vicio, no las alegaciones. Así, se ha dicho que la sentencia penal debe dar respuesta a las pretensiones de las partes, pero no a las alegaciones, ya que estas no dan lugar a la incongruencia omisiva.

Son así las pretensiones jurídicas las que dan lugar a este medio ya que en ese caso el Tribunal dictaría una sentencia incongruente con lo que piden las partes si no da respuesta a las pretensiones que han sostenido.

Los requisitos son los siguientes:

1.- Esta alegación de incongruencia debe referirse a las pretensiones de las partes.

2.- No puede tratarse de una mera alegación o argumentación jurídica expuesta por el recurrente, ya que se ha expuesto con reiteración que el Tribunal no debe dar respuesta a todas y cada una de las "alegaciones" o argumentos en que se basan las pretensiones de las partes, sino que debe contestar a estas últimas. Por ello, lo que supone el quebrantamiento de forma no es que se acoja un argumento en apoyo de una pretensión, sino que se deje de resolver la misma.

3.- La circunstancia de que la pretensión es jurídica exige que la referencia que debe constar en el motivo casacional deba ser referida a una omisión del Tribunal relativa a una cuestión de derecho planteada por la parte, quedando, por ello, excluidas las cuestiones fácticas. Lo que no quiere decir que pueda esto utilizarse por otra vía, por ejemplo, el previsto en el art. 849.2 LECRIM, o por la vía del alegato de la presunción de inocencia, ya que el denominado derecho procesal de incongruencia omisiva no se refiere a las meras cuestiones de hecho. En este estado de cosas, la jurisprudencia ya ha dejado sentado que este motivo no se basa en que las partes pretendan que consten en la sentencia los datos de hecho que pretendan, sino la respuesta a sus pretensiones jurídicas, que no es lo mismo que las alegaciones fácticas ( STS 44/2016, de 3 de Febrero ). También la STS 113/2016, de 19 de Febrero refiere que esta incongruencia omisiva del art. 851.3 LECRIM se refiere a pretensiones formalmente articuladas, no a argumentos sobre valoración probatoria.

4.- Es también obligatorio que la parte se ciña en su alegato casacional a que la pretensión que refiere no resuelta ha de haber sido propuesta oportunamente. Y ello, debe llevarlo a efecto en el trámite preteritorio de las

conclusiones definitivas en el juicio oral, momento hasta el cual se permite que fije la parte su pretensión cuya omisión es la que podría dar lugar al vicio de incongruencia omisiva.

Se ha planteado si en el trámite de juicio oral puede la parte formular su pretensión y plantear que existe este defecto si no se resuelve, pero el informe de juicio oral no es el lugar procesal para el planteamiento de la pretensión ( STS 842/2003, de 11 de Junio y STS 114/2016, de 22 de Febrero ).

Así, la STS 842/2003, de 11 de Junio señala que: "La llamada «incongruencia omisiva» o «Fallo corto» constituye un «vicio in iudicando» que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte --integrado en el de tutela judicial efectiva-- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 Jun., 8/1998, de 22 Ene. y 108/1990, de 7 Jun., entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 Nov. 1990, 19 Oct. 1992 y 3 Oct. 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este «vicio in iudicando», las siguientes:

- 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho;
- 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno;
- 3) que se trate efectivamente de pretensiones y no de meros argumentos o alegaciones que apoyen una pretensión;
- 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución ( S.T.S. 771/1996, de 5 Feb ., 263/96, de 25 Mar . o 893/97, de 20 Jun .)".

Esta sentencia concreta el momento procesal de las conclusiones definitivas para la exposición de sus pretensiones, y así lo explicita señalando que:

"Las cuestiones planteadas al Tribunal se cierran definitivamente en el trámite de conclusiones definitivas, sin que pueda introducirse verbalmente ninguna otra durante el informe oral.

Y ello por tres razones fundamentales, una de índole legal, otra constitucional y otra material.

1.- Desde el punto de vista legal el art. 737 de la L.E.Cr establece expresamente que los informes de los defensores de las partes se acomodaran a las conclusiones que definitivamente hayan formulado, por lo que cualquier pretensión nueva debe tenerse por procesalmente inexistente, según expresión consolidada jurisprudencialmente.

2.- Desde el punto de vista constitucional el informe oral no es el momento oportuno para introducir modificaciones o nuevas pretensiones de las partes, pues se originaría indefensión a las acusaciones, la representación del Ministerio Público o de la víctima, por ejemplo, que estarían privadas de rebatir las propuestas de las defensas. De admitirse esta pretensión se impediría el debate sobre la misma, con la consiguiente vulneración del principio fundamental del juicio que es el de contradicción y audiencia de partes.

3.- Desde el punto de vista material ha de tomarse en consideración que el acta del juicio no recoge lo expresado oralmente en el informe, pues ordinariamente se limita a expresar, como es legalmente procedente, que las partes expusieron los argumentos pertinentes en apoyo de sus conclusiones definitivas, por lo que la alegación de incongruencia omisiva sobre la base de una nueva pretensión incorporada verbalmente en el informe carecería de soporte documental".

También la STS 413/2015, de 30 de Junio señala que: " No puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones , bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión ( STS. 636/2004 de 14.5 ) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho ( STS. 161/2004 de 9.2 ).

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".



Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia ( SSTS. 23.3.96 , 18.12.96 , 29.9.99 , 14.2.2000 , 27.11.2000 , 22.3.2001 , 27.6.2003 , 12.5.2004 , 22.2.2006 , 11.12.2006 ), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas , extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica ( STC. 15.4.96 ).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida ( SSTC. 169/94 , 91/95 143/95 ), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita ( STC. 263/93 ; TS. 96 y 1.7.97 ).

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso ( SSTS. 24.11.2000 , 18.2.2004 ).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación ( STS. 1095/99 de 5.7 , 1240/2009 de 23.12 , 64/2014 de 11.2 , 627/2014 de 7.10 ).

Pues bien, a la hora de resolver sobre la alegación de la incongruencia omisiva la jurisprudencia plantea tres escenarios:

- a. La desestimación implícita.
- b. La subsanación de la omisión en casación.
- c. El complemento de sentencias.

a.- La desestimación implícita conlleva que la pretensión ha sido resuelta de manera implícita si la argumentación del Tribunal para llegar a su convicción sea de tal naturaleza que la haga incompatible con la pretensión de la parte con lo que de alguna manera se está resolviendo sobre "su pretensión", aunque también se admite una decisión implícita cuando exista un pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias e incompatibles con la omitida y que, por ello, la excluyan. Por ello, esta vía tiene como objetivo la teoría de la conservación de los actos a fin de evitar dilaciones en el procedimiento.

Por ello, puede afirmarse que existen dos formas de dar respuesta a las pretensiones de las partes:

- 1.- La explícita. Esta es la acorde con los arts. 742 y 142 LECRIM .
- 2.- La implícita. Es incompatible con la pretensión deducida por la parte.

Esta Sala se ha pronunciado sobre esta desestimación implícita en la STS 168/2016, de 2 de Marzo .

b.- La subsanación de la omisión en la casación que la podemos encontrar en la STS 865//2015, de 14 de Enero de 2016 que señala que: "Esta Sala ha precisado que para que pueda prosperar un motivo de casación por quebrantamiento de forma basado en incongruencia omisiva, es necesario que la omisión padecida venga referida a pretensiones jurídicas mantenidas, que no puedan razonablemente entenderse implícita o tácitamente desestimadas. Y ha exigido, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En estos últimos casos, esta Sala ha dado respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. Como explicó la STS 1095/1999 de 5 de julio "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación " .

c.- El complemento de sentencias .

Una vía adicional para resolver el motivo de la incongruencia omisiva es el relativo al denominado complemento de sentencias que está previsto en el art. 267 LOPJ que se recoge en la STS 44/2016, de 3 de Febrero que señala que: "En todo caso, el motivo no puede prosperar si previamente no se ha intentado su subsanación; y el recurrente, aunque formulara la oportuna protesta, ulteriormente no acudió al preceptivo y previo recurso de aclaración, que constituye presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva , pues es doctrina consolidada de este Tribunal que, "el defecto de la incongruencia pudo y debió ser remediado a partir del recurso de aclaración solicitando, antes de instar la casación, la subsanación de la incongruencia. En el sentido indicado una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desde la perspectiva del quebrantamiento de forma, es doctrina ya consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º LECr introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con esta previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido. Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal " ( STS 286/2015 de 19 de mayo ; y en el mismo sentido SSTS 766/2015, de 3 de diciembre 102/2015 de 24 de febrero y 834/2014 de 10 de diciembre )".

También trata de esta cuestión la STS 134/2016, de 24 de Febrero que señala que: "El criterio de esta Sala, expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, 20 de mayo y 444/2015, 26 de marzo , recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporaneamente alegada por alguna de las partes del proceso ( STS 671/2012, 25 de julio ); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de a LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones ( STS 360/2014, 21 de abril ); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo . Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas . En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo "... es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim , introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas".

No se cita en el recurso la vía del art. 267.5 LOPJ por lo que esta vía debe desestimarse.

En cuanto al principio in dubio pro reo, la sentencia consta de una abundante prueba de cargo referenciada. Y pese a que el recurrente sostenga que las conversaciones telefónicas no arrojan las conclusiones a que se refiere la sentencia el Tribunal entiende que el recurrente es autor de un delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal , en la redacción del mismo en el momento de producirse los hechos.



Así, reseña que: " Teodosio , funcionario del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y en ocasiones Secretario Accidental, aprovechándose de tal condición, intercedió en favor de D. Porfirio y D. Jose Francisco , administradores de la entidad mercantil Hernández Perera S.L. en la tramitación del procedimiento administrativo de desafectación de los terrenos en que está ubicado el campo de fútbol en Aldea Blanca, titularidad del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, con el fin de que la venta y adjudicación de dichos terrenos por parte de la Corporación se realizase en favor de dicha entidad mercantil. Concretamente elaboró el pliego de condiciones generales y particulares con el fin de que fuese lo más adecuado posible a la propuesta presentada por la entidad Hernández Perera S.L. , si bien no pudo firmarlo por no estar capacitado para ello, pero medió en el Ayuntamiento con el fin de que fuese suscrito por Manuel .

En relación con dicha actuación de intermediación, recibió a petición suya la cantidad equivalente a cuatro millones de las antiguas pesetas por parte de D. Porfirio y de su hijo, circunstancia ésta reconocida en su declaración en el juicio oral tanto por el Sr. Porfirio , así como por su hijo D. Jose Francisco , si bien alegando que era un préstamo que le hacían . Y todo ello, actuando concertadamente con D. Carlos Antonio para favorecer los intereses de los Sres. Jose Francisco Porfirio en la adjudicación de los terrenos.

A continuación, se va a proceder a realizar referencia a las conversaciones telefónicas intervenidas, escuchadas en el acto del juicio y de particular relevancia en relación a los indicios descritos, algunas de las cuales ya han sido mencionadas con relación al acusado D. Carlos Antonio .

- CONVERSACIÓN AH-24, C.D. DOS (2), mantenida a las 22:25:46 horas del día 27/02/2007, entre Porfirio y Teodosio (folios 1239 a 12432). Destacar de la misma como Teodosio se muestra muy seguro de que el tema que afecta a Porfirio se presentará en el Pleno siguiente, ya que hay un retraso en los asuntos a tratar en el Pleno, y por eso no debe preocuparse , buscando de esa forma que Porfirio pueda cabrearse y cometer alguna tontería que pueda perjudicar sus intereses.

- CONVERSACIÓN AH-32, C.D. DOS (2), mantenida a las 20:39:04 horas del día 12/03/2007, entre Porfirio y Teodosio . (folios 1328 a 131) Comentan el asunto del campo de fútbol en Aldea Blanca, respecto de lo que Teodosio le dice a su interlocutor que el expediente está completo y que lo pueden llevar tranquilamente al Pleno , si bien, Porfirio le responde con que no sale porque cree que a Teofilo no le interesa que salga. Tras esto, prosiguen comentando lo que le ha pasado al hijo de Teofilo y las declaraciones ofrecidas por el Concejal de Deportes - Pulpo - respecto del campo de fútbol de la Aldea Blanca.

- CONVERSACIÓN AH-40, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:34:13 horas del día 30/03/2007, (entre Porfirio y Teodosio . (folios 1452 a 1459). Porfirio no parece muy satisfecho con lo que le están diciendo y duda de que pueda llegar a ese día -el de la adjudicación- sin reventar antes. A pesar de lo dicho, Porfirio sigue comentando que no ve bien el asunto, que no entiende como Pulpo -Concejal de Deportes- dijera que todo estaba arreglado con una empresa y ahora se ha venido todo abajo, ante lo que Teodosio le contesta que el problema es que a Teofilo nadie le quiere dar nada -incluidos los del PP-. Ambos terminan la conversación quedando en hablar, no sin antes advertirle Teodosio a su interlocutor que será él quien le llame porque ese no es un teléfono bueno.

- CONVERSACIÓN A-23, C.D. CUATRO (4) mantenida a las 21:32:42 horas del día 03/04/2007, entre Eulalio y Teodosio (folios 1388 a 1395).

Al inicio de la misma y tras comentarle Teodosio a su interlocutor que ya le ha firmado los Decretos, que al parecer tenía pendiente de firma, Eulalio le comenta si lo había llamado Porfirio (refiriéndose a Porfirio ), respondiéndole que no, a lo que Eulalio añade que en ese caso iba a intentar contactar con Teofilo para advertirle que el tema del referido Porfirio ), tampoco iba a salir en el próximo Pleno .

Eulalio le comenta a Teodosio que si el tema no salía en el próximo Pleno, Porfirio iba a "formar la de Dios", a lo que Teodosio le responde que "allá él".

Asimismo, Eulalio le comenta a Teodosio que sería conveniente reunirse ambos interlocutores tanto con Teofilo , como con Porfirio para poder hablar del tema, e intentar tranquilizarlo, para así convencerle y evitar que pueda hablar debido a su enfado. Seguidamente Eulalio le pregunta a su interlocutor si cabría la posibilidad de que el tema pudiera ser aprobado en consenso, manifestándole Teodosio que una tal Micaela (la cual podría tratarse presumiblemente de Micaela , portavoz del Grupo Popular en el Ayuntamiento), se había negado a prestarse tanto ella como su Grupo municipal para ese "pelotazo" . Finalmente Eulalio comenta que en el caso de que a este hombre, Porfirio , le llegasen a dar ese "pelotazo", sería un auténtico bombazo, y empleando en concreto la expresión utilizada "agüita", como dando a entender la gran importancia que supondría su aprobación.

- CONVERSACIÓN AH-47, C.D. TRES (3), mantenida a las 21:50:40 horas del día 13/04/2007, entre Porfirio y Teodosio (folios 1490 a 1492). En un primer momento de la conversación los interlocutores comentan temas relacionados con las listas de las próximas elecciones municipales y otros temas referentes a personal del Ayuntamiento, continuando con otros temas. Por último, y antes de despedirse y de quedar en hablar, comentan

que este es el momento de sacar el tema a la luz, dado que Teodosio está de Secretario y puede ser que más tarde le quiten de ese cargo y ya no haya oportunidades de sacar el tema.

- CONVERSACIÓN AM-2, C.D. UNO (1), mantenida a las 19:26:04 horas del día 23/05/2007, entre Teodosio y Jose Francisco (folios 1908 a 1911). En esta conversación Teodosio le comenta a Jose Francisco que había hablado con su padre y ya le había comentado que la Alcaldesa no había metido en el Orden del día el tema de su padre, esto es, los terrenos de Aldea Blanca, y que quizás a lo mejor sería esperar a ver si "este hombre" refiriéndose a "Teofilo" pudiera sacar muchos votos y hasta poder gobernar, ya que la intención de Teodosio es dejar las cosas claras.

- CONVERSACIÓN P-95, C.D. CUATRO-C (4-C) mantenida a las 13:10:34 horas del día 01/02/2007, entre Antonio, Teodosio y "Teofilo" (Carlos Antonio) (folios 815 a 819). Con el segundo de sus interlocutores, Teodosio, Teofilo le pregunta por cómo va el tema del amigo "X", a lo que Porfirio le responde que Manuel lo ha visto, que le parece que está muy bien y que ya lo tenía preparado a expensas de cambiar unas cosas y que cree que lo entregará en cuanto esté preparado. Ambos interlocutores comentan que han de hacer bien las cosas. Teofilo le dice a Porfirio que localice a Manuel para que le llame a ese teléfono.

- CONVERSACIÓN AH-12, C.D. UNO (1) mantenida a las 20:50:04 horas del día 09/02/2007, entre Teodosio y Porfirio (folios 990-993). A lo largo de esta conversación los interlocutores, abordan varios temas, el que más tratan es el del tema de Porfirio. A este respecto, Teodosio le dice a su interlocutor, tras recibir sus quejas y malestar, que ha estado hablando con Manuel -quien acaba de ser nombrado Interventor del Ayuntamiento- y le ha dicho que como fue la Alcaldesa quien le ordenó hacer este tema -el de Porfirio-, él quiere sentarse con ella y enseñarle un informe que ha hecho al respecto, para decirle que todo está correcto, que no hay ningún problema, añadiendo que él mismo -por Manuel- se lo llevaría a Jose Miguel de Contratación. Ambos interlocutores continúan hablando. Tras cortarse momentáneamente la conversación, Teodosio le dice a su interlocutor que, si bien, cada uno hace con su dinero lo que quiera, que él no compraba porque Manuel le dijo que eso -el Pliego de Condiciones- no tenía que ir a ningún lado sino a Contratación dado que no llega a los mil millones. Por último, y hasta el final de la conversación, hablan sobre los destrozos que a Porfirio le han causado en el robo y de los problemas que, al parecer, Teofilo tiene con la Alcaldesa. También comenta Porfirio que Teofilo quiere verle pero que ha estado liado y no ha podido quedar con él.

- CONVERSACIÓN AH-14, C.D. UNO (1) mantenida a las 12:33:04 horas del día 13/02/2007, entre Teodosio y Porfirio. (folios 998 a 1001). A lo largo de esta conversación, Teodosio le dice a su interlocutor que ese día por la mañana ha visto y hablado con Manuel y le ha dicho que ya tiene él el Expediente y que iría a hablar con Jose Miguel o con Antonio -ambos de Contratación- para entregárselo y darles las instrucciones de cómo tienen que hacerlo.

A continuación Porfirio le pregunta si la Alcaldesa ha dado el visto bueno, a lo que Teodosio le responde que sí, que ha dicho que se le diera curso, insistiendo, de nuevo, en que Manuel iba a dárselo a Jose Miguel hoy por la mañana, porque así se lo había aconsejado él -por Teodosio-. Teodosio le dice a Porfirio que, al parecer, Teofilo también se había interesado por el tema, a lo que Porfirio responde que sí, que eso es lo que le había dicho el propio Teofilo, que la cosa iba muy bien, volviendo otra vez, Teodosio a decirle que fue Manuel quien llamó a Teofilo para comentarle que él mismo se haría cargo de todo y que daría las instrucciones necesarias para que el tema caminase. Antes de despedirse, Porfirio vuelve a insistir a su interlocutor que en cuanto sepa algo, que lo llame, a lo que Teodosio le dice que sí, que no se preocupe y que lo hará.

- CONVERSACIÓN AH-40, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:34:13 horas del día 30/03/2007, entre Porfirio y Teodosio. (folios 1452 a 1459). Al comienzo de esta conversación, Teodosio no hace sino explicarle a su interlocutor que el asunto ha ido mejor de lo que pensaba, que primero han redactarse las condiciones de la venta, luego lo firmará la Alcaldesa y, por último, le tendrán que dar cuenta al Pleno, momento en el que terminará todo. Teodosio también le dice a Porfirio que al no ir a favor la gente del PP, ha tenido que ser Teofilo el que lo arreglara con la Alcaldesa, Manuel y el mismo, porque Antonio se negaba a ello y los del PP se han echado todos para atrás. Teodosio continua explicándole a su interlocutor que, en vista de lo ocurrido, se reunieron todos los portavoces de los partidos para que se redactara lo antes posible el Pliego, lo firmen la Alcaldesa y el Secretario y se lo notifiquen, dándole posterior cuenta al Pleno -el próximo martes después de Semana Santa- diciendo que eso ya está.

- CONVERSACIÓN AH-41, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:52:48 horas del día 30/03/2007, entre Teodosio y Porfirio y éste con Carlos Antonio (Teofilo) (folios 1460 a 1462). Al comienzo de esta conversación, Teodosio le comenta a Porfirio que ha estado hablando con Teofilo y le ha dicho que procure hablar con él -por Porfirio- por creer éste último cosas que no son, y le comenta que le llamará desde un teléfono seguro. Con el objeto de tranquilizar a su interlocutor, Teofilo le dice que ya tiene hablado el tema tanto con la Alcaldesa, como con Manuel y que si no se lo sacan el tema para después de Semana Santa, será él quien ataque.

- CONVERSACIÓN AH-47, C.D. TRES (3), mantenida a las 21:50:40 horas del día 13/04/2007, entre Porfirio y Teodosio . (folios 1490 a 1492). En un momento de la conversación Porfirio comenta que Manuel les "... está dando por culo ...", respondiendo Teodosio que es que ese tío se pierde, volviendo nuevamente Porfirio a comentar que toda la culpa la tiene Teofilo . Por último, y antes de despedirse y de quedar en hablar, comentan que este es el momento de sacar el tema a la luz, dado que Teodosio está de Secretario y puede ser que más tarde le quiten de ese cargo y ya no haya oportunidades de sacar el tema.

- CONVERSACIÓN AH-48, C.D. TRES (3), mantenida a las 22:05:31 horas del día 14/04/2007, entre Porfirio y Teodosio (folios 1493 a 1496). En un primer momento de la conversación ambos interlocutores, y al igual que en las anteriores conversaciones, especulan respecto de las listas electorales de las próximas elecciones municipales. A continuación, Porfirio comenta que, según le ha dicho Teofilo , la Alcaldesa le dijo que eso ya estaba -en referencia a su tema del campo de fútbol- y que ahora dependía todo de Teodosio -refiriéndose según el contexto de la conversación a Manuel -. Además, ambos interlocutores arremeten con Manuel , comentando que es un gandul y que, supuestamente por eso, no ha salido nada adelante.

- CONVERSACIÓN AH-14, C.D. UNO (1) mantenida a las 12:33:04 horas del día 13/02/2007, entre Teodosio y Porfirio . (folios 998 a 1001). En un momento de la conversación, y tras comentar temas anteriormente expuestos, Porfirio le comenta a su interlocutor que Teofilo le ha pedido que buscara el candidato para la Aldea Blanca, y que ya lo tenía buscado desde hace un mes, pero que quería que le metieran en un buen puesto en la lista de candidatos, en un número lo suficientemente bueno como para salir.

- CONVERSACIÓN AH-32, C.D. DOS (2), mantenida a las 20:39:04 horas del día 12/03/2007, entre Porfirio y Teodosio . (folios 1328 a 1331). Con posterioridad a comentar otros asuntos ya expuestos con anterioridad, Porfirio , en tono molesto, comenta a Teodosio que el otro día Teofilo le pidió que le llevara al muelle de Arguinegín algo de bruesa y veinte sacos de cemento para el barco, para lo que mandó a su hijo Jose Francisco y a quién le dijo Teofilo , al verle llegar, que si no había mandado su padre el bombo, volviendo a criticar Porfirio la actitud de Teofilo , diciendo que ese comentario lo hizo como queriendo hacer ver que el es el que manda en este asunto. Una vez comenta esto, Porfirio vuelve a arremeter contra Teofilo , cuando le empieza a contarle a su interlocutor que, aparte de lo del cemento, el otro día también le solicitó que le diese un dinero en efectivo a cambio de un pagaré emitido por la empresa de Pedro Miguel , para de esta manera poder pagar a la gente del barco -recordar en este sentido la conversación A.H.-30-, por lo que, y al objeto de enterarse de la solvencia, iba a ir su hijo al banco a preguntar. Como punto final a los fragmentos de interés para la investigación, señalar que Porfirio ha comentado todos estos extremos a Teodosio para decirle que a Teofilo no le interesa sacar adelante lo del campo de fútbol de la Aldea Blanca porque de este modo sigue sacándole dinero, le sigue esquilmando, ante lo que no está dispuesto a proseguir, dado que, al parecer, ya ha tirado mucho dinero.

- CONVERSACIÓN AH-40, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:34:13 horas del día 30/03/2007, entre Porfirio y Teodosio . (folios 1452 a 1459). Al comienzo de esta conversación, si bien, hablan de temas ya comentados, en un momento de la misma Porfirio comenta a su interlocutor que cuando hable con Teofilo a quien le va a dar el infarto va a ser a él y no al hijo, momento en el que Teodosio intenta calmarle de nuevo diciéndole que el acuerdo al que se ha llegado es muy bueno, que todo el mundo se lo dirá, que lo que hay es una orden expresa de ejecutar. Aún así, Porfirio no cree una palabra de lo que le están diciendo, que a él nadie le ha comunicado nada y manifiesta literalmente: "... con el dinero que yo he repartido, compro en otro lado .... y me sobra ...", ante lo que su interlocutor continua insistiendo en que todo está muy bien. La conversación continua con Porfirio despotricando, incluso comentando que como no le den soluciones hará lo posible por meter a Teofilo en la cárcel, que nadie se ríe de su dinero, y Teodosio intentando calmar a su interlocutor, comentándole que es una buena opción la que se ha acordado.

- CONVERSACIÓN AH-41, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:52:48 horas del día 30/03/2007, entre Luis Francisco y Porfirio y éste con Carlos Antonio ( Teofilo ) (folios 1460 a 1462). Tras hablar de temas ya expuestos, Porfirio comenta que ha estado a punto de llevar al Juzgado por un lado por lo de los CUATRO MILLONES y, por otro, por lo del MILLÓN Y MEDIO, dado que comenta que todo tiene un límite, circunstancia que hace responder a Teofilo con que no se preocupe, que no tiene necesidad de cabrearse de esa manera y que él mismo se encargará de llamar a su hijo Jose Francisco para ponerle al día de lo que haya, advirtiéndole de que no llame a nadie más.

- CONVERSACIÓN AH-47, C.D. TRES (3), mantenida a las 21:50:40 horas del día 13/04/2007, entre Porfirio y Teodosio . (folios 1490 a 1492). Porfirio comenta que Manuel les "... está dando por culo ...", respondiendo Teodosio que es que ese tío se pierde, volviendo nuevamente Porfirio a comentar que toda la culpa la tiene Teofilo . Posteriormente, Porfirio comenta a Teodosio que, según le ha comentado Teofilo , Manuel lo que está esperando es a que le dé "... un kilillo y tal ...", añadiendo, y según se desprende de la propia conversación, que él estaría dispuesto a dárselo pero siempre y cuando primeramente le firme lo que le tiene que firmar -extremo que no es otro

que el del tema del campo de fútbol de la Aldea Blanca-. A continuación, ambos interlocutores comentan las dificultades que Manuel está teniendo para sacar adelante el referido tema.

- CONVERSACIÓN AH-48, C.D. TRES (3), mantenida a las 22:05:31 horas del día 14/04/2007, entre Porfirio y Teodosio . (folios 1493 a 1496). Los interlocutores comentan de nuevo el tema de darle un dinero a Manuel , tal y como le comentó Teofilo , y ante lo que Porfirio parece estar de acuerdo pero siempre y cuando Manuel le firme lo que le tiene que firmar, mientras que Teodosio le dice que no entre en ese juego, que eso es malo, dado que es un funcionario. Además, ambos interlocutores arremeten con Manuel , comentando que es un gandul y que, supuestamente por eso, no ha salido nada adelante.

- CONVERSACIÓN AH-51, C.D. CUATRO (4), mantenida a las 20:35:50 horas del día 24/04/2007, entre Porfirio y Leonor (vidente) (folios 1685 a 1689). En un momento de la conversación Teodosio le comenta a Leonor que se encuentra algo aburrido ya que no sabe si "...los que están quieren más dinero...", añadiendo que tiene vistos un par de solares, y que en la actualidad tiene material "botado" en un terreno del Conde por valor de más de ocho millones de pesetas, manifestándole en ese momento Leonor que espere un poco para ver como se desarrollan las cosas, ya que ha dado dinero y no es cuestión de perderlo. A continuación y otro momento de la conversación, Teodosio le comenta a Leonor que la esperanza que tiene es "...al que le dio CUATRO MILLONES DE PESETAS, lleva quince días ejerciendo de Secretario..." y el llamado Manuel estaría por debajo de él, siendo esta persona a la que se refiere Porfirio y a la que le dio dinero, Teodosio . Al hilo de lo expuesto, Leonor le comenta a Porfirio que no se duerma con el Secretario - Teodosio -, a lo que Porfirio le contesta que no lo va a hacer, es más, le comenta que otro día le dijo que debía solucionarle el problema y si no, debería de devolverle el dinero, sabiendo perfectamente que ya se lo había gastado . Finalmente Porfirio le comenta a su interlocutora que éste, refiriéndose a su tema, salga antes de las elecciones, mostrando Leonor también su esperanza.

- CONVERSACIÓN AH-40, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:34:13 horas del día 30/03/2007, entre Porfirio y Teodosio (folios 1452 a 1459). Al comienzo de esta conversación, Teodosio no hace sino explicarle a su interlocutor que el asunto ha ido mejor de lo que pensaba, que primero han redactarse las condiciones de la venta, luego lo firmará la Alcaldesa y, por último, le tendrán que dar cuenta al Pleno, momento en el que terminará todo. Teodosio también le dice a Porfirio que al no ir a favor la gente del PP, ha tenido que ser Teofilo el que lo arreglara con la Alcaldesa, Manuel y el mismo, porque Antonio se negaba a ello y los del PP se han echado todos para atrás. Teodosio continua explicándole a su interlocutor que, en vista de lo ocurrido, se reunieron todos los portavoces de los partidos para que se redactara lo antes posible el Pliego, lo firmen la Alcaldesa y el Secretario y se lo notifiquen, dándole posterior cuenta al Pleno -el próximo martes después de Semana Santa- diciendo que eso ya está. Ante esto, Porfirio no parece muy satisfecho y duda de que pueda llegar a ese día sin reventar antes, amenazando con meter a todos donde tenga que hacerlo, dado que cree que esto es un engaño bobos, que no hace más que ir hacia delante y luego hacia atrás . Porfirio comenta a su interlocutor que cuando hable con Teofilo a quien le va a dar el infarto va a ser a él y no al hijo, momento en el que Teodosio intenta calmarle de nuevo diciéndole que el acuerdo al que se ha llegado es muy bueno, que todo el mundo se lo dirá, incluso Manuel , que lo que hay es una orden expresa de ejecutar. Aun así, Porfirio no cree una palabra de lo que le están diciendo, que a él nadie le ha comunicado nada. A pesar de lo dicho, Porfirio sigue comentando que no ve bien el asunto, que no entiende como Pulpo -Concejal de Deportes- dijera que todo estaba arreglado con una empresa y ahora se ha venido todo abajo, ante lo que Teodosio le contesta que el problema es que a Teofilo nadie le quiere dar nada -incluidos los del PP-. Como consecuencia de la respuesta de Teodosio , Porfirio dice que nadie le torea. Ante tal enfado, Teodosio intenta calmarle diciéndole que se ha hecho lo que los portavoces acordaron que fuera una Resolución de Presidencia en vista de lo oscuro que estaba el tema, que por eso Porfirio no pudo hacer nada. La conversación continua con Porfirio despotricando, incluso comentando que como no le den soluciones hará lo posible por meter a Teofilo en la cárcel, que nadie se ríe de su dinero, y Teodosio intentando calmar a su interlocutor, comentándole que es una buena opción la que se ha acordado.

- CONVERSACIÓN AM, C.D. UNO (1), mantenida a las 12:55:38 horas del día 23/05/2007, entre Teodosio y Eulalio . En esta conversación, Teodosio le comenta a Eulalio que había estado hablando con "el hombre éste" - Porfirio - y él mismo le habría dicho que le preparará "las perras" para devolvérselas -refiriéndose presumiblemente, tal y como se ha apuntado en reiteradas ocasiones, a la cantidad de CUATRO MILLONES DE PESETAS que al parecer le habría dado Porfirio a Teodosio como pago por las gestiones que éste último habría realizado para conseguir que la adjudicasen los terrenos por los que tanto está luchando-, por lo que Teodosio considera necesario reunirse con su interlocutor y poder conseguir así un aplazamiento, ya que al parecer Porfirio ya no que quiere saber nada más del tema. Acto seguido Eulalio le dice a su interlocutor que lo que le tiene que hacer ver es que su trabajo también vale lo suyo, a lo que Teodosio contesta que ya eso lo habla con Jose Francisco -el hijo de Porfirio - en la

reunión que tiene prevista con él, ya que no quiere arriesgarse a que "largue" más de la cuenta, añadiendo Eulalio que él - Porfirio - ya había largado bastante del tema. Finalmente ambos interlocutores quedan en verse después.

- CONVERSACIÓN AH-41, C.D. TRES (3), mantenida a las 13:52:48 horas del día 30/03/2007, entre Teodosio y Porfirio y éste con Carlos Antonio ( Teofilo ) (folios 1460 a 1462). Al comienzo de esta conversación, Teodosio le comenta a Porfirio que ha estado hablando con Teofilo y le ha dicho que procure hablar con él -por Porfirio - por creer éste último cosas que no son, y le comenta que le llamará desde un teléfono seguro. Poco después, se pone al teléfono Teofilo y nada más hacerlo le explica a Porfirio que "... para no hablar mucho por teléfono ..." es mejor que su tema vaya a un Pleno Extraordinario, mostrando en varias ocasiones Porfirio su desconfianza. Con el objeto de tranquilizar a su interlocutor, Teofilo le dice que ya tiene hablado el tema tanto con la Alcadesa, como con Manuel . A continuación Porfirio comenta varios extremos ya apuntados anteriormente y que todo tiene un límite, circunstancia que hace responder a Teofilo con que no se preocupe, que no tiene necesidad de cabrearse de esa manera y que él mismo se encargará de llamar a su hijo Jose Francisco para ponerle al día de lo que haya, advirtiéndole de que no llame a nadie más.

Por otro lado, cabe destacar que como consecuencia del registro efectuado en la casa oficina del imputado D. Porfirio , se intervino el documento original con número 261, siendo este de fecha 11 de septiembre de 2006, firmado por la Alcadesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana dirigido a D. Teodosio por el que se comunicaba que a la mayor brevedad se dé inicio al procedimiento para enajenar "el campo de fútbol de Aldea Blanca por el procedimiento de concurso-subasta, con especial atención en el cumplimiento de los plazos". Ello está en relación con la conversación AH-14 CD UNO mantenida el 13 de febrero de 2007 entre Teodosio y Porfirio , donde el primero le dice al segundo que la alcadesa ya ha dado el visto bueno al Expediente.

En otro orden de cosas, del informe patrimonial unido a autos , en especial pág. 4.328 y ss, y ratificado por sus autores en el acto del juicio, se constata que mientras que el Sr. Teodosio únicamente tenía como percepciones por su actividad laboral una retribución bruta media anual de 33.661,89 euros, el dinero manejado en sus cuentas entre el año 2002 y 2006 ascendió a 580.660,40 euros, concretamente, las operaciones por ingreso en efectivo relativas a dicho período ascendieron a 389.819 euros.

Ha quedado más que probado que Porfirio le dio 24.000 euros, cuatro millones de las antiguas pesetas, a Teodosio aunque éste lo niegue.

1.- En primer lugar porque así lo reconocen Porfirio y su hijo Porfirio aunque digan que se trata de un préstamo .

2.- En segundo lugar porque de las intervenciones telefónicas se desprende sin ningún género de duda que así ha sido

3.- y en tercer lugar que por dichas intervenciones se constata que cuando Porfirio no ve cumplido su objetivo de la compra de los terrenos del campo de fútbol de Aldea Blanca, quiere que Teodosio le devuelva esos cuatro millones, llegando incluso a hablar con una vidente sobre este tema a la que le dice que el sabe que Teodosio ya se ha gastado ese dinero.

4.- Y también en la conversación que tiene Teodosio con Eulalio y que también fue escuchada en el acto del juicio (folios 1905-1907) de fecha 23 de mayo de 2007, en la que Teodosio le dice a Eulalio que este hombre (refiriéndose a Porfirio ) estuvo aquí y dice que ya eso nada y que .. me dijo que preparara para que le devolviera las perras", Porfirio le pregunta ¿ Y qué? Y Teodosio responde: "Oh, coño, voy a devolvérselas, Porfirio , ¿qué voy a hacer? No queda otro remedio".

5.- También le dice que al día siguiente va a hablar con el hijo para ver la forma de hacer eso y punto. Y Eulalio le dice: " Sí, pero .. se le puede decir también que el trabajo tuyo vale algo, tío" . Y Teodosio le responde. " Bueno, ya, ya eso, yo, yo lo hablo ya con .. yo lo hablo con .. con este hombre" .

6.- La llamada siguiente que hace Teodosio es con Jose Francisco , (folios 1908-1911) que también fue oída en el acto del juicio y en la que quedan para el día siguiente en que Jose Francisco pasa a ver a Teodosio para hablarlo en persona.

7.- Se alega por la defensa de Teodosio que éste tan solo era un administrativo del Ayuntamiento sin ningún poder de decisión, alegación que ha quedado desvirtuada también por las intervenciones telefónicas, pues el Sr. Teodosio estuvo de Secretario accidental del Ayuntamiento por esas fechas y en las conversaciones los acusados dicen que hay que aprovechar esta circunstancia para que meta prisa en poner el asunto del campo de fútbol de Aldea Blanca en el que estaba interesado Porfirio en el orden del día, y también se desprende en las conversaciones la contrariedad de Teodosio cuando ve que la Alcadesa no ha metido este tema en el orden del día.

8.- También se alega que no sería de aplicación el artículo 419 del Código Penal puesto que el Sr. Teodosio no cometió ningún delito, al respecto debemos remitirnos a lo dicho con relación a Carlos Antonio , en resumen que no es necesario que el funcionario realice el delito objeto de corrupción (recordar que el Ministerio Fiscal en sus



conclusiones definitivas retiró la acusación por el delito de tráfico de influencias) a lo que hay que añadir que conforme a la STS de fecha 11-7-02 , es irrelevante que el funcionario acusado fuese quien estaba jurídicamente autorizado a realizar el acto prometido, lo importante, como ocurre en este caso, dado que el acusado se comprometió a hacer el pliego de condiciones para la adjudicación a Porfirio de los terrenos del campo de fútbol e hizo gestiones para ello con los técnicos, entre ellos Manuel , si bien no consiguió su propósito.

9.- En este punto debemos hacer alusión a la declaración como testigo de Manuel , que manifestó en el acto del juicio que intervino en el expediente del campo de fútbol como interventor que los defectos del expediente eran palmarios, pues tenía que ser por subasta y el expediente era de concurso que no es el adecuado. Manifiesta que fue el Sr. Teodosio el que se lo llevó en borrador, que esto lo deberían haber llevado en patrimonio y sin embargo le vino de Secretaria (recuérdese que por esta época el Sr. Teodosio estaba de Secretario accidental), así como reconoce que Porfirio fue a verle y estuvo hablando con él".

Por estas contundentes pruebas se debe desestimar el alegato del recurrente de que no hubo prueba de cargo y que se debe aplicar el principio in dubio pro reo. Y así para el Tribunal no existe duda alguna de que Teodosio ha cometido un delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal , en su redacción en vigor en el momento de suceder los hechos.

Pese a las alegaciones del recurrente interpretando de manera distinta las conversaciones telefónicas, la realidad nos ofrece una correcta valoración del Tribunal ante la claridad que se deduce de las conversaciones y de las declaraciones del conjunto operacional que estaba orquestado para conseguir el fin pretendido. Además, ya hemos hecho referencia a las características del delito de cohecho cometido por funcionario del art. 419 CP , que es por el que se le ha condenado y que está desconectado de otros hechos delictivos que luego se puedan llevar a cabo o no, por cuanto la conducta típica se integra por la que llevó a cabo el recurrente de solicitar o recibir dádiva por un actuar contra los deberes inherentes a su cargo, que es lo que se evidencia de su conducta clara que se desprende sin ningún género de dudas de las conversaciones telefónicas. El recurrente pretende justificar cada uno de los elementos probatorios, como las conversaciones y su interpretación, o las cuestiones patrimoniales, pero se trata solo de una distinta valoración que no se corresponde con la que resulta con acierto de los hechos probados y su intangibilidad.

En cuanto a las dilaciones indebidas ya ha sido tratado anteriormente, por lo que se desestima el motivo.

Se ha tratado de una causa compleja con multitud de intervenciones telefónicas y prórrogas, con varios acusados, con una interrelación de operaciones entre ellos en una actuación operacional en dos direcciones, por lo que la complejidad de la causa puede justificar su retraso sin causar indefensión a la parte, ya que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECR , no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto. Así, ni la imposibilidad de recurrir el secreto del sumario o de contradecir las pruebas testificales practicadas durante la instrucción, de otra parte consecuencia del mismo carácter secreto del sumario, ni el momento en que tuvo conocimiento de la imputación evidencian indefensión alegada. Y por ello, si la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir "que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos, ya que la participación del investigado es imposible en esta fase, y esta fase preliminar con injerencia en derechos fundamentales y el tiempo en el que el Tribunal considere necesario mantener el secreto preserva el resultado de la investigación, sin perjuicio de que cuando se alce el secreto pueda tomar conocimiento de lo actuado, lo que no supone merma alguna del derecho de defensa, sino que son fases debidamente parceladas en aras de distintos fines igualmente legítimos.

Y en su caso, como aquí ocurre, el Tribunal puede apreciar el retraso como atenuante simple, pero no como muy cualificada por la justificación del tiempo invertido, habiendo hecho mención al periodo en que pudo estar paralizada en realidad. No existe un abuso en la investigación, sino que la complejidad de este tipo de causas exigían el carácter de secreto para conseguir el fin pretendido, porque sería contrario a la propia investigación que no se hubiera declarado así, dados los hechos que se estaban investigando.

Los motivos expuestos en este primero, pese a su planteamiento en uno solo se desestiman. La construcción de los hechos que hace el recurrente en cuanto al proyecto, su objetivo y la condición del autor del delito ya han sido debidamente explicados tanto en este motivo como en la relación con los otros recursos por su interrelación en el componente operacional conjunto que constituían estos hechos.



### **Vigésimo tercero.**

Con respecto al motivo segundo por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 LECrim . al vulnerarse el art. 9 y 24. 2 CE así como el propio 419 CP .

Los hechos probados son concluyentes en cuanto se refieren a este recurrente, ya que se recoge que " Porfirio y Jose Francisco tenían interés en adquirir la finca de titularidad municipal. Con dicha finalidad, ambos acusados pretendieron, que la venta de terrenos en que está ubicado el campo de fútbol en Aldea Blanca, titularidad del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, les fuera adjudicado por parte de dicha Corporación. Para ello, utilizaron como interlocutores en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana a los acusados Teodosio , funcionario municipal y Secretario Accidental del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y a Carlos Antonio , los cuales por su amplia experiencia como funcionario municipal y Concejal, respectivamente, eran concedores tanto del funcionamiento como de los funcionarios integrantes de los distintos Departamentos del Ayuntamiento. Estos servicios consistieron en gestiones y contactos tanto con funcionarios como con Concejales encargados de la tramitación y posterior aprobación del Expediente para adjudicar dicha finca a la mercantil "Hernández Perera, S.L.". ,para que estos favoreciesen la tramitación del expediente, incluso con omisión del procedimiento legalmente establecido. Servicios que se concretaron básicamente en la elección de técnicos contratados temporalmente por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana para que se encargaran de redactar los informes técnicos que debían incluirse en el Expediente, así como en la exigencia de un voto favorable por parte de otros Concejales en los Plenos en que se decidiese la aprobación del Expediente, a cambio de votos en otros Plenos sobre otros asuntos en los que el voto de los Concejales acusados era determinante.

A cambio de dichas gestiones los acusados Porfirio y Jose Francisco por medio de la empresa Hernández Perera S.L. le entregaron a Teodosio durante el año 2006 cuatro millones de las antiguas pesetas -equivalentes a unos 24.000 euros- que éste les había solicitado como contraprestación por sus servicios".

Pese a las alegaciones del recurrente valorativas desde un punto de vista personal los hechos probados y las pruebas son demoledoras. Y no puede admitirse una valoración parcial y distinta de las pruebas que se han practicado, ya que el relato expresado ha quedado reflejado adecuadamente en el plenario. El recurrente pretende dar otra versión a su intervención en la tramitación del expediente, pero ello no resulta de las conversaciones de las que consta lo que consta y fueron escuchadas, desprendiéndose de las mismas con gran claridad la intervención de los que en ellas participaron, y entre ellos el recurrente, y su contenido determinante del ilícito penal.

El motivo se desestima.

### **Vigésimo cuarto.**

Con respecto al tercer motivo por error en la apreciación de la prueba, al amparo del número dos del art. 849 LECrim ., basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Ya se ha expuesto anteriormente con detalle el fundamento de la vía impugnativa del art. 849.2 LECRIM en cuanto a los documentos y las limitaciones que existen, destacando que no pueden incluirse entre ellos las declaraciones personales y los que se pudieran alegar no deberían estar contradichos por otros elementos probatorios. Pero frente al alegato del recurrente la prueba practicada es evidente y concluyente, aunque su valoración sea distinta, ya que ello supone alterar la valoración de la prueba del Tribunal y este proceso se ha explicado antes con detalle. Además, los documentos que se citan quedan contradichos con otros elementos probatorios como refiere el art. 849.2 LECRIM , y con relación a los que ya se ha realizado detallada mención.

El motivo se desestima.

### **Vigésimo quinto.**

Con respecto al cuarto motivo por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. uno, inciso primero, del art. 851 LECrim ., por no expresar la Sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

Debe desestimarse este motivo de igual modo, por cuanto se refiere a un defecto formal que aquí no consta, dado que se ha hecho referencia de forma detallada en cada caso a cada uno de los apartados de los hechos probados que se refieren a cada uno de los recurrentes, por lo que no debe confundirse esta vía con la pretensión



de intentar introducir en esta vía los hechos que el recurrente pretenda que consten probados, ya que ello entra en clara contradicción con la propia intangibilidad de los hechos probados y alteración de la valoración de la prueba que el Tribunal con su inmediación ha llevado a cabo con claridad y concreción.

Es la falta de claridad en el relato de hechos probados a lo que se refiere este motivo, no a cuestionar los que se deberían haber incluido, realizando al amparo de este motivo una pretensión de la revisión probatoria. Así, el relato de hechos probados es claro y perfectamente entendible en relación a los hechos que han ocurrido y la prueba que para ello se ha practicado.

El motivo se desestima.

### **Vigésimo sexto.**

Con respecto al quinto motivo por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. uno, inciso segundo, del art. 851 LECrim ., por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia.

Tampoco existe la pretendida contradicción entre los hechos probados. De nuevo en este motivo se pretende introducir lo que plantea como contradicción frente al alegato que estimaba como probado, pero no es esa la vía del motivo, ya que, como postula la fiscalía, el vicio de contradicción no existe, pues ese vicio se predica entre los hechos probados , no entre los argumentos que sirven para calificarlos o que, según el recurrente servirían para considerarlos atípicos.

El motivo se desestima.

### **Vigésimo séptimo.**

Con respecto al motivo sexto por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. tres del art. 851 LECrim . Este motivo de la incongruencia omisiva ya ha sido resuelto en su momento, por lo que también se desestima.

### **Vigésimo octavo.**

Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes ( art. 901 LECrim ).

## **FALLO**

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

**DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados D. Teodosio , D. Carlos Antonio , D. Pedro Miguel , D. Arcadio y D. Celso , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, de fecha 21 de marzo de 2017 , en causa seguida contra los mismos y otros por delitos de cohecho, de prevaricación y de infidelidad en la custodia de documentos. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet

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.