

Illmos Sres

Presidente: D. Emilio J.J. Moya Valdés  
D. José Luis Goizueta Adame  
D. Carlos Vielba Escobar (ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria a veintidós de enero de dos mil quince

Vista en Juicio Oral y Público el Rollo 1/2014 ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas la causa procedente del Juzgado de Instrucción N°5 de Arrecife seguido por delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación, fraude y falsificación, frente a **DIMAS MARTIN MARTIN**, con D.N.I. XXXXX nacido Yaiza el 8 de abril de 1948, hijo de Sinforiano y de Caridad, con antecedentes penales computables, representado por la procuradora Sra Pinto Luque y asistido por el letrado Sr González Peeters. **FRANCISCO JOSE RODRÍGUEZ-BATLLORI SANCHEZ**, con D.N.I. XXXXXX, nacido el 7 de octubre de 1944 en La Coruña, hijo de José y de Elvira, sin antecedentes penales, representado por el procurador Sr Valido Farray y asistido por el letrado Sr Rodríguez Batllori Laffite. **MARIA LUISA BLANCO CARABALLO** con D.N.I. XXXXX, nacida en Arrecife el 6 de marzo de 1965, hija de Luis y de María, sin antecedentes penales, representada por el procurador Sr Leal Bueso y asistida por el letrado Sr Reverón Acosta. **JOSE MIGUEL RODRIGUEZ SANCHEZ**, con D.N.I. XXXXX, nacido en San Bartolomé de Lanzarote el 14 de enero de 1970, hijo de José Miguel y de María Belén, sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra Franchy Lang-Lenton, y asistida por el letrado Sr Rodríguez Cabrera. **PLACIDA GUERRA CABRERA** con D.N.I. XXXX nacida en Arrecife el 5 de octubre de 1956, hija de Juan Francisco y de Isabel Catalina, sin antecedentes penales, representada por el procurador Sr González Díaz, y asistida por el letrado Sr Ferrer Quintana y **RAFAEL ELORRIETA LARREA** con D.N.I. XXXXX, nacido en La Línea de la Concepción el 13 de marzo de 1966, hijo de Carlos y de Ana María, sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra Pinto Luque y asistido por la letrada Sra Díez Labin-Gázquez, habiendo intervenido el **MINISTERIO FISCAL** y ejercitando la acusación particular el **EXCMO AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE** representado por la procuradora Sra Hernández Manchado y asistido por el letrado Sr Sáez Reyes. Siendo ponente el Illmo Sr D Carlos Vielba Escobar, quién expresa el parecer del Tribunal

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO-** El Juzgado de Instrucción N°5 de Arrecife por auto de fecha 6 de julio de 2008 acordó la incoación de las Diligencias Previas 697/2008 en virtud de atestado

instruido por la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil.

Por auto de fecha 10 de febrero de 2012 se acordó la formación de pieza separada con el número 8 y una vez practicadas las actuaciones acordadas para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, personas responsables de los mismos y procedimiento aplicable, se acordó continuar por los trámites del Procedimiento Abreviado con el número y dar traslado al Ministerio Fiscal quien presentó escrito solicitando la apertura del juicio oral y formulando conclusiones provisionales, calificando los hechos como constitutivos de delitos continuados de malversación de caudales públicos del artículo 436 en relación con el artículo 74, fraude a la administración del artículo 432 en relación con el artículo 74, prevaricación del artículo 404 en relación con el artículo 74, en concurso del artículo 77, y de falsificación en documento mercantil del artículo 392 y 390,1,2ª en relación con el artículo 74, interesando las siguientes penas:

-Procede imponer al acusado DIMAS MARTÍN MARTÍN por los delitos relatados en la conclusión primera apartado

A) FACTURACIÓN POR TRABAJOS NO REALIZADOS EN EL AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE.

La pena de 3 AÑOS DE PRISIÓN MENOS UN DÍA como autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal prevista en el artículo 65.3 C.P., con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, Y 6 AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA MENOS UN DÍA;

Por los delitos relatados en la conclusión primera apartado

B) FACTURACIÓN A LA ENTIDAD INSULAR DE AGUAS DE LANZAROTE POR TRABAJOS NO REALIZADOS.

La pena de 3 AÑOS DE PRISIÓN MENOS UN DÍA como autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal prevista en el artículo 65.3 C.P., con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 6 AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA MENOS UN DÍA;

Procede imponer al acusado FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ BATLLORI por los delitos relatados en la conclusión primera apartado

A) FACTURACIÓN POR TRABAJOS NO REALIZADOS EN EL AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE

La pena de 3 AÑOS DE PRISIÓN MENOS UN DÍA como autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal prevista en el artículo 65.3 C.P., con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 6 AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA MENOS UN DÍA;

Por los delitos relatados en la conclusión primera apartado B) FACTURACIÓN A LA ENTIDAD INSULAR DE AGUAS DE LANZAROTE POR TRABAJOS NO REALIZADOS

La pena de 3 AÑOS DE PRISIÓN MENOS UN DÍA como autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal prevista en el artículo 65.3 C.P., con la accesoria de Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 6 AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA MENOS UN DÍA;

Tanto para la ejecución de los delitos descritos en el apartado A como de los delitos descritos en el apartado B, FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ BATLLORI es responsable penalmente de un solo delito continuado de falsedad en documento mercantil al realizar unas facturas simuladas que no responden a servicio ni relación contractual alguna para poder sustraer los fondos públicos, interesando la imposición de la condena de: La pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN y multa de 10 meses con cuota diaria de 18 euros, en concepto de autor material de un delito continuado de falsedad en documento mercantil..

Procede imponer al acusado JOSE MIGUEL RODRÍGUEZ SÁNCHEZ por los delitos relatados en la conclusión primera apartado

A) FACTURACIÓN POR TRABAJOS NO REALIZADOS EN EL AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE

-La pena de 1 año de prisión y 3 años de inhabilitación absoluta por ser autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos.

Procede imponer al acusado MARÍA LUISA BLANCO CARBALLO por los delitos relatados en la conclusión primera apartado A) FACTURACIÓN POR TRABAJOS NO REALIZADOS EN EL AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE

-La pena de 5 AÑOS DE PRISIÓN y 10 AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA por ser autora criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos.

-Procede imponer a la acusada PLÁCIDA GUERRA CABRERA Por los delitos relatados en la conclusión primera apartado B) FACTURACIÓN A LA ENTIDAD INSULAR DE AGUAS DE LANZAROTE POR TRABAJOS NO REALIZADOS

-La pena de 5 AÑOS DE PRISIÓN y 10 AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA por ser autora criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos.

-Procede imponer al acusado RAFAEL ELORRIETA LARREA Por los delitos relatados en la conclusión primera apartado B) FACTURACIÓN A LA ENTIDAD INSULAR DE AGUAS DE LANZAROTE POR TRABAJOS NO REALIZADOS

-La pena de 5 AÑOS DE PRISIÓN y 10 AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA por ser autor criminalmente responsable de un delito continuado de Fraude en concurso medial con los delitos continuados de Prevaricación y Malversación de Caudales Públicos.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL:

6ºA) AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE: Los acusados: DIMAS MARTÍN MARTÍN, FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ BATLLORI, JOSE MIGUEL RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, MARÍA LUISA BLANCO CARBALLO, Responderán cada uno de ellos del pago de 1/4 de la cantidad malversada de 19.764´72 euros con responsabilidad directa y solidaria de todos ellos para el pago de esa cantidad a favor del Ayuntamiento de Arrecife.

6ºB) INALSA: Los acusados: DIMAS MARTÍN MARTÍN, FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ BATLLORI, PLÁCIDA GUERRA CABRERA, RAFAEL ELORRIETA LARREA, Responderán cada uno de ellos del pago de 1/4 de la cantidad malversada de 26.089´40 EUROS con responsabilidad directa y solidaria de todos ellos para el pago de esa cantidad a favor de INHALAS.

Igual calificación y solicitud de penas y responsabilidad civil, limitada a los hechos relacionados con el Ayuntamiento de Arrecife, efectuó la acusación particulas. Interesando las defensas la libre absolución a excepción de la defensa de José Miguel Rodríguez Sánchez quién mostro su conformidad con los escritos de acusación.

**SEGUNDO.**— Los días 16, 17 y 20 de octubre y 17, 18, 20 y 21 de noviembre de 2014 se celebró el juicio oral. En dichos actos, después de practicadas las pruebas, el

Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones en el sentido que consta en las actuaciones, elevando el resto de las partes a definitivas sus conclusiones provisionales, y, tras los trámites de informe y de concesión de la última palabra al acusado, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

## **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** Probado y así se declara que los acusados Dimas Martín Martín y Francisco José Rodríguez-Batllore Sánchez, quién al tiempo de los hechos ostentaba la condición de funcionario público de la Comunidad Autónoma de Canarias, y a principios de año 2008 se concertaron para que el segundo de forma indebida y sin contraprestación alguna se beneficiara de fondos públicos de la Isla de Lanzarote.

A este fin el acusado Francisco José Rodríguez-Batllore Sánchez guiado por el ánimo de lucro y con la finalidad de satisfacer determinados gastos, y con perfecto conocimiento de las ascendencias que el acusado Dimas Martín Martín tenía sobre los cargos públicos del Ayuntamiento de Arrecife pertenecientes al Grupo PIL (Partido Independiente de Lanzarote), se concertó con el mismo para que, previa presentación de minutas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de la misma con cargo a fondos públicos. A su vez Dimas Martín Martín era perfecto conocedor de las influencias que el Francisco Rodríguez-Batllore, en atención a los cargos desempeñados en el Gobierno de Canarias, y que las mismas le podían reportar beneficios en su situación penitenciaria, habiendo realizado, efectivamente, el acusado gestiones para la consecución del tercer grado penitenciario a Dimas Martín.

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

Guiados por esta finalidad, el acusado Dimas Martín en el mes de febrero de 2008 convocó una reunión en el Gran Hotel de Arrecife entre Francisco Rodríguez-Batllore y los Concejales del Grupo PIL en el Ayuntamiento, que en aquel

momento gobernaba, coaligado, en esta reunión, a la que no acudió Dimas Martín, les fue presentado a todos los Concejales Francisco Rodríguez-Batllore a quienes este ofreció sus servicios de asesoría, con perfecto conocimiento que no podía desempeñar función alguna retribuida con fondos públicos en atención a su condición de funcionario de la Comunidad Autónoma.

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

En ejecución de estos acuerdos y durante el año 2008 el acusado Francisco Rodríguez-Batllore presentó las siguientes minutas:

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

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

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

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

El pago de dichas minutas se efectuó el 8 de septiembre, previa firma de la orden de pago y reconocimiento de la obligación por parte del acusado José Miguel Rodríguez con fecha 26 de agosto y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Francisco Rodríguez-Batllore en el Banco de Santander nº0049 5510 56 2095347208.

Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Francisco José Rodríguez-Batlloori Sánchez con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno.

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

**SEGUNDO.-** Guiado por idéntico propósito y en ejecución del plan diseñado previamente, el acusado Francisco José Rodríguez-Batlloori Sánchez presentó en el año 2009 las siguientes minutas:

14 de enero, concepto colaboración y asesoramiento mes enero 2009, importe neto 3.705,88, fecha registró intervención 17 de marzo.

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

Como quiera que en las minutas figuraban labores de asesoramiento por parte del José Miguel Rodríguez se entendió que debía vincularse también a la Concejalía de personal, a cargo de la acusada María Luisa Blanco Carballo, con quién José Miguel Rodríguez, atendiendo los requerimientos de Dimas Martín, se concertó para que autorizase con su firma el pago. Accediendo José Miguel Rodríguez y María Luisa Blanco en atención a la ascendencia que como miembros del PIL, tenía sobre ellos, Dimas Martín, y con la voluntad de no contrariar las instrucciones recibidas del mismo. Siendo perfectos concedores José Miguel Rodríguez y María Luisa Blanco que dicho abono obedecía a intereses propios de Dimas Martín.

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

Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Francisco José Rodríguez-Batllore Sánchez con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno.

Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Francisco Rodríguez-Batllore, amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Dimas Martín y Francisco Rodríguez-Batllore y José Miguel Rodríguez al que se sumó, por la ascendencia de Dimas Martín sobre el PIL, con posterioridad la acusada María Luisa Blanco. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados al Ayuntamiento de Arrecife.

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

Como consecuencia de la actuación de los cuatro acusados, Francisco José Rodríguez-Batllore Sánchez recibió de manera indebida del Ayuntamiento de Arrecife la cantidad neta de 16.941,18 euros, ascendiendo la cuantía bruta abonada a 19.746,72 euros.

**TERCERO.-** Se declara igualmente probado que guiados por el idéntico ánimo de lucro los acusados Dimas Martín Martín y Francisco José Rodríguez Batllori Sánchez, buscaron una segunda fuente de ingresos para el segundo, provenientes de fondos públicos, en este caso de la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa).

Dicha sociedad tiene como objeto social, la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote cuyo Organó soberano, La Junta General, tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote".

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

Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en sus Estatutos para lo que podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima, siendo el Consorcio el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumiendo las funciones de Junta General de la Sociedad, estando compuesta La Asamblea General del Consorcio por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones Locales.

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

En ejecución del plan preconcebido, valiéndose el acusado Dimas Martín de su ascendencia sobre Plácida Guerra, en tanto que miembro del PIL, se concertó con la misma para que le fueran abonadas a Francisco Rodríguez-Batllori y con cargo a fondos públicos de Inalsa, las minutas que este les presentara, aún con conocimiento de que las mismas no se corresponderían con trabajo alguno.

De esta manera Francisco Rodríguez Batllori presentó al cobro en Inalsa durante el año 2008 las siguientes minutas:

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

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

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

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

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

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

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

Dichas minutas fueron elaboradas y presentadas al cobro por el acusado Francisco José Rodríguez-Batllore Sánchez con perfecto conocimiento tanto de que las mismas no se correspondían a la prestación de servicio alguno, y efectivamente fueron abonadas en la cuenta titularidad de Francisco Rodríguez-Batllore en el Banco de Santander nº0049 5510 56 2095347208.

En todos los casos las ordenes de pago estaban firmadas por los acusados Plácida Guerra y Rafael Elorrieta, quienes autorizaron el pago en atención a las instrucciones recibidas por parte de Dimas Martín con la voluntad de no contrariar dichas instrucciones. Siendo perfectos conoedores Plácida Guerra y Rafael Elorrieta que dicho abono obedecía a intereses propios de Dimas Martín

Como consecuencia de la actuación de los cuatros acusados, Francisco José Rodríguez-Batllore Sánchez recibió de manera indebida de la entidad Inalsa la cantidad neta de 21.882,35 euros, ascendiendo la cuantía bruta facturada a 26.089,40 euros.

Ni con carácter previo al abono de dichas minutas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para el desarrollo de las labores de asesoría por parte del acusado Francisco Rodríguez Batllori, amparándose el pago en exclusiva en el concierto alcanzado por Dimas Martín y Francisco Rodríguez-Batllore y Plácida Guerra Cabrera al que se sumó, con posterioridad el acusado Rafael Elorrieta Larrea en su condición de Gerente de la entidad. Siendo plenamente conscientes los cuatro acusados que estos pagos realizados con fondos públicos no se efectuaban en contraprestación de servicios prestados a la entidad Inalsa.

Esta contratación efectuada de manera verbal sin que fuera sometida a publicidad alguna, ni a procedimiento

concursal de ningún tipo, sin que tampoco viniera precedida de ningún tipo de análisis de necesidad y conveniencia de la contratación, así como la no fijación de las obligaciones de las partes, impidió la correcta fiscalización y control del gasto por parte de la entidad Inalsa.

**CUARTO.**- Se declara también probado que el acusado José Miguel Rodríguez Sánchez desde su primera declaración policial reconoció la inexistencia de contrato, habiendo consignado con fecha 19 de febrero de 2013 ante el Juzgado de Instrucción nº5 de Lanzarote la cantidad de 16.941,18 euros.

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

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

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

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

### **PRIMERO.- SOBRE LAS NULIDADES**

Como no puede ser de otra manera el debate ha de comenzar por el examen de las múltiples causas de nulidad invocadas por las partes, a saber:

El conocimiento al comienzo de las sesiones del juicio oral de las piezas de convicción encontradas en los registros practicados en la celda que ocupaba en la prisión de Tahiche el acusado Dimas Martín, así como en su domicilio.

La carencia en el auto de fecha 20 de febrero de 2009, que acordaba la intervención del teléfono de los acusados Dimas Martín y José Miguel Rodríguez, de los antecedentes necesarios para dar cobertura a la medida adoptada.

La inexistencia de control judicial de las intervenciones, existiendo únicamente resúmenes sin transcripción, y sin que tampoco exista diligencia del Secretario del Juzgado señalando que el Mismo procedió a la escucha de las grabaciones.

Se invoca igualmente esta falta de control de las intervenciones al figurar en los distintos oficios remitidos por la UCO de la Guardia Civil, conversaciones posteriores a la fecha de remisión de dichos oficios, en concreto los fechados el 9 de marzo, 29 de mayo y 8 de marzo (aún cuando en realidad este oficio es de 4 de abril) todos ellos de 2009.

En relación de nuevo con las intervenciones y en base a la providencia de fecha 20 de diciembre de 2013 de la Sra Magistrado que se hizo cargo de la instrucción en sustitución de Quién la inició (aportada como documental de la defensa al inicio de las sesiones en la que se señala: "habiendo manifestado el Sr Secretario Judicial... que la totalidad de los discos originales..así como de las copias pudieran encontrarse en el despacho del aula de formación desconociéndose el estado de la custodia.." si bien el informe de la misma Magistrado elevado a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 29 de noviembre señala (folio 523 del rollo de Sala): "Dado que los originales de los más de 50 CD en los que se contienen las grabaciones de las intervenciones telefónicas acordadas judicialmente se encontraban en el archivo a la fecha de hoy, se han transferido los mismos de forma provisional, al despacho del Juez, acordándose, tras la reincorporación del Secretario, la comprobación de que

dichos CD son la totalidad de los entregados por la UCO y de que funcionan correctamente, continuándose con el cotejo de los mismos", se invoca nuevamente la falta de control.

Y para acabar con las intervenciones, se postula la nulidad en base al tardío traslado de las copias a las defensas, en mayo de 2013, habiéndose encontrado los originales en diciembre del mismo año.

Se interesa que se declare la nulidad de la entrada y registro practicada en la celda que ocupaba en la prisión de Tahiche el acusado Dimas Martín al haberse practicado la misma sin la intervención de abogado.

Se señala la vulneración del derecho de defensa al no haber tenido acceso todas las defensas a la pieza principal de la que deriva la presente pieza separada, a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Fiscal, lo que cercena la posibilidad de aportar testimonios de esta pieza principal.

Por fin se invoca la ausencia de firma del Magistrado instructor en determinadas resoluciones, y concretamente en los autos de 25, 26, 29 y 30 de mayo de 2009 y en las providencias de fechas 20 de marzo y 16 de abril de 2010.

Al respecto de todas estas alegaciones habida cuenta que en todas subyace una denuncia de indefensión no esta de más transcribir parcialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2014 que señala:

*"1º) En efecto como hemos precisado en SSTs. 689/2014 de 21.10 , 849/2013 de 12.11 , 566/2008 de 2.10 , que la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos fundamentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE , se concibe como la negación de la expresada garantía ( SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11 ).*

*Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.*

A) Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción.

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88 , 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE . Así la STS 31.5.94 , recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio ( SSTC 145/90 , 106/93 , 366/93 ), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo

real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.

B) Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE ; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte (STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95).

Ello es así, porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de Derechos reconocidos en la Carta Magna que la parte, interesadamente, les asigna.

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación

*de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”.*

Y en base a estas afirmaciones estamos, como ahora vamos a exponer, en condiciones de desestimar todas y cada una de las causas de nulidad invocadas. Y es que no existe ninguna actuación ni de los miembros de la Guardia Civil actuantes en las diligencias de investigación ni en la detención de alguno de los hoy acusados que vulnere derecho fundamental, estando suficientemente amparada la intromisión en los derechos fundamentales por las resoluciones dictadas por el Magistrado instructor consecuentemente motivadas y proporcionadas a las medidas adoptadas en relación a los hechos investigados. Y si en algún defecto de traslado incurrió esta Sala la posible indefensión, de todo punto inexistente, hubiera podido deberse a la propia actuación de las partes.

#### **SEGUNDO.- SOBRE EL RETRASO EN EL TRASLADO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL**

Respecto de las primeras alegaciones señalar que es cierto, pues la evidencia no puede negarse, el retraso sufrido por esta Sala a la hora de efectuar el traslado de estas piezas, alegación que bien se puede referir a la documental incorporada en virtud de la Diligencia de la Sra Secretaria de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2014, folio 853 del rollo, que no consta notificada a las partes, al respecto de esta documental señalar que la misma no hace variar el sentido del pronunciamiento y de modo palmario concurre una segunda circunstancia, y es que las partes difícilmente pueden invocar de modo eficiente la indefensión, pues los documentos ya constaban (por testimonio) en las actuaciones por lo que los mismos eran conocidos por todas las partes personadas (o para ser más precisos, las partes tuvieron la posibilidad de conocerlos, y la vista oral ha demostrado de forma más que sobrada el perfecto conocimiento de las actuaciones por parte de los intervinientes)

En concreto se trata de dos documentos, folios 847 y 850 del rollo de Sala, que contienen el primero una carta atribuida al acusado Francisco Rodríguez-Batllori y que comienza con la expresión “Querido Dimas” y el segundo una minuta de honorarios expedida por el mismo acusado de fecha 10 de mayo de 2009, documentos ambos, como hemos dicho, que ya figuran en las actuaciones, testimoniados, a los folios 1405 y 1407 del procedimiento. De hecho la defensa del acusado Dimas Martín (folio 10 de su escrito de conclusiones obrante al folio 5146) impugna hasta el folio

1404 y desde el 1422, (si bien se añade una genérica impugnación "en definitiva se impugna todo cuanto ha dado lugar a la formación de esta pieza separada 8), impugnación análoga a la efectuada por las defensas de Plácida Guerra y Francisco Rodríguez-Batlloiri (salvo en lo referente al folio 1404 por la primera). Por lo tanto las partes, en base a esta tardía incorporación, no pueden, en modo alguno, entender como vulnerado su derecho de defensa, cuando tales documentos, repetimos incorporados testimoniados, ya figuraban desde tiempo atrás en la causa, recuérdese a este respecto que el auto de fecha 15 de noviembre de 2012, folios 2912 y siguientes, acordó levantar el secreto de las actuaciones (de forma parcial ya se había alzado en diciembre de 2009), auto que en su fundamento cuarto señala que en esta pieza separada (incoada por auto de 10 de febrero de 2012, folio 1 y siguientes) se había acordado en su momento alzar el secreto, por lo que a menos desde esa fecha se tuvo la posibilidad de examinar los folios 1405 y 1407 de esta pieza separada, resolución recibida en el Colegio de Procuradores de Lanzarote el día 23 del mismo mes.

Y recordemos, igualmente que estos testimonios no han sido impugnados de forma expresa. Al hilo de esta alusión a la impugnación no esta de más el poner de manifiesto que el Ministerio Fiscal calificó, en el acto del juicio, como "masiva" la efectuada por la defensa de Dimas Martín Martín, a lo que esta respondió que no era masiva sino detallada, cierto es que se detallan los documentos impugnados, pero no lo es menos, que desconocemos el motivo de tales impugnaciones.

Y si el traslado tardío se refiriera a la documental reseñada en la Diligencia de Ordenación de la Secretaria del Juzgado de Instrucción 5 de Lanzarote de fecha 29 de septiembre de 2014, la misma resulta totalmente inocua a los efectos de este pleito y que en nada afectan al resultado del mismo, pues nada aporta. Y es que, además, se trata de una documental que aparece reseñada en las actas de entradas y registros que todas las partes siempre, al menos desde el levantamiento del secreto de las actuaciones, han tenido a su disposición, es más, no resulta ocioso el señala que pese a que el juicio comenzó el 16 de octubre y acabo, eso si en sesiones no consecutivas, el 5 de diciembre de 2014, en ningún momento se interesó, bien sea a los acusados, bien sea a la multitud de testigos examinados, la exhibición de tales documentos. Y lo que es más importante, ni el Ministerio Fiscal ni la acusación particular ejercitada por el Ayuntamiento de Arrecife basan sus conclusiones en tales documentos, ni nosotros al efectuar el anunciado pronunciamiento condenatorio valoramos estos documentos como prueba de cargo.

**TERCERO.- SOBRE LA NULIDAD DEL AUTO DE INTERVENCION TELEFONICA**

Se señala por la defensa del acusado Dimas Martín que el auto de 20 de febrero de 2009 por el que se autorizaba la intervención telefónica carecía de la más mínima cobertura. La indicada resolución tiene su fundamento en el oficio de la misma fecha en el que se afirmaba la labor de supervisión de Dimas Martín sobre el PGOU de Arrecife, actuación de la que se tuvo conocimiento en virtud del resultado de las investigaciones llevadas a cabo respecto de una persona no imputada en el presente procedimiento (pero si en la pieza principal) y el mismo oficio se hace constar la posible exigencia de comisiones ilegales para conseguir el cobro de facturas pendientes en el Ayuntamiento de Arrecife, concretamente el 20% del importe pendiente), interesando en este oficio la intervención de los teléfonos de Dimas Martín y José Miguel Rodríguez. En base a estas informaciones se dicta el referido auto que consigna en los párrafos segundo (folio 22) tercero y cuarto (folio 23) del fundamento segundo, las posibles conductas delictivas y la necesidad de la medida para la investigación de las mismas reseñada en su fundamento tercero.

Ha de recordarse que el artículo 18.3 de la Constitución Española al regular el Derecho al secreto de las comunicaciones como un Derecho Fundamental, como es sabido, no lo articula como un derecho absoluto, puesto que la misma norma prevé la limitación por resolución judicial, en la medida que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar su limitación con las debidas garantías. Valores entre los que se halla la prevención del delito grave, lo que es, precisamente, lo que en el supuesto sometido a consideración ha motivado a restringir ese derecho fundamental de los acusados conforme a las previsiones del artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "orientado por fines de prevención general y especial y que también constituye un interés constitucionalmente legítimo".

A este respecto nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2014:

*"Tiene expresado esta Sala, como es exponente la Sentencia 291/2012, de 26 de abril, que la declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 12º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17º y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 8º, que constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades*

reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su artículo 10 2º, garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación ( artículo 8º del Convenio Europeo ). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial. En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta manera la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales, sin la intervención absolutamente imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, que tiene atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales. Para la validez constitucional de esta medida de intervención telefónica es necesario que concurren los siguientes elementos:

a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su proporcionalidad, f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica.

Elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978 ; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988; casos Kruslin y Huvig, sentencias ambas de 24 de abril de 1990 ; caso Ludwig, sentencia de 15 de junio de 1992 ; caso Halford, sentencia de 25 de junio de 1997 ; caso Kopp, sentencia de 25 de marzo de 1998 ; caso

Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998 ; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998 , caso Prado Bugallo, sentencia de 18 de febrero de 2003 , entre otras muchas). En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención (STC 253/2006, de 11 de septiembre ), y que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada ( Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo 1240/98, de 27 de noviembre , 1018/1999, de 30 de septiembre y 1060/2003, de 21 de julio ), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio, 165/2005, de 20 de junio, 26/2006, de 30 de enero, 146/2006, de 8 de mayo, SSTS de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000, 11 de mayo de 2001, 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004 , 13 y 20 de junio de 2006 y 9 de abril de 2007, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial"

Añadiendo la Sentencia de 22 de diciembre de 2014:

En éste sentido es necesario hacer referencia a la STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 . En ella se expresa que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE , y que dichas exigencias deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

"La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención : 1o) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y 2o) los indicios de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que

los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado éste Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" STC 197/2009. de 28 de septiembre de 2009 . (F. J. 9o). Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención de una línea telefónica se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éstos datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación , ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

Sobre esa base, el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consistió, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

También ha destacado el Tribunal que la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa".

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, la jurisprudencia constitucional admite, como ya hemos expresado anteriormente, la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad. (F. J. 10°).

De esta doctrina puede deducirse que la resolución judicial debe contener, bien en su propio texto o en la solicitud policial a la que se remita ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ):

A) Con carácter genérico los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad.

B) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave, que deben ser accesibles a terceros.

C) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona.

D) Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva.

E) La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que la propia policía solicitante ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cual ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado.

F) El número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ). (F. J. 11°)

Tomando en consideración estos criterios, emanados de la doctrina constitucional anteriormente referenciada, y reiterando la doctrina ya expresada en la STS núm. 635/2012, de 17 de julio, ha de concluirse que el principio esencial del que parte la doctrina constitucional es que la resolución judicial debe explicitar los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pero obviamente la atribución constitucional de esta competencia a un órgano jurisdiccional implica un ámbito de valoración que

no es meramente burocrático o mecanicista, sino de adaptación en cada caso del referido principio a las circunstancias concurrentes por parte del Juez a quien constitucionalmente se asigna la competencia.

En consecuencia, respetándose por el Instructor los referidos principios básicos, no corresponde a esta Sala, ni a ningún otro órgano constitucional, determinar los indicios concretos que pueden o no servir de fundamento para acordar la intervención, ni pronunciarse sobre la respectiva valoración de cada uno de ellos, ni, como ya se ha expresado, sustituir los criterios valorativos del Instructor por otros diferentes, a partir de la distancia y de una experiencia diferenciada.

Por otra parte, el hecho de que el Tribunal Constitucional indique, como es lógico y natural, que no es suficiente que el propio servicio policial que interesa la intervención fundamente su solicitud en la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado, porque es necesario que la policía actuante indique una fuente de conocimiento cuya fiabilidad el Instructor pueda valorar racionalmente, no implica que ello exija en cualquier caso la presentación detallada al Instructor de la indagación en su integridad, identificando la absoluta totalidad de las diligencias practicadas y relacionando minuciosamente las fuentes utilizadas a lo largo de toda la investigación, pues dicha exigencia ni ha sido establecida en estos términos por el Tribunal Constitucional, ni es necesaria cuando el Instructor dispone de datos objetivos suficientes, ni es posible en todos los casos, por ejemplo en operaciones internacionales en las que han intervenido fuerzas policiales de otros países que en su mecánica operacional habitual no acostumbran ni pueden ser obligadas a informar minuciosamente sobre sus fuentes ni a relatar detalladamente su mecánica operacional.

En definitiva, lo esencial y lo que excluye la vulneración constitucional, es que la intervención sea acordada judicialmente en una resolución que explicita los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior». (F. J. 12º)".

Pues bien en este caso no es que el Magistrado instructor se remitiera al detallado oficio de la UCO sino que incorporó a su resolución los comportamientos de las personas objeto de la medida, los indicios de la comisión de delitos, las fuentes de conocimiento de estos elementos, así como la necesidad de la intervención, de esta suerte, las partes han calificado como errática la instrucción (hemos de entender de la pieza principal), pero la resolución que nos ocupa constituye un ejemplo de buena praxis.

Esta resolución identifica a las personas investigadas, Dimas Martín y José Miguel Rodríguez, señala los delitos objeto de investigación: cohecho, tráfico de influencias, prevaricación y exacciones ilegales, y es evidente que la gravedad de estos delitos justifica la injerencia en el derecho fundamental, relacionando el auto discutido los motivos que aconsejan esta diligencia. De esta suerte el contenido de los fundamentos primero a tercero ponen de manifiesto una adecuada ponderación y valoración del Magistrado instructor tanto de los indicios aportados en el oficio de misma fecha, 20 de febrero, como de las medidas interesadas en el mismo y, en definitiva, del sacrificio (siquiera sea parcial) del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En relación con este mismo auto, o para ser más correctos con el oficio en el que se solicitó la intervención, por parte de la defensa de María Luis Blanco se vino a plantear una discordancia de las fecha que consta en el mismo como de su redacción, 20 de febrero de 2009, con la que en realidad se redactó. Señalar con carácter previo que desconoce esta Sala que finalidad tiene esta alegación, como no sea el abundar en la falta de control (más adelante abordaremos otras fechas discordantes), y es que señala dicha defensa que como quiera que todos los atestados y oficios se redactan en Madrid (como así se ha reconocido por el Instructor del atestado) y se entregan en mano en Lanzarote y así se asegura por los números de la Guardia Civil examinados, es imposible que este oficio se redactara en Madrid y se entregara el mismo día en Lanzarote, dictándose en la misma fecha el auto habilitante.

Es evidente, salvo que se quiera tachar de falsario tanto el testimonio del auto, folios 20 y siguientes, así como la notificación al Ministerio Fiscal, el mismo día 20, como consta al folio 27, que la fecha del dictado del auto es del repetido día 20, y aún cuando la fecha del oficio pudiera ser errónea, cuestión ciertamente baladí, esta Sala estima que la explicación razonable es su remisión a la Isla de Lanzarote por medios telemáticos, y no es una presunción carente de apoyo, pues si observamos la firma que obra al pie del oficio (folio 19 que no se pudo exhibir por las carencias de la video conferencia) efectuada por "autorización y orden" (PA y O como reza la rúbrica) es coincidente con la que figura al folio 27 efectuada por el número J83817Z, Agente que recibió el auto y mandamiento de intervención. En cualquier caso esta discusión resulta más bien superflua.

**CUARTO.- SOBRE LA AUSENCIA DE CONTROL JUDICIAL DE LAS INTERVENCIONES TELEFONICAS**

Por lo que hace a la inexistencia de control judicial, alegación que a su vez se basa en múltiples motivos como son: ausencia de transcripciones habiéndose incorporado exclusivamente resúmenes elaborados por la UCO, falta de diligencia de escucha por parte del Sr Secretario del Juzgado instructor; deficiente custodia de los discos originales; motivos a los que de forma tenue, y como parece derivarse del sentido de las preguntas efectuadas a los números de la Guardia Civil por parte de la defensa del Dimas Martín, el desconocimiento del Agente a quién se encomendó el volcado de las conversaciones.

Señala a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2014:

*"En lo concerniente al control judicial de la ejecución de la intervención ordenada, hemos dicho en nuestra STS nº 625/2013 de 9 de julio que, en relación a la autorización de sucesivas prórrogas debemos recordar nuestra Jurisprudencia, recogiendo la doctrina constitucional.*

*Ya en la Sentencia de este Tribunal Supremo núm. 929/2005 de 12 julio , advertimos que la información reportada al Juzgado del resultado de las intervenciones activas no exigía la entrega de las cintas con las correspondientes grabaciones y sus transcripciones ni la audición de su contenido por el Juez de Instrucción, ya que no pueden considerarse requisitos de obligada observancia para que éste pueda acordar válidamente la prórroga de intervenciones anteriores; pues basta que el mismo tenga adecuada y solvente información sobre el resultado de dichas intervenciones.*

*Y en nuestra Sentencia de 14 de Octubre del 2010, resolviendo el Recurso nº621/2010, también establecimos que no es exigible que el Juez de Instrucción tenga acceso directo al contenido de las intervenciones mediante la audiencia de las cintas o lectura íntegra de sus transcripciones. Así decidimos que: el control efectivo judicial del contenido de la intervención, se puede efectuar, y así se hace de ordinario, bien a través de los propios informes policiales en los que se va dando cuenta de los datos relevantes de la investigación, complementados con las transcripciones más relevantes, con independencia de que, además se envíen las cintas íntegras para su introducción, si se solicitase en el Plenario, por lo que no es preciso la audición directa de las cintas por el Sr. Juez Instructor. En tal sentido, SSTC 82/2002 , 184/2003 , 205/2005 , 26/2006 , 239/2006 , 197/2009 y en la reciente Sentencia 26/2010 de 27 de Abril.*

*Recientemente en la Sentencia de 22 de Marzo del 2011 resolviendo el Recurso: 1775/2010 dijimos que: ninguna*

irregularidad procesal, y menos constitucional, supone que se remitan al Juez transcripciones mecanográficas de las conversaciones telefónicas intervenidas, incluso fragmentarias en aquellos pasajes que la Policía considera de interés para la investigación y no las conversaciones policialmente inocuas o irrelevantes. Es más, aún en el caso de que se hubiera trasladado al Juez solamente las transcripciones parciales de las conversaciones grabadas, sin acompañamiento de las cintas, sería ello suficiente para que la autoridad judicial formase juicio sobre la buena línea de la investigación y la persistencia de las sospechas sobre la persona cuyo teléfono se interviene, lo cual, por otra parte, justificaría en su caso la prórroga de la medida al consolidarse de ese modo los indicios de la participación de la persona en actos delictivos.

El Tribunal Constitucional también tiene dicho al respecto que no se requiere ni la aportación de las transcripciones literales íntegras, ni la audición directa por el Juez de las cintas originales, si el Juez tuvo suficiente conocimiento de los resultados obtenidos en los anteriores períodos de intervención a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 219/2006 (Sala Primera) de 3 julio y las allí citadas SSTC 82/2002 de 22 de abril ( F. 5); 184/2003 de 23 de octubre ( F. 12); 205/2005 de 18 de julio ( F. 4); 26/2006 de 30 de enero (F. 8).

En la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 220/2009 de 21 de diciembre de 2009 , se reitera: Las anteriores consideraciones permiten excluir también la denunciada vulneración del art. 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, pues si bien es cierto que hemos declarado que el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones ( art. 18.3 Constitución ), para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo ( SSTC 49/1999 de 5 de abril, FJ 5 ; 82/2002 de 22 de abril, FJ 5 ; 184/2003 de 23 de octubre, FJ 12 ; 165/2005 de 20 de junio, FJ 8 ; 239/2006 de 17 de julio , FJ 4) ”.

A lo que debemos añadir lo señalado en la Sentencia de 3 de diciembre de 2014:

"Cuando en esta sede casacional se efectúan denuncias relativas a la vulneración del derecho a la intimidad de las comunicaciones al amparo del art. 18 de la Constitución en relación a las intervenciones telefónicas efectuadas en la instrucción, es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso como fuente de prueba y por tanto como medio de investigación, o pueden operar como prueba directa en sí. Es claro que la naturaleza y entidad de los requisitos, así como las consecuencias de su inobservancia son substancialmente diferentes.

En segundo lugar, se plantea la vulneración del art 18.3 CE por la inclusión en el plenario de las grabaciones de las escuchas telefónicas y la atribución de valor probatorio suficiente a las mismas para desvirtuar la Presunción de Inocencia. Lo que se deduce del conjunto de las motivaciones es que, dado que la mayoría de las cintas telefónicas conteniendo las conversaciones telefónicas no fueron unidas a las actuaciones hasta la fase del Juicio Oral, se entiende que el juez de instrucción no tuvo los elementos imprescindibles necesarios para acordar las prórrogas de las intervenciones telefónicas dado que no se le entregaron transcripciones suscritas bajo la fe del Secretario, ni las grabaciones (DVD's) y por ello entiende que se ha vulnerado el artículo 18.3 por el deficiente control de las intervenciones telefónicas por parte del juez de Instrucción.

Y, ciertamente la circunstancia de que no se haya efectuado la transcripción literal de tales conversaciones bajo la fe judicial tampoco implica afectación del derecho de defensa; los únicos requisitos que son exigibles a las intervenciones telefónicas tras haber superado los controles de constitucionalidad, son los que permitan la valoración directa por el Tribunal sentenciador de todo el caudal probatorio, es decir, la aportación al proceso de los soportes de las grabaciones originales y la efectiva disponibilidad de este material por las partes.

Por otra parte, ha de recordarse que, tal como se señala la Sentencia, de 17 de mayo de 2.012, no existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni de los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad, solo vendrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial.

Como protocolo de incorporación al proceso es requisito la aportación de las cintas íntegras al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes junto con la audición o lectura, en lo necesario, de las

mismas en el juicio oral, lo que le dota de los principios de oralidad o contradicción, salvo que, dado lo complejo o extenso que pueda ser su audición se renuncie a la misma, bien entendido que dicha renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no estar correctamente introducidas en el Plenario. Tal estrategia, es evidente que podría constituir un supuesto de fraude contemplado en el artículo 11.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial . En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia, de 23 de enero de 2.013.

La Sentencia de 16 de octubre de 2013, de igual manera reitera que "las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal" y que "la Ley procesal no exige esta transcripción en el art. 579 LECRIM y su realización obedece más a la costumbre que a las necesidades de control judicial.

Es claro que la transcripción no sustituye la audición de las cintas en el juicio oral caso de que las partes lo soliciten para comprobar si las transcripciones que obran en las actas de instrucción son o no completas para valerse de ellas su defensa". En cualquier caso, y siguiendo a esta última sentencia, el quebrantamiento de los requisitos de legalidad ordinaria "sólo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo, pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole"

Más adelante iremos con el valor probatorio de estas escuchas, señalemos ahora que las únicas que valoraremos son aquellas conversaciones que, efectivamente, han sido reproducidas en las distintas sesiones, sin que en ningún caso acudamos a resúmenes efectuado por la UCO o en su caso a las transcripciones literales (que las hay), si tales conversaciones no fueron reproducidas en el plenario. Por otro lado no esta de más el destacar que se denuncia la falta de transcripción y tal diligencia no ha sido interesada por ninguna de las partes, salvo por la defensa de Francisco Rodríguez-Batllori folio 4058 en el que por escrito de 14 de febrero de 2013 se señale fecha para la práctica del cotejo con citación de todas las partes, si bien en realidad el mismo interesó la celebración de una audiencia para el cotejo de las conversaciones, es más la Sra Secretaria, como consta al folio 5206, señala a las partes que pueden comparecer al Juzgado para comprobar las grabaciones, y el Ministerio Fiscal esta falta de interés en la transcripción determina que no pueda tacharse de irreal el contenido de las transcripciones o de los

resúmenes incorporados en los sucesivos oficios (en base a los cuales se acordaron las diferentes prórrogas, sin base o prueba alguna (tan solo simples conjeturas) y máxime cuando a posteriori se ha comprobado en el juicio la plena coincidencia entre las transcripciones policiales efectuadas (o en su caso con el sentido del resumen) y el contenido de las conversaciones telefónicas grabadas en el correspondiente soporte de audio, recordemos que Tal como sostiene la Sentencia 23 de enero de 2013:

*"no puede confundirse control judicial con una inexistente necesidad de que el Instructor antes de proceder a la prórroga de una intervención oiga directamente o cuente con la transcripción literal advenida por el fedatario judicial de las escuchas. Para acordar la prórroga de unas escuchas no se impone esa audición: basta con que el Instructor haya podido valorar con examen del informe policial los resultados de las escuchas hasta ese momento practicadas. Los informes de quienes están materialmente realizando las escuchas y la exposición de las conversaciones más relevantes son suficientes a tal fin, por estar siempre abierta la facultad del instructor de exigir nuevas explicaciones o concreciones (vid. SSTC 82/2002, de 22 de abril o 205/2.005, de 13 de Julio)".*

Es más Conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012 de 23 de enero de 2.013, con cita de la del Tribunal Constitucional 26/2010, de 27 de abril, el control efectivo judicial del contenido de la intervención, se puede efectuar, y así se hace de ordinario, bien a través de los propios informes policiales en los que se va dando cuenta de los datos relevantes de la investigación, complementados con las transcripciones más relevantes, con independencia de que, además se envíen las cintas íntegras para su introducción, si se solicitase en el Plenario, por lo que no es preciso la audición directa de las cintas por el Sr. Juez Instructor. En tal sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 82/2002, 184/2003, 205/2005, 26/2006, 239/2006, 197/2009 y 26/2010, debiéndose recordarse que el material probatorio viene constituido en realidad por las cintas grabadas y que lo decisivo es que las cintas originales estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. El Fiscal había propuesto esa prueba detallando cada uno de los folios donde se recogían las transcripciones y reclamando su audición en el acto del juicio oral. Estamos ante una prueba valorable directamente por el Tribunal. Ni siquiera poseería trascendencia la falta de lectura o audición en el acto del juicio oral. Es claro, y lo es especialmente a partir de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988 (Caso Barberá y otros) que la fórmula, rituarial y clásica en nuestro foro, "por

reproducida", no convierte en prueba documental todas las actuaciones sumariales; ni transmuta en prueba documental lo que no son más que pruebas personales documentadas. Como señala la Sentencia de 23 de enero de 2012, "que la prueba haya de practicarse en el acto del juicio oral, no significa que todos, absolutamente todos los documentos aportados o unidos a las actuaciones hayan de ser leídos en ese momento, so pena de quedar invalidados como posible medio de convicción. Lo esencial es que queden a salvo los principios de inmediación, contradicción y publicidad.". Se trata en efecto, de prueba documental y ha sido expresamente propuesta por una de las partes con conocimiento de las demás, al darse por reproducida sin protesta, o sin que se reclame su lectura o, en su caso, la audición de las cintas, nadie podrá quejarse de que el Tribunal en cumplimiento de la obligación, que no facultad, que le impone el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal examine directamente ese documento.

Así pues, no es obligada la reproducción en el acto de juicio oral de la integridad de las grabaciones. La audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez como corroboran las Sentencias del Tribunal Constitucional 76/2000 o 26/2010 "Y también hemos concluido que para dicha incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa. Así nos hemos pronunciado ante supuestos similares al presente, tales como los resueltos en el ATC 196/1992, de 1 de julio ; o en la STC 128/1988, de 27 de junio . En la primera de las resoluciones citadas afirmamos que "la no audición de las cintas en el juicio, así como que el Secretario no leyera la transcripción de las mismas, no supone, sin más, que las grabaciones no puedan ser valoradas por el Tribunal sentenciador. En efecto, las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico) ... por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicciones por las partes -bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones- no significa, como pretende la hoy recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiera la audición de las cintas o la lectura de su

*transcripción en la vista oral" Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1988.*

A mayor abundamiento, debemos recordar que al obrar en la causa las grabaciones de las conversaciones, lo que conforme con la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2013 constituye el material probatorio y que de esas grabaciones la policía daba cuenta periódica al Juez de Instrucción competente, aportando bien resúmenes, bien transcripciones escritas. Los acusados intervinientes en tales conversaciones, Dimas Martín, José Miguel Rodríguez, Placida Guerra y Francisco Rodríguez-Batllore no son personas ajenas a dichas conversaciones, por lo que si en algún momento de la instrucción, e incluso posteriormente a la misma, vieron que alguna transcripción no se correspondía con la comunicación por ellos sostenida o si la omisión de alguna conversación pudiera desnaturalizar la grabada, podían haber solicitado las aclaraciones pertinentes, precisando el motivo concreto de su disconformidad y la correspondiente escucha e interpretación. Nada de esto hicieron, Se debe tener en cuenta que el medio probatorio fue propuesto por el Ministerio Fiscal, y acotó aquellas escuchas que consideró fundamentales para fundar en ellas su acusación, y que por tanto, no era prueba de las defensas si bien éstas se hayan adherido a la propuesta por la acusación de forma genérica. La impugnación en todo caso se ha verificado sin alusión alguna a su contenido ni impugnación de grabaciones concretas sino por considerarlas viciadas de nulidad por la de las resoluciones judiciales correspondientes habilitantes de tales intervenciones o en su caso por defectos en el control judicial o bien por alegarse dificultades en su audición. Y sin perjuicio de que el acusado Francisco Rodríguez-Batllore no se identifique como interlocutor en la misma, de nuevo más adelante abordaremos esta discusión.

Todo ello determina, por tanto, la validez de los indicios determinantes para la intervención telefónica practicada, por lo que en ningún momento se ha contravenido lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución Española ni se ha producido la vulneración de derechos que ha sido alegada por las Defensas

**QUINTO.-** En relación a la alegación efectuada por la Defensa de Dimas Martín Martín, en el sentido de no constar en todas las actuaciones quiénes eran los números de la Guardia Civil autorizados para volcar esas intervenciones. Lejos de considerarse una cuestión relativa a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que podrían determinar su nulidad, se trataría, en todo caso, de *"cuestiones relativas a la forma en que esas conversaciones haya podido pasar a incorporarse al acervo*

*probatorio", en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013, que añade que "en definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 de la C.E, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios", y que "las "irregularidades" en la incorporación de los resultados de las escuchas no afectarían a otros medios de prueba obtenidos a través de los datos extraídos de las legítimas intervenciones telefónicas y que gozan de autonomía. Por otra parte, sin perjuicio de constatarse que dicha Defensa nunca concretó las actuaciones en las que refiere que no consta la identificación de los agentes que volcaron las conversaciones intervenidas, tampoco ha acreditado que en cualquier caso, ello pudiera haberle producido indefensión alguna.*

*En todo caso, las supuestas irregularidades que se puedan cometer en momentos posteriores a la ejecución de la resolución de intervención de las comunicaciones, esto es, en la incorporación de su resultado al proceso, no afectan al derecho al secreto de las comunicaciones, sino, en su caso, al derecho a un proceso con todas las garantías. Así, ha señalado el Tribunal Constitucional que "todo lo referente a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, identificación de los partícipes en la comunicación y examen del contenido de las mismas, no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 de la Constitución Española, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues afecta a la valoración de la prueba, ya que es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna la garantía de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia", Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1999, 166/1999, 126/2000, 14/2001, 202/2001.*

*En tal sentido, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012:*

*"La Constitución Española reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías, y tanto el Tribunal Constitucional - cfr., por todas, Sentencia de 12 de abril de 1999, como esta Sala Segunda del Tribunal Supremo cfr. Sentencia de 22 de febrero de 2002 , ha señalado que la situación de indefensión no se da por la mera concurrencia de la infracción de un precepto procesal, sino que exige que, precisamente como consecuencia de ésta, se haya privado o limitado a la parte su capacidad para ejercitar*

*sus derechos, alegando, probando y replicando en el juicio en la forma que le convenga. Se considera que los soportes de las grabaciones telefónicas fueron puestos a disposición de forma tardía por el Tribunal, de forma tal que no pudo ejercitarse correctamente la defensa. Sin embargo el contenido de las intervenciones telefónicas estuvo a disposición de las partes, según los folios 214 a 217. Las cintas fueron oídas por el Tribunal y las defensas pudieron alegar lo que consideraron oportuno. Por consiguiente, no hay vulneración del derecho de defensa ni se ha producido indefensión”.*

Respecto a los defectos de la custodia ni la providencia de diciembre de 2013 ni el informe anterior de la Magistrado instructora afirman la existencia de manipulación alguna, sino que señalan (y es cierto) lo inadecuado del lugar en que se encontraban los CD's originales. Dicho sea de paso, en esa providencia y contrariamente a lo que se afirma por la defensa de Rfael Elorrieta, no se dice que fue en ese momento en el que los originales fueron hallados, o dicho de otra forma, que las copias ofrecidas a las partes no se efectuaron de dichos originales, sin que exista prueba que permita afirmar que las copias entregadas a las partes no se realizaron sobre dichos originales.

Abundan en la ausencia de control, según la defensa de María Luisa Blanco, el figurar en los distintos oficios remitidos por la UCO de la Guardia Civil, conversaciones posteriores a la fecha de remisión de dichos oficios, en concreto los fechados el 9 de marzo, 29 de mayo y 8 de marzo (aún cuando en realidad este oficio es de 4 de abril) todos ellos de 2009. Yerra la parte en esta alegación, así en el oficio de 9 de marzo de 2009, folios 31 y siguientes, las conversaciones incorporadas llegan hasta el 6 de marzo, folio 76. En el oficio de 8 de marzo (en realidad 4 de abril), folio 512, las conversaciones llegan al 6 de marzo, folio 514. Si bien existe un segundo oficio de fecha 15 de mayo (folio 532) que efectivamente incorpora actuaciones hasta el 20 de abril. Y el oficio de 29 de mayo no incorpora conversaciones hasta el 1 de junio, sino que existe un oficio de 1 de junio, folio 972, que incorpora conversaciones hasta esa fecha. En cualquier caso también se trata de una cuestión baladí (eso si siempre acreedora de una respuesta), y que bien pudiera obedecer a un error, errores en las fechas que han acontecido en otras ocasiones sin queja alguna, a título de ejemplo el folio 1460 en el que se hace constar como fecha de la declaración policial de Francisco Rodríguez-Batllori el 29 de abril, cuando su detención se efectuó el 23 de abril y su declaración judicial tuvo lugar el 25 de abril, o como por ejemplo el auto de libertad de Francisco Rodríguez-Batllori de fecha

21 de abril de 2010, esto es incluso antes de ser detenido, folio 1493.

#### **SEXTO.- SOBRE LA RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA**

Se invoca, como se dijo, la ruptura de la cadena de custodia en base al lugar en el que se encontraban almacenados los CDs con las grabaciones, parece aconsejable poner de manifiesto algunas consideraciones efectuadas por el Tribunal Supremo respecto al sistema SITEL así en la Sentencia de 22 de octubre de 2014, que venía a declarar como impertinente la prueba pericial informática sobre la integridad del sistema, se dice:

*"De acuerdo con esta idea, el Tribunal Supremo ha rechazado de forma diáfana las quejas acerca de la autenticidad del SITEL , reputando tal sistema integrado de telefonía, incluso, como un avance respecto de los protocolos y mecanismos preexistentes (cfr. STS 722/2012, 2 de octubre ). Su difícil "... por no decir imposible manipulación " ( STS 1215/2009, 30 de diciembre ), convierten este sistema en "... preferible a los medios de intervención anteriores a su implantación" (1078/2009, 5 de noviembre). Todo indica, por tanto, que la puesta en tela del juicio del SITEL , cuando se limita a cuestionar in abstracto la fiabilidad del sistema, sin apuntar razones que hagan pensar que, en el caso concreto que es objeto de examen, pudo haberse producido alguna manipulación de los contenidos de los CDs aportados al Juzgado, no puede tener acogida".*

En idéntica línea la de de 1 de octubre de 2014 declara

*"Finalmente en cuanto a la queja que concierne a la autenticidad de la información trasladada al Juzgado en relación con el contenido de la grabación en el sistema SITEL también hemos de recordar lo ya dicho en nuestra STS n° 255/2014 de 19 de marzo que ya: dijimos en la Sentencia de esta Sala Segunda, n° 659/2013 de 9 de julio , con cita de la STS 1215/2009 de 30 de diciembre : se ha insistido en la acomodación del sistema SITEL a la norma constitucional, refiriéndose a la autenticidad de los DVD's sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro salvo prueba en contrario, pues se trata de documentos con fuerza probatoria avalada incluso legalmente acudiendo como complemento a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318 ), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico, la posible impugnación de su autenticidad ( artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil ). La incorporación de las conversaciones telefónicas mediante modernos sistemas digitalizados no plantea mayores problemas sobre su correspondencia que el de la necesidad*

de la acreditación de su documentación con la conversación efectivamente intervenida.

En la citada sentencia se hacía referencia al caso concreto destacando, como hacemos aquí, que: las defensas no especificaron anomalías concretas que pusieran en cuestión la autenticidad y la integridad de las grabaciones aportadas a la causa, ni tampoco interesaron que por el órgano judicial se procediera a una compulsa de los DVD's con la grabación original que obra en el servidor central, diligencia que solo se practicaría en los supuestos en que hubiera razones indiciarias que justificaran el coste procesal de una pericia de esa índole.

Siendo relevante la doctrina por la que se concluye que: el mero hecho de que faltara la firma electrónica no podría entrañar necesariamente la nulidad probatoria que postula la defensa del acusado, pues ni esa firma garantiza de por sí la autenticidad e integridad de los soportes informáticos ni su ausencia permite concluir que han sido manipulados o alterados. La mera omisión de la firma no puede, pues, abocar automáticamente a la falta de autenticidad y de integridad del contenido de los soportes informáticos ni a la declaración de la nulidad probatoria, sino que nos llevaría, en el caso de que concurrieran sospechas de irregularidades o ilegalidades denunciadas por la parte, a que el Secretario judicial realizara una compulsa en el servidor central con el fin de verificar la integridad y autenticidad de las grabaciones aportadas a la causa ( STS 207/2012 , de 12 de marzo)".

Siendo definitiva la de 4 de junio de 2014

"2. Por lo que se refiere a la última cuestión, además de lo dicho en relación con los motivos equivalentes de otros recurrentes, hay que insistir que e sta Sala ha rechazado la pretendida ausencia de garantías del sistema de interceptación telefónica SITEL , utilizado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado español ,en sentencias ,como las SSTS de 19-12-08, nº 906/2008 ; 29-6-09, nº 756/2009 ; 13-3-09, nº 250/09 ; 23-3-09, nº 308/09 ; 5-11-09, nº 419/09 ; 12-11-09, nº 114/09 .

En concreto la STS 1215/2009, de treinta de diciembre , argumenta que "si bien, en todo caso, no es absolutamente descartable una posible manipulación , su demostración tiene que nacer de datos objetivables e irrefutables. Las objeciones deben hacerse a partir del momento en que se alza el secreto de las grabaciones y las partes tienen expedita la vía, para solicitar su audición. Una mínima coherencia profesional, les obliga a plantear esta cuestión en el debate en la instancia Por ello, y sin perjuicio de lo expuesto con carácter general sobre el sistema técnico

de grabación de los teléfonos de la telefonía móvil, que seguramente en un futuro será superado o modificado por el progreso de la técnica, la cuestión de la autenticidad de los contenidos de los soportes CD se debe plantear con antelación al juicio oral para que pueda ser adecuadamente debatido.

Se ha dicho que estos discos, dadas las características de la tecnología digital, pueden ser alterados mediante sofisticadas operaciones de laboratorio. Esta objeción no se descarta, ahora bien, así como en el antiguo sistema la manipulación, los cortes eran posibles sin saber de forma cierta quien los había realizado materialmente, en el sistema S.I.T.E.L se deja huella identificadora del manipulador ya que debe facilitar su clave de identificación para entrar en el disco duro. En este caso, nos encontraríamos ante un delito que de confirmarse su existencia a posteriori podría dar lugar a la revisión de la sentencia. Del mismo modo que hemos dicho que los análisis de los laboratorios oficiales gozan de una garantía de autenticidad y buenas prácticas, lo mismo se debe decir de este sistema, salvo prueba en contrario.

El disco duro centralizado se integra en el mobiliario o estructura que constituye la base material del centro de escuchas. Equivale a los chasis y motores, en los que se insertaban las bobinas sobre las giran las cintas. Como posible elemento probatorio siempre se ha exigido es el soporte que contiene y hace audibles y comprensibles las grabaciones pero nunca se ha considerado indispensable, por razones operativas, el traslado a la sede judicial de mueble o consola que albergaba la bobina de las cintas. Nunca se ha pedido ni sería razonable y, además, en un sistema como el que nos ocupa, obligaría a suspender todas las escuchas en curso mientras el macro disco duro se encuentra en las instalaciones judiciales.

El contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, gozan de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario. Se trata de documentos cuya fuerza probatoria es indiscutible y así se admite por la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo cumplimentariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318 ), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad ( artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil ). En estos casos la ley contempla la posibilidad de llevar a los autos el original, copia o certificación del documento con

los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios.

En todo caso, consideramos que estas disposiciones establecidas en el ámbito de un conflicto privado no obligan a traer como original todo el sistema informático centralizado. El sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fé pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas.

No se puede pretender, como ya se ha dicho, que se aporte el ordenador central como documento original. Está abierta, sin restricciones, la posibilidad de negar la autenticidad de los contenidos del DVD. Si se impugna su veracidad, nos situamos, según se ha dicho, ante una pericia contradictoria que permite, con los actuales sistemas, realizar una auditoría informática que dadas las posibilidades y perfeccionamiento técnico permite supervisar el funcionamiento del sistema y sus posibles manipulaciones. Esto es aplicable a los puertos centrales del sistema SITEL y a todos los sistemas centralizados de cualquier otro organismo oficial como el actual sistema del Registro de la Propiedad, a los ordenadores centrales de la Agencia Tributaria o de entidades financieras como los grandes bancos o las empresas de suministro de servicios telefónicos, eléctricos o de gas. Conviene recordar que en el supuesto de impugnación de un asiento del Registro de la Propiedad, hoy día informatizado, esta prohibido por la Ley y el Reglamento Hipotecario que los libros salgan de las oficinas registrales por lo que la pericia contradictoria habrá de hacerse sobre las bases de funcionamiento del sistema.

Cuando se alega la falta de control judicial de las escuchas por no haberse aportado los soportes originales, hay que hacer constar que los agentes policiales manifiestan que las grabaciones se realizaron en el disco duro del servidor central de donde se pasan, mediante volcaje, a los DVD que se remiten al juzgado. Lo verdaderamente esencial radica en que el juez conozca el contenido del curso de las escuchas. Las referencias jurisprudenciales a las cintas magnetofónicas se hacían en función de la tecnología aplicable en épocas anteriores para grabar las escuchas. Las tecnologías han avanzado, por lo que las cintas pueden ser sustituidas por cualquier otro medio. Lo sustancial es la autenticación de las grabaciones y la posibilidad de conocer su contenido en un soporte (en este caso DVD) que las refleje.

El sistema SITEL no exige la presencia permanente de una persona escuchando en tiempo real las conversaciones intervenidas. Su tecnología permite sustituir esa presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas.

La autenticidad del contenido de los discos está fuera de discusión. Si en alguna ocasión las partes personadas estiman que los discos depositarios de la grabación no responden a la realidad, deberán explicar suficientemente en que basan su sospecha, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo a los funcionarios que se encargan del control del sistema SITEL .

El Reglamento que desarrolla la Ley de Protección de Datos, publicado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre, dedica especial atención a las medidas de seguridad de los sistemas informáticos que pueden almacenar datos, que clasifica según su mayor o menor intensidad. El Reglamento contempla medidas de seguridad de nivel alto, que describe en el artículo 101 al disponer que la identificación de los soportes se deberá realizar utilizando sistemas de etiquetado comprensibles y con significado que permita a los usuarios con acceso autorizado a los citados soportes y documentos identificar su contenido y que dificulten la identificación para el resto de las personas. Estas medidas de seguridad están previstas y son parte de las garantías que ofrece SITEL . No es exigible, en todo caso, el cifrado de los datos ya que permite utilizar otro mecanismo que garantice que dicha información no sea accesible o manipulada durante su transporte. El artículo 104 insiste en las mismas previsiones, considerando de alta seguridad, tanto el cifrado como cualquier otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible o manipulada por terceros."

Por su parte esta Sala también ha dicho (STS. 12-11-2009, nº 1114/2009 ) que "respecto del actual sistema informático SITEL , también carece de razón el recurrente, si se entendiera que la operativa seguida en este proceso con entrega de un CD con el archivo sonoro certificado digitalmente afecta al derecho fundamental a un proceso debido con todas las garantías, porque los presupuestos de la jurisprudencia citada han cambiado radicalmente en cuanto han desaparecido las grabaciones analógicas en cintas máster, de forma que no puede hablarse de ausencia de grabaciones originales aportadas al Juzgado, como explicará más adelante, por el hecho de disponer de un CD con el archivo sonoro procedente del servidor central de la Dirección General de la Guardia Civil y Policía certificado

*digitalmente, ya que éste ha de considerarse archivo original, con independencia de que se conserve el archivo sonoro matriz en el disco duro del servidor citado.*

*Por otra parte, la posibilidad de efectuar una auditoría informática, sobre la integridad del sistema, está siempre presente. Los responsables del sistema SITEL recalcan que la entidad " AC Camerfirma " es la entidad de certificación que garantiza la integridad de las grabaciones efectuadas con el sistema, tanto por la Guardia Civil como por la Policía Nacional, y que aquéllas, caso de ponerse en duda por alguna parte del procedimiento pueden contrastarse con los datos que estén en posesión de las operadoras".*

*De esta suerte cabe concluir que el Sistema SITEL cumplimenta las garantías exigidas por la norma constitucional y su utilización no vulnera derecho fundamental alguno de las personas investigadas, si bien el propio Tribunal Supremo ya ha expuesto determinadas cautelas, y así en su Sentencia de 12 de marzo de 2013, estableció que la legitimidad del sistema no excluía la necesidad de que, dada su naturaleza invasiva e incisiva, por los tribunales se adopten medidas encauzadas a la destrucción de las grabaciones una vez que ya no se precisen para operar probatoriamente en la causa, adoptando las necesarias cautelas para evitar el almacenamiento masivo de datos relativos a la actividad de una pluralidad de personas. "es por ello que los tribunales en la causas en que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, deberán acordar de oficio en sus sentencia la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las entregadas a la autoridad judicial y verificando en ejecución de sentencia una vez firme que tal destrucción se ha producido"*

*Cautelas que, además, se han de extremar una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha invalidado en Sentencia de fecha 8 de abril de 2014 la Directiva 2006/24/CE, que afecta a la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, pero que en ningún caso afecta al hecho mismo de la interceptación de las comunicaciones.*

*Por tanto, y dejando al margen la posible inadecuada ubicación de los CDs originales, no han aportado las defensas indicio alguno que permita dudar, no sólo de que dichos grabaciones son las originales, que de las mismas, como ya dijimos, se expidió copia a las partes, y que, y este aspecto es el más relevante, que estas grabaciones originales son las que han sido oídas en el juicio. En resumen para poder dar por cierta la manipulación del*

sistema SITEL, es decir las grabaciones contenidas en el servidor central, se ha de exigir un plus probatorio que no se ha practicado en la vista, más allá de las dudas, tan legítimas como interesadas, planteadas por las defensas.

Y es que como señala la Sentencia de 6 de octubre de 2014:

*"Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de lo que se ha denominado «la "mismidad" de la prueba» ( STS 1190/2009, de 3 diciembre ). A tal respecto, se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia, y en su caso, se destruye.*

*También hemos dicho que no basta sospecha sino evidencia de tal ruptura de la cadena de custodia . La STS 709/2013, de 10 de octubre , declara que debe exigirse prueba de la manipulación de la cadena de custodia y no la mera posibilidad".*

#### **SEPTIMO.- SOBRE LA NULIDAD DE LAS DETENCIONES**

Se invoca por las defensas la nulidad de las detenciones de María Luisa Blanco y Francisco Rodríguez-Batllori, entendiendo que las mismas se practicaron en ausencia de una resolución judicial que la ordenara, sin que se discuta, más allá de la evidente petición de absolución, la existencia, en aquel momento de la detención, de indicios de la comisión de un delito.

El derecho fundamental a la libertad, consagrado en el artículo 17 de la Constitución sólo es susceptible de ser restringido en los casos y en la forma prevista en la ley supuestos en los que la privación de libertad por el funcionario de policía aparecerá justificada. La privación de libertad sólo puede ser procedente cuando se ampare en un título legalmente establecido (artículos 5 y 8 del Convenio de Europeo de Derechos Humanos y artículo 17 la Constitución que proclaman el derecho a la libertad de la que nadie puede ser privado "salvo los casos y en la forma prevista la ley"). El ordenamiento jurídico prevé situaciones en la que los funcionarios de policía puede privar a una persona de su libertad deambulatoria, regulándose esas respectivas restricciones en las leyes procesales penales, artículos 489 y siguientes, y en el curso de un procedimiento penal abierto así el artículo

492 obliga al policía a detener al que estuviere procesado por delito y en el artículo 497 que regula la puesta a disposición del detenido distingue según la detención se haya acordado por el Juez o Tribunal que conoce la causa o por los Funcionarios de Policía; no se exige en este último caso como presupuesto que exista un auto habilitante que acuerde la medida cautelar personal de privación de libertad y ello no es incompatible con la dependencia funcional del Juez de Instrucción( artículo 550 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En el caso de autos nos encontramos con una instrucción muy compleja no solo por los hechos objeto de investigación sino también porque existen múltiples imputados, y en la que el Juez a quo encomienda a la Policía Judicial diligencias de investigación, entre otras las observaciones telefónicas, y es en el curso de esta cuando los funcionarios de policía acuerdan la detención de quienes plantean la nulidad de las mismas y de otros imputados por motivos de oportunidad y por no perjudicar la instrucción, estando no solo amparados sino obligados por lo dispuesto en el artículo 492 de Ley Procesal poniéndolo de inmediato en conocimiento del Juez y pasándolo a su disposición previamente instruido de sus derechos, del motivo de la detención y asistido del Sr. Letrado designado por el imputado para su defensa. Y es que no sólo cumplieron estas prevenciones, sino que incluso ya anunciaron la detención en su oficio policial, folio 1384.

En cualquier caso cualquier duda queda despejada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2013:

*En el caso concreto el tribunal de instancia razona sobre la discrepancia entre el oficio policial -en el que se solicitaba mandamiento de entrada y registro- y el auto -que solo autorizó-, en el sentido de que "aunque el auto dictado al efecto no hablaba de detención , se procedió a practicar ésta, como consta reseñado expresamente en la diligencia extendida por la Secretaría Judicial. No obstante, la pretensión anulatoria formulada por tal motivo carece de sentido y razón, pues, efectivamente la policía anunció al Juzgado que iba a proceder a la detención de Belarmino , pero en modo alguno condicionada ésta a la autorización de la Juez Instructora, entre otras cosas, porque, " a diferencia de lo que requería el registro, no la necesitaba".*

*La autoridad o agente de la policía Judicial debe detener, entre otros casos previstos en el art. 492 LECrim, al no procesado si existen motivos bastantes y racionales para creer que se ha cometido un delito y que la persona a detener ha sido participe en el mismo.*

Por tanto, la policía Judicial -dice la STS. 1277/2006 de 21.12 - está facultada para practicar detenciones , sin distinguir si se han iniciado diligencias judiciales o no, siempre que el juez instructor de forma expresa no haya limitado a la policía tal facultad. En concreto tres son las competencias: perseguir e investigar el delito y sus circunstancias; descubrir y asegurar o detener a los sospechosos; y poner los resultados de la investigación y a los presuntos autores de los delitos a disposición del juez o tribunal que haya de conocer del asunto. El respaldo normativo, es abrumador e incontestable, debiendo citar las siguientes disposiciones legales:

a) el art. 126 de la Constitución española concreta las dos principales funciones de la policía judicial: averiguación del delito y aseguramiento del delincuente.

b) a este mismo aseguramiento se refiere al art. 443 L.O.P.J . y los arts. 4 y 5 del Real Decreto 769/1987 de 19 de junio sobre regulación de la policía judicial.

c) la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, al señalar las funciones policiales en cuyo art. 11.1.g ) utiliza el término detención para definir una de las misiones fundamentales del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil.

d) el art. 282 L.E.Cr ., establece que tanto los delincuentes "descubiertos" como los efectos e instrumentos de prueba del delito deben ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente, lo que necesariamente supone la previa detención del autor.

e) el art. 292 L.E.Cr . atribuye a los funcionarios de policía judicial la obligación de formalizar por escrito un atestado de las diligencias por ellos practicadas con ocasión de un acontecimiento delictivo, en el que deben hacerse constar con la mayor exactitud los hechos averiguados, las declaraciones de los testigos y presuntos autores, las informaciones recibidas, el resto de las circunstancias observadas y detenciones practicadas; actuaciones todas que no podrían llevarse a cabo sin la previa detención .

En el caso actual la detención del acusado se acuerda por la policía al inicio del primero de los dos registros autorizados por el auto judicial -el que se iba a practicar en el Club- y tal medida estaba justificada por el delito investigado -contra la salud pública- y la posibilidad -en absoluto no descartable- de que el acusado pudiese voluntariamente ausentarse de ese registro para ir a su domicilio y ocultar las pruebas y efectos del delito que efectivamente se encontraron en el segundo de los registros".

Cuestión distinta es que estemos de acuerdo con la forma en que se produjo la de Francisco Rodríguez-Batllori, y el amplio despliegue tipográfico del que fue objetó, más estas objeciones no determinan en modo alguno su nulidad. Dicho sea de paso ni este, ni María Luisa Blanco solicitaron habeas corpus.

#### **OCTAVO.- SOBRE LA NULIDAD DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO**

Se indica igualmente la nulidad de la diligencia de entrada y registro en la celda ocupada por el acusado Dimas Martín en la prisión de Tahiche el 25 de mayo de 2009, petición basada en la ausencia de aquel en la práctica del registro y por su práctica en ausencia de letrado.

El primer motivo ha de ser desterrado de plano pues no sólo los Agentes intervinientes afirmaron que el acusado (en aquel momento imputado) se encontraba presente en todo momento, sino que esta presencia la confirma el acta de entrada y registro, folio 1203.

Respecto de la ausencia de letrado recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2014 dice:

*"Lo que no se exige necesariamente es la asistencia de letrado. Esta asistencia es imprescindible para otorgar validez al consentimiento del imputado detenido como causa que autorice el registro, pero cuando éste se realiza con autorización judicial, y con la garantía de la fe pública que otorga la presencia del secretario judicial, la asistencia del Letrado del imputado no es imprescindible. La urgencia del registro para evitar la ocultación de pruebas impide ordinariamente esperar a que pueda designarse y constituirse la defensa letrada ( STS 262/2006, de 14 de marzo ).*

*La justificación última de la doctrina jurisprudencial que no exige la presencia del Letrado se encuentra en la urgencia de la medida, dado que la eficacia de una entrada y registro descansa en que el sujeto de la misma la ignore hasta el mismo momento de su práctica, y por ello el art. 566 Lecrim previene la notificación del auto al interesado en dicho momento. La urgencia puede impedir la designación y comparecencia del letrado con tiempo suficiente para asistir a la diligencia, debiéndose evitar la posible desaparición de las pruebas, vestigios y efectos del delito por parte de personas afines al detenido, que es factible que se produzca desde que conozcan su detención. Por ello se estima que la autorización judicial tutela suficientemente el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, el carácter judicial de la diligencia y la presencia del secretario judicial tutelan la legalidad de*

su práctica y garantizan la fiabilidad del contenido del acta y la presencia del interesado asegura la contradicción, sin que resulte imprescindible la presencia letrada en la diligencia para garantizar los derechos fundamentales del detenido, y concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías. Esta doctrina jurisprudencial se reitera, entre otras, en las SSTS 1116/98 de 30 de septiembre, 697/2003, de 16 de mayo, 1134/09, de 17 de noviembre, 590/2010, de 2 de junio, 953/2010, de 27 de octubre y STS1078 /2011, de 24 de octubre”.

Y más sintéticamente la de 1 de abril de 2014 dice:

“La presencia de un abogado en el registro no aparece dispuesta en la Ley procesal para esta diligencia al no tratarse de una diligencia personal que requiera la asistencia letrada”.

#### **NOVENO.- SOBRE LA FALTA DE FIRMA EN LAS RESOLUCIONES Y ACCESO A LOS TESTIMONIOS**

Se afirma igualmente la nulidad del procedimiento por la ausencia de firma en determinadas resoluciones, que en lo que afecta a la presente pieza separada las defensas han concretado en los autos de de 25, 29 y 30 de mayo de 2009 obrantes a los folios 1306, 1302 y 1310 respectivamente y en los que la incomunicación de Dimas Martín, la detención de José Miguel Rodríguez y la prisión de Dimas Martín, lo cierto es que de nuevo las partes no señalan que tipo de indefensión se ha ocasionado con la omisión de la firma (tal es así que la defensa de José Miguel no opuso reparo) y en cualquier caso esta omisión de firma podría haber dado lugar, a lo sumo a declarar ineficaces estos actos, que en modo alguno vician el procedimiento (entiéndase esta pieza separada sin que estas conclusiones, como el resto de las que estamos haciendo, puedan extrapolarse ni al procedimiento principal ni al resto de piezas separadas)

Se denuncia igualmente la falta de firma en la providencia de fecha 19 de enero de 2010, folio 1384, que es la que acordó la unión al procedimiento del atestado 9/2010, atestado que se identifica como el inicio de la denominada “Operación Jable” y por ende de esta pieza separa, que se inició por el auto de fecha 10 de febrero de 2012. De nuevo debemos reiterar la ausencia de nulidad alguna, ya el propio Magistrado instructor anunció la posibilidad de que se hubiera exrapapelado alguna firma en las providencias, resolución de mero trámite y que se limita al impulso procesal, pero lo que es mas importante, lo que no señala el Magistrado instructor (El que se hizo cargo de la investigación en su inicio) es que desconociera el contenido de este atestado, y tal era su conocimiento

que a raíz del mismo se ordebaron y practicaron múltiples diligencias ordenadas personalmente por el Mismo, y tal era el conocimiento judicial de este atestado (tanto del inicial Instructor como de las Magistrados que le sustituyeron) que se incoó la pieza que ahora nos ocupa, resolución, dicho sea de paso, que no fue recurrida por parte alguna. Por cierto en dicho atestado se anunciaban como diligencias a practicar, folio 1384, la toma de declaración como detenidos de las personas investigadas, Dimas Martín, José Miguel Rodríguez y Francisco Rodríguez-Batlloiri, sin que por parte del Magistrado instructor se opusiera reparo alguno a esta detención, como antes dijimos

Por fin se invocó por la defensa de Plácida Guerra la indefensión basada en que el Ministerio Fiscal tenía conocimiento integro de las diligencias previas 697/08 de las que esta pieza se separó por lo que tuvo oportunidad de conocer en su integridad las mismas y por lo tanto interesar los testimonios que tuviera por conveniente para su adición a esta pieza, oportunidad que dicha parte no ha tenido al no estar personada en la pieza principal.

Señalemos que los testimonios interesados por dicha parte son idénticos a los interesados por la defensa de Dimas Martrín, del mismo modo que es idéntica la impugnación documental efectuada, y esta no se una mención baladí y es que como consta al folio 5278, el reseñado Dimas Martin figura como imputado en otras piezas, por lo que la guía ofrecida, en el momento de señalar los testimonios, podría mitigar esta pretendida (e inexistente) indefensión.

Señalar, por otro lado, que no existe resolución alguna en la que se hubiera denegado a dicha parte, bien el examen de la causa principal (o cualquiera de sus piezas separadas), cierto es que desconocemos el contenido de aquellos procedimientos (aún cuando se intento por alguna de las defensas la incorporación a la presente causa de la totalidad de la pieza principal), pero no lo es menos que de haber existido esta denegación la parte lo hubiera manifestado

Recordemos, con la Sentencia de 22 de octubre de 2014 que:

*"Recuerda, asimismo, el Tribunal Constitucional (Cfr. Sentencia 136/2007, de 4 de junio ) que el derecho a la prueba no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas propuestas, sino sólo de aquellas que sean pertinentes para la resolución del recurso y que es necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente por ser aquélla decisiva en términos de defensa, lo que exige*

que el recurrente haya alegado su indefensión material en la demanda de amparo y que debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta ( SSTC 26/2000, de 31 de enero ; 165/2001, de 16 de julio ; 133/2003, de 30 de junio ; 129/2005, de 23 de mayo ; 244/2005, de 10 de octubre ; 308/2005, de 12 de diciembre )"

Y con ese mismo criterio se ha pronunciado esta Sala como es exponente la Sentencia 604/2007, de 25 de junio, en la que se declara que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes reconocido en el art. 24.2 CE no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi ya que la opinión contraria, no sólo iría contra el tenor literal del art. 24.2 CE , sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad.

Por último, el alcance de esta garantía constitucional exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante; ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente".

Así la queja de indefensión de dicha parte carece de sustento alguno.

#### **DECIMO.- SOBRE LOS DELITOS OBJETO DE ACUSACION**

Sostienen las acusaciones, la comisión de delitos de prevaricación, malversación, fraude y falsificación en documento mercantil.

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

"Es doctrina de esta Sala, SSTS 310/2003 de 7 de Marzo, 867/2013 de 22 de Septiembre y 9 de Junio de 2007, que los delitos de malversación, prevaricación y de falsedad documental están en relación de concurso de delitos y no de normas, ya que se integran por acciones diferentes que

*atentan a bienes jurídicos distintos y autónomos, y ninguno de los tres tipos penales aplicados extiende su protección al del otro, por lo que cuando además de la apropiación indebida de los caudales públicos, pues en definitiva el delito de malversación es un delito de apropiación indebida cualificado por la condición pública de los caudales distraídos, concurre una falsedad documental, deben penarse ambos delitos, bien que de acuerdo con las normas del concurso ideal, y si a ello se añade una resolución administrativa prevaricadora existirá, como es el caso actual, un concurso ideal de tres delitos.*

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

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

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

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

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

*“El artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su*

*cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro, equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios. En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las prevista atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga".*

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

Comencemos el análisis de estos tipos resolviendo los impedimentos puestos por las defensas respecto de esta calificación. Así en sus informes las defensas de Francisco Rodríguez-Batllori y Rafael Elorrieta señalaron, afirmándose en la inocencia de sus patrocinados, respectivamente la no condición de efectos públicos de los fondos manejados por Inalsa, con apoyo en la Sentencia de 7 de octubre de 2014 y con apoyo en la de 18 de noviembre de 2013 se afirma que el delito de malversación consumía al de fraude.

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

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 28 de febrero de 2014, recuerda:

*"La naturaleza jurídica de los caudales de las empresas públicas es materia controvertida. Su claro e indisimulable componente mercantil convive con el control que sobre ellas ejerce la Administración, en este caso autonómica. Se impone un esfuerzo de diferenciación entre la variada*

tipología de empresas públicas para alcanzar una conclusión sobre la condición de caudales públicos o no de sus fondos y patrimonio. Como es sabido en el horizonte actual proliferan en virtud del fenómeno ya aludido plásticamente bautizado como "huida del derecho administrativo": se busca la agilidad y operatividad del derecho privado y mercantil escapando de la rigidez y esquemas burocratizados de la actividad administrativa. El intervencionismo del Estado en la economía mediante actividades de esa naturaleza se realiza a través de organismos autónomos o de empresas públicas que también asumen funciones propias del órgano público. Las empresas públicas a su vez pueden ser sociedades de exclusivo capital público o sociedades de economía mixta en las que la Administración solo tiene una participación".

Parece oportuno transcribir la Sentencia de 7 de octubre de 2014:

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas , señala "1.- En tanto legalmente no se disponga otra cosa acerca de la definición de Empresas públicas, [...] tendrán aquella consideración:

a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de sus Organismos Autónomos.

b) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado".

Concurren al diseño jurídico otras normas: el art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre que define el Sector público estatal, o la disposición adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y funcionamiento de la administración General del Estado , modificada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Tal disposición introduce unas peculiaridades en el régimen de las sociedades mercantiles estatales.

Al estar ante una empresa surgida en el ámbito autonómico esas referencias estatales tienen solo un valor relativo. Es el ordenamiento autonómico el que debe ser escrutado para decidir la cuestión debatida que no está condicionada en absoluto por el hecho de que las empresas públicas se rijan por normas de derecho privado, actuando en el tráfico mercantil y las normas de derecho

administrativo resulten inoperantes para el cumplimiento de sus fines. La pureza conceptual de otras ramas del ordenamiento se diluye en el derecho penal en función de los intereses tutelados.

Las empresas públicas mercantiles son parte del sector público como se sostiene el art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y, en su ámbito, el art. 2 de la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre. Si las cuentas de las empresas públicas pueden ser fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas al estar aquellas, inequívocamente incluidas en el sector público, también les alcanzará la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran sus administradores.

Los argumentos relativos al control de las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, son predicables respecto de las sociedades mercantiles públicas. Jurídicamente la distinción se relativiza: ambas son conceptuadas como empresas públicas.

Sin embargo existen diferencias de relevancia entre unas y otras que para algunos implican la imposibilidad de asimilación. En las sociedades mercantiles, el Derecho privado despliega una mayor influencia bajo la forma societaria anónima. Ese influjo opera de manera distinta según la participación pública en el capital de la sociedad sea exclusiva o simplemente mayoritaria. Esto arrastrará consecuencias en la determinación de la naturaleza de sus fondos.

Respecto de estas sociedades, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, negó en algún lejano precedente el carácter público de su capital, bienes y mercancías, argumentando que la naturaleza de la sociedad es esencialmente mercantil y persigue una finalidad lucrativa, por lo que "no hay razón alguna para hablar de caudales públicos" ( STS de 13 de marzo de 1992 ): "[Se trata de] una sociedad mercantil concesionaria de un monopolio, con un fin lucrativo, gestionada mercantilmente y obtiene unos beneficios de los que tiene que abonar al Estado, a cambio de la concesión exclusiva, una parte y en sus órganos rectores hay una representación del Estado para velar por el cumplimiento del contrato y supervisar los resultados económicos. Y eso es todo y no es suficiente para atribuir a sus bienes, géneros comerciales, capital e ingresos el carácter de caudales públicos. Los pagos que se le hacen no se ingresan directamente en el Tesoro, ni los pagos que ella hace salen de las arcas públicas sino de su tesorería comercial como cualquier otra empresa mercantil. Sus géneros no están en un inventario público".

Pero en la doctrina se manejan otros parámetros. Unos de tipo funcional. Otros de realidad jurídica subyacente. Lo que podría privar del carácter público a los caudales de la sociedad no es tanto la naturaleza mercantil de la sociedad sino su condición específica de sociedad anónima que comporta una diferenciación de personalidad jurídica. Eso conduce a convertir en difícilmente admisible que los fondos de las sociedades de economía mixta controladas por el Estado -aunque sean empresa pública- puedan considerarse públicos. Hay participación privada. La sociedad anónima es una sociedad siempre capitalista en la que apenas interesan las condiciones personales de los socios sino su participación en el capital social. En la sociedad anónima patrimonio y capital son conceptos diferenciados: Aquél es el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social, no a los socios. El capital social es la suma escriturada de los valores nominales de las acciones. Sólo coincide necesariamente con el patrimonio en el momento fundacional. La sociedad anónima es una persona jurídica independiente de los socios. Por ello, la naturaleza jurídica del capital, que su origen determina, no mediatiza la naturaleza del patrimonio de la sociedad o, dicho de otro modo, el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea. El Estado puede tener la condición de socio y, con ella, independientemente de que sea o no el socio mayoritario, determinados derechos. Pero los fondos de la Sociedad no son del Estado o Administración.

Ahora bien cuando las Administraciones públicas utilizan la forma de la sociedad anónima de exclusivo capital público para la gestión de determinadas funciones y servicios cambia sustancialmente la perspectiva y el argumento aducido sería artificioso. El hecho de que el capital de la sociedad esté íntegramente desembolsado por el Estado, modifica ontológicamente la situación descrita respecto de las sociedades de economía mixta con capital público, mayoritario o no. De este modo si podría considerarse irrelevante para establecer la naturaleza de los caudales el que la participación pública sea mayoritaria o minoritaria, que se trate de una sociedad con exclusivo capital público sí resulta decisivo. Se produce una identidad entre patrimonio social y patrimonio del socio. En estas empresas de capital exclusivamente público, la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades con capital totalmente público guarden una gran semejanza con los de las entidades de derecho público.

Aunque formalmente los patrimonios no se confunden, resulta imposible mantener la naturaleza privada de los

*fondos de la sociedad, dado que, a diferencia de las sociedades mayoritariamente participadas por el Estado, el destino de todos sus caudales es el Erario público, con lo que ha de sostenerse que, la naturaleza de dichos fondos es pública.*

*Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente público.*

*Así pues, dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados no puede identificarse éste con el concepto de caudales públicos. ( SSTs de 13 de marzo o 15 de diciembre de 1992 )*

*Ahora bien en relación a sociedades con exclusiva participación pública, el capital de la Compañía se identifica con el particular del accionista, es decir la Administración, con la consecuencia de poder considerarse el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación .*

*La jurisprudencia en algún caso ha alentado esa visión, no en relación a sociedades estatales con capital exclusivamente público, pero sí en el ámbito local. La STS de 5 de febrero de 1993 , considera públicos a efectos penales los fondos de las sociedades municipales o provinciales, aunque es justo reconocer que lo hace en atención, no solamente a que su capital sea exclusivamente público, sino a que los órganos de la sociedad vienen determinados por las normas de Derecho Administrativo y no por las de Derecho Privado y porque, además, desarrollan funciones públicas. Al hilo de la argumentación se contiene una interesante afirmación: "si estos entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el capital por ella manejado pertenezca al ente público matriz, los fondos de aquélla son fondos públicos".*

*Se apoya esta defensa además de en la transcrita Sentencia, tanto en la declaración de concurso de esta mercantil, declaración que no es posible respecto de las empresas públicas, conforme declara el artículo 1.3 de la Ley Concursal, y en segundo lugar en la falta de prueba de la acusación (en este caso solo el Ministerio Fiscal) sobre la composición del capital social de Inalsa.*

*Es evidente y la repetida Sentencia lo expone claramente, que sea cual sea la forma societaria escogida,*

lo relevante es la conformación del capital social, recordemos *"Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente público"*. Y en este sentido poco nos importa, si concluimos que el capital social se nutre en exclusiva de fondos públicos, la situación de concurso de la citada sociedad, o en su reverso, que haya sido auditada por el Tribunal de Cuentas si en el capital también concurren fondos privados.

La cuestión siendo sin duda relevante, pues supondría la exclusión de la actividad delictiva respecto de la repetida mercantil (al menos por lo que hace a la parte que lo propone), tiene una sencilla solución, basta con acudir a la documental obrante a los folios 3163 y siguientes (Estatutos de Inalsa) y 3185 y siguientes (Estatutos del Consorcio de Aguas de Lanzarote), cuya incorporación interesó el Ministerio Fiscal como diligencia complementaria.

En los Estatutos de Inalsa encontramos en su artículo 2 que su objeto social se dirige a *"...la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote"*, en el artículo 7 *"El Capital Social es de 10 millones de pesetas, dividido en 50 acciones de 200.000 pesetas de valor nominal cada una.."*, en el artículo 9 *"Dado el objeto social y las características de la Sociedad, las acciones no son transferibles, salvo los supuestos de modificación de de la sociedad en una de carácter mixto o de gestión indirecta del servicio público gestionado"*. Y en el artículo 11 *"La Junta General, órgano soberano de la sociedad tiene la misma composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote"*.

A su vez de los Estatutos del Consorcio debemos destacar, artículo 1 *"Se constituye un consorcio entre el Cabildo y los Ayuntamientos de Arrecife, Haria, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza para la instalación y gestión de los servicios de interés local a que se refiere el artículo 4"*. En el artículo 2 se lee *"El Consorcio sustituirá a las Corporaciones que lo integran en el cumplimiento de los fines señalados en estos Estatutos y podrá crear una empresa privada, previos los trámites necesarios que adoptará la forma de Sociedad Anónima...El Consorcio será el propietario exclusivo del capital de la empresa y asumirá las funciones de Junta General de la Sociedad"*. Por fin en el artículo 10 se dice *"La Asamblea General estará compuesta por el Presidente del Cabildo y los Alcaldes de los Municipios de la Isla integrados en el Consorcio. El número de votos de cada miembro de la*

*Asamblea será proporcional a la aportación económica de cada una de las Corporaciones Locales."*

A la vista de estos Estatutos es más que palmario que el capital social de Inalsa se nutre en exclusiva de las aportaciones del Cabildo Insular de Lanzarote y de los municipios, y es más que evidente, y si se quisiera negar la evidencia, el Título Preliminar de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local apoyaría esta evidencia, al señalar que tanto los Cabildos Insulares como los Municipios se constituyen como Administraciones Públicas de carácter territorial, en consecuencia queda demostrado el carácter de públicos de los fondos manejados por Inalsa y de los que salieron las distintas retribuciones efectuadas a Francisco Rodríguez-Batllori.

**UNDECIMO.-** Por lo que hace a la compatibilidad entre los delitos de malversación y fraude, la invocada sentencia de 18 de noviembre de 2013 señala:

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

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

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

*1) STS 566/1995 de 16 de febrero. En ella se precisa la naturaleza jurídica del delito de fraude, tratando de delimitar el momento consumativo como delito de simple*

actividad que es. La proclamación efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito, por lo que no sería necesaria para la existencia del delito consumado.

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

3) La STS n° 257/2003 de 18 de enero, se limita a remitirse a la precedente de 2.002.

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

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

El motivo debe estimarse

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

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

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

vez que la relación entre ambas normas penales es -como tenemos dicho- de progresión cuantitativa.

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

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

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

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

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

2. Al recurrente no le falta razón según demuestra en la amplia fundamentación que desarrolla, que por cierto

pone el acento en la naturaleza de la conducta de participación en el hecho de otro (cooperación necesaria).

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

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

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

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

Lo pusimos de manifiesto en la STS 166/2014 de 28 de febrero en la que dijimos que la anterior Sentencia, la 841/2013, abre una brecha en lo que parecía -solo parecía- doctrina consolidada. Pero salva expresamente los

precedentes jurisprudenciales. Habría concurso de delitos cuando hay operaciones diferenciadas: junto a las que culminan con la apropiación o desvío de fondos (delito de malversación) otras abortadas en un estadio anterior, que por sí solas conformarían el fraude como delito autónomo.

Esa tesis presenta algún flanco débil. Significaría que cuando hay pluralidad de operaciones sería más leve el castigo (solo un delito de malversación continuado) si en todas las operaciones se hubiese alcanzado el fin ilegítimo pretendido; frente a los casos en que algunas quedaron frustradas (lo que en principio supone un menor desvalor), en que reaparecería el delito de fraude, como acto previo de la malversación no alcanzada. Doble penalidad cuando el desvalor es inferior. Esa secuela por su incomprendibilidad merece una reflexión.

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

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

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consume con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido

reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida, (STS. 16.2.1995).

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

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

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

En principio ambos delitos pueden concurrir pues el ámbito respectivo no produce solapamiento alguno que sí existiría por ejemplo, con respecto al delito de fraude y de estafa a la administración. En este supuesto existe una doble previsión legal respecto a la maquinación, típica de la estafa y del fraude, supuesta la concurrencia de los demás elementos típicos. Esa doble previsión actúa como fundamento de un concurso aparente de normas.

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

La malversación no requiere engaño, maquinación o artificio en la disposición. Su concurrencia no aparece en la tipicidad de la malversación, por lo que es factible la subsunción en el delito de fraude, usar artificios, maquinaciones, para defraudar al Estado y en el delito de malversación cuando se produce la sustracción. Se trata de

una conducta de mera actividad que no requiera la efectiva despatrimonialización por lo que su concurrencia dará lugar a otra tipicidad, en este caso en la malversación , bien entendido que, como antes se señaló, puede producirse esa progresión que el recurrente postula en los supuestos de malversación por consentimiento y la modalidad de favorecer por connivencia, supuesto que no es el concurrente es el caso de esta casación”.

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

**UNDECIMO.**- Por lo que hace a la prevaricación, resulta especialmente adecuada al caso sometido a nuestra consideración la transcripción parcial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2014 que señala:

“Como decíamos en la STS 18/2014, 23 de enero , con citación de otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación:

- 1) el servicio prioritario a los intereses generales;
- 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y
- 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE).

Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. El delito de prevaricación , por otro lado, no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona.

Asimismo, una Jurisprudencia reiterada de esta Sala - STS 1021/2013, de 26 de noviembre , 743/2013, de 11 de octubre , con citación de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será

necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho".

Esta misma sentencia y respecto a lo que se ha de entender como resolución señala:

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

La repetida sentencia aclara el concepto de arbitrariedad

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

Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de

la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable".

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

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

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

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

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

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

"....Se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa....".

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

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

Existió un evidente daño a la causa pública .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Y asimismo recuerda que según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad, la simulación consistente en la completa creación «ex novo» de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno (Sentencias 1212/2004, de 28 de octubre, 1345/2005, de 14 de octubre; 37/2006, 25 de enero; 298/2006, de 8 de marzo ). Se añade en esta Sentencia que la despenalización que la decisión del legislador adoptó en 1995 respecto a faltar a la verdad en la narración de los hechos, como delito de falsedad, con relación al comportamiento de los particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles ha de restringirse a la razón de tal proceder. Antes de nada, conviene señalar que no habrá falsedad cuando el documento no tenga vocación para entrar en el tráfico jurídico, de modo que se trate de afirmaciones dirigidas a otros ámbitos de la vida social, de mero contenido personal, familiar o afectivo, en donde no exista ninguna necesidad de hacer entrar al derecho penal para depurar las posibles discrepancias entre la verdad o la falta de ella. Sin embargo, la destipificación de la denominada falsedad ideológica operada por particulares en documentos de la clase que hemos citado anteriormente (fuera de los estrictamente privados), ha de interpretarse bajo otros parámetros, pues su vocación jurídica es incuestionable y la narración de la verdad afecta en consecuencia a la correcta aplicación de las normas jurídicas que rigen las relaciones intersubjetivas entre las partes, dada su función probatoria, o de la sociedad con sus componentes individuales. Y claro es que el Estado no puede mantenerse ajeno cuando de la protección de la verdad se trata, como sustrato de aplicación de las leyes, pues ésta (la verdad) irradia justicia en la aplicación del Derecho. De modo que cuando se falte a la verdad en la narración de los hechos por un particular en un documento público, oficial o mercantil lo ha de ser con efecto de mera interpolación no esencial, es decir, un elemento falsario de estricta aportación personal, introducido mendazmente en un documento que, a su vez, debe ser auténtico, o verdadero, si se quiere. Por ejemplo, una falsa introducción de un dato que no es real (el precio, pongamos por caso), en una escritura de compraventa (documento público), otorgada por notario. Una manifestación mendaz en la obtención de una licencia administrativa o el suministro de un dato en una liquidación con trascendencia tributaria (documento oficial), o la intencionadamente errónea descripción de datos en una factura o en un contrato de adhesión (documentos mercantiles). Pero nunca, si no quedamos dejar vacío de contenido el número segundo del art. 390.1 del Código penal , podrá producirse la aludida atipicidad si lo que se lleva a cabo es una simulación completa del documento, de modo que, en apariencia, se trate de un

documento verdadero, siendo falso en su totalidad, o en su mayor parte, de manera que la mendacidad suponga simular "un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Es, pues, la mutación de la autenticidad, que no es más que el atributo máspreciado de la verdad, lo que confiere trascendencia penal a la conducta del autor. Cuando lo falso, se hace pasar por auténtico, induciendo, pues, a confusión a los demás, que es la razón de la penalización de este delito, ya que más que un pretendido derecho a lo verdadero (a la verdad, se ha dicho con frecuencia), existe un derecho a no ser sorprendido por la confusión de lo aparentemente existente como tal, por la confianza que los documentos generan en la ciudadanía cuando son suscritos por quien emite una declaración de voluntad o de constancia, de manera que si todo o la mayor parte ("en todo o en parte", dice la ley penal) induce a error sobre su autenticidad, existirá delito de falsedad del antedicho párrafo del artículo 390.1 del Código penal".

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

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

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

obligaciones de naturaleza comercial, finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes ( STS. 788/2006 de 22.6) ".

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

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

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

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

*misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24-9 ; 845/2007, de 31-10 ; 165/2010, de 18-2 ; y 309/2012, de 12-4 , entre otras)".*

### **DECIMOTERCERO.- SOBRE LAS PRUEBAS DE CARGO**

Sentadas las anteriores premisas jurisprudenciales ya anunciamos, como es de ver por el relato de hechos probados, que estimamos como acreditados los hechos objeto de acusación, y partimos de la base de que a la vista del currículum del acusado Francisco Rodríguez-Batllori, su contratación pudiera haber sido una decisión acertada, pero es que esta contratación era imposible (y partimos de la base que entendemos que no ha existido contrato alguno), pues en atención a su condición de funcionario, le estaba vedada la posibilidad de percibir retribuciones de más de una Administración pública, condición de funcionario acreditada por el certificado expedido por la Jefa del Servicio de Régimen y Registro de Personal de la Dirección General de la Función Pública del Gobierno de Canarias, folio 3014, en el que consta que el acusado ocupó como funcionario de carrera del Grupo A, Subgrupo A.1 del Cuerpo Superior de Administradores de la Escala de Administradores Generales entre el 18 de julio de 2003 y el 20 de octubre de 2008 el puesto de Jefe de Sección de Cajas de Ahorro de Canarias de la Dirección General del Tesoro y Política financiera y 29 de octubre de 2008 y 24 de febrero de 2010 ocupó un puesto singularizado en la Unidad de Apoyo al Viceconsejero de Justicia, y aún se demostraría como más acertada, cuando el Concejal de áreas tan sensibles como hacienda y urbanismo, ostentaba la condición de auxiliar administrativo o cuando la gerente de Inalsa tenía por profesión maestra, más esta simulada contratación fue ilegal, tanto la efectuada en el Ayuntamiento de Arrecife como de la Inalsa. En cualquier caso el currículum de Francisco Rodríguez-Batllori lejos de ser un apoyo a su teoría de defensa se constituye en una presunción en su contra y es que en atención a los cargos ocupados el mismo no podía desconocer (aún cuando sea adelantarnos un tanto en nuestra exposición), que en el ámbito de la contratos públicos esta vedada la contratación verbal.

Y esta imposible contratación del acusado Francisco Rodríguez-Batllori por parte de dos entidades públicas como lo son el Ayuntamiento de Arrecife y la entidad Insular de Aguas de Lanzarote S.A. (Inalsa), deviene de manera directa de lo dispuesto en los artículos 1, 2.1.b) y 3. de la Ley de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

A los meros efectos dialécticos pensemos que en realidad se efectuó la contratación, cierto es que el

artículo 95 de la Ley de Contratos del Sector Público señala cuando se trata de contratos menores (definidos en el artículo 122.3), que la tramitación (al igual que la adjudicación del contrato) del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, y en base a esta previsión legal las defensas entienden salvados los obstáculos de la ausencia de documento alguno que acredite la realidad de la contratación, pues entienden que no se supera la cuantía de 12.000 euros fijados por el citado 112.3 como límite para los otros contratos que no sean de obras, habiéndose aportado por el Ministerio Fiscal como cuestión previa al inicio del juicio esta documental, recordemos que al acusado Francisco Rodríguez-Batlloiri como consta en el certificado expedido por el Banco de Santander obrante al folio 3090 le fue transferidas desde el Ayuntamiento de Arrecife la cantidad total de 16.641,18 euros y desde Inalsa la cantidad total de 21.882,35 euros. Consta igualmente al folio 1681 Certificado expedido por el Interventor del Ayuntamiento de Arrecife de las cuantías (brutas) abonadas a Francisco Rodríguez-Batlloiri de 12.352,96 euros el 26 de agosto de 2008 y 7.411,76 euros el 30 de marzo de 2009, constando al folio 1863 certificado expedido por el Director de Inalsa el 3 de mayo de 2012 en el constan abonadas a dicho acusado las cantidades (hemos de suponer que brutas) de 18.677,64 euros en el año 2008 y 7.411,75 euros en el año 2009.

Por otra parte, la misma Ley, en su artículo 43, inserto en el Libro I *"Configuración general de la contratación del sector público"*, y más concretamente en el capítulo II *"Capacidad y solvencia del empresario"*, dentro del título II *"Partes del contrato"*, regula con carácter general los requisitos que han de cumplir quienes hayan de contratar con el sector público, disponiendo que *"sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta ley, se encuentren debidamente clasificadas. Deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato."*

Siendo estos los requisitos exigidos con carácter general por la Ley para contratar con el sector público, sin embargo la necesidad de su acreditación documental en el expediente de contratación está limitada en el artículo 130 (dentro del libro III, *"Selección del contratista y adjudicación de los contratos"*) a los supuestos de adjudicación mediante procedimiento abierto, restringido,

negociado, y diálogo competitivo, en los siguientes términos:

*Artículo 130. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos.*

*1. Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:*

*a) Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.*

*b) Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.*

*c) Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar.*

*Esta declaración incluirá la manifestación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación definitiva, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta.*

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

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

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

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

De esta manera se resuelven las dudas planteadas por la interventora accidental del Ayuntamiento de Arrecife María del Carmen Villaverde en al acto de la vista sobre si, en

el caso de haberse efectuado la contratación y de que se tratase de un contrato menor, era necesaria la declaración de necesidad de la contratación y la declaración de idoneidad del contratado, y la respuesta en ambos casos es negativa

Sin embargo no podemos compartir que la Ley de Contratos del Sector Público sea la aplicable al caso que nos ocupa, así la Disposición Transitoria Primera de la repetida Ley de Contratos del Sector Público señala que:

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

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

Y a su vez la Disposición Final Duodécima señala que:

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

Publicación efectuada en el BOE 261/2007, de 31 de octubre de 2007, por lo tanto la Ley. contratos del Sector Público entro en vigor el 30 de abril de 2008, esto es cuando el acusado Francisco Rodríguez-Batllori ya había presentado las primeras facturas, por lo que la Ley aplicable (en el caso de asumir la existencia de contratación) sería la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y esta Ley en su artículo 55 prohíbe los contratos verbales en el ámbito de la contratación pública, salvó que el contrato tenga carácter de emergencia, si bien en su artículo 56 establece la misma sumariidad de trámites que el artículo 95 antes visto de la Ley de Contratos del Sector Público, fijando para los contratos de consultoría y asistencia en su artículo 201 una cuantía de 12.020,24 euros.

Cuantía evidentemente superada en nuestro caso, por lo que necesariamente el contrato se debía haber formalizado

por escrito, forma utilizada para las contrataciones que han salido a relucir en este procedimiento, léase Rafael Elorrieta de fecha 8 de mayo de 2008 en el que interviene Plácida Guerra como Consejera Delegada, folio 3304 y siguientes, o contratación de Roberto Acuña Armas, e incluso el letrado Monroy Alfonso, que si bien es cierto no consta expediente, no lo es menos que su nombramiento se efectuaron por Decretos, que constan a los folios 2838 y siguientes del procedimiento y folio 92 del Rollo de Sala, por certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Arrecife, Decretos tanto para las labores de asesoramiento y colaboración, 120/08 (30 de junio de 2008) por un importe de 12.000 euros y plazo de cuatro meses prorrogables, así como distintos Decretos, hasta un total de 8, para su asistencia a juicio en representación del Ayuntamiento de Arrecife.

En cualquier caso podríamos pensar en un "olvido" del procedimiento, más se trata de un pensamiento pasajero, pues para ser cierto pasaría por determinar a la persona que contrato esta asesoría, contratación negada por el Alcalde del Ayuntamiento al tiempo de los hechos. Se alega, y es cierto como consta al folio 2861, que en virtud del Decreto 30/07 se había delegado en el Concejal José Miguel Rodríguez las atribuciones que corresponden al Alcalde en las áreas asignadas con la facultad de dirigir y resolver mediante actos administrativos, de la misma forma que por el Decreto 29/07 también se había delegado en María Luisa Blanco (esta sin la facultad de resolver), más José Miguel Rodríguez niega la existencia de contrato, de esta suerte este "olvido" del procedimiento, es decir, la contratación verbal, se ha de reputar como inexistente, y por ello constitutiva de delito.

Y por lo que hace a Inalsa, partiendo de la prohibición de la celebración de contratos verbales y de que la condición de funcionario de Francisco Rodríguez-Batllore le hacía incompatible para percibir más de un sueldo público (punto de partida igualmente aplicable, evidentemente, al Ayuntamiento de Arrecife). No cabe discutir que este "contrato" no era menor, pues en cualquiera de los casos, se decir, entender como aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o la Ley de Contratos del Sector Pública, la cuantía neta percibida 21.882,35 euros, sobrepasa los límites respectivos de 12.000 y 18.000 euros, por lo que la documentación en la que se basan las defensas no es suficiente para acreditar la existencia del contrato, máxime, aunque luego ahondaremos en esa declaración, Rafael Elorrieta, afirma que se contrato a Rodríguez Batllori como asesor a mediados del mes de mayo de 2008, y sin embargo ya giró facturas como asesor en el mes de marzo de ese año.

**DECIMOCUARTO.** - Hasta el momento no hemos efectuado más que una somera mención a las pruebas de cargo que nos han llevado en primer lugar al relato de hechos probados y ahora a la fundamentación de la condena, y entre estas, y como se antoja evidente, se alzan en primer lugar las facturas giradas por el acusado Francisco Rodríguez-Batllori tanto al Ayuntamiento como a Inalsa, las primeras, que ya constaban testimoniadas en el procedimiento, fueron aportadas por el Ministerio Fiscal al inicio de las sesiones como cuestión previa y figuran los archivos del Ayuntamiento en dos expedientes de contabilidad (desaparecidos ambos), folio 2479 de las actuaciones.

Expediente de contabilidad 3276/08,

Fecha factura 14 marzo 2008, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes marzo, importe 2.647,06, fecha registró intervención 16/05/2008, fecha orden de pago, 26/08/2008 realización del pago 08/09/2008

Fecha factura 14 abril 2008, concepto minuta de honorarios letrado por labores de colaboración y asesoramiento mes abril 2008, importe 2.647,06, fecha registró intervención 07/08/2008, fecha orden de pago, 26/08/2008 realización del pago 08/09/2008.

Fecha factura 14/05/2008, servicios de colaboración y asesoramiento mes mayo de 2008, importe 3.008,26, fecha registró intervención 11/08/2008, fecha orden de pago, 26/08/2008 realización del pago 08/09/2008

Fecha factura 14/06/2008, servicio de colaboración y asesoramiento mes junio de 2008, importe 3.008,26, fecha registró intervención 11/08/2008, fecha orden de pago, 26/08/2008 realización del pago 08/09/2008

En estas cuatro facturas la orden de pago se firmó por el acusado José Miguel Rodríguez

Expediente de contabilidad 1095/09

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

Fecha factura 14/02/2009, colaboración y asesoramiento mes febrero 2009, importe 3.705,88, fecha registró intervención 17/03/2009, fecha orden de pago, 20/03/2009 realización del pago 01/04/2009.

En este caso la orden de pago se firmó por los acusados José Miguel Rodríguez y María Luisa Blanco.

Igualmente consta al folio 2484 una minuta presentada por el acusado Francisco Rodríguez-Batlloori en el Registro General del Ayuntamiento con número de registro 2008-027871 de 15 de mayo, por importe de 10.000 euros de fechada el 14 de mayo de 2008 que no ha sido abonada (y que no reconoce el acusado).

Y en cuando a Inalsa las facturas son las siguientes:

Folio 3066, minuta de 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008, importe neto 6.000 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008

Folio 3071 minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 2 de septiembre de 2008.

Folio 3075 minuta de 14 de septiembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento agosto y septiembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 20 de octubre de 2008

Folio 3075 minuta de 5 de diciembre de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa octubre y noviembre de 2008, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 9 de febrero de 2009

Folio 3083 minuta de 5 de febrero de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento y preparación de un plan integral de formación para el personal de la empresa diciembre de 2008 y enero 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 16 de febrero de 2009

Folio 3087 minuta de 6 de abril de 2009 por honorarios devengados por labores de colaboración, asesoramiento febrero y marzo de 2009, importe neto 3.176,47 euros, fecha de entrada 6 de mayo de 2009.

En todos los casos las ordenes de pago estaban firmadas por los acusados Plácida Guerra y Rafael Elorrieta, como así consta en los documentos incorporados inmediatamente después de las minutas, autorización que dichos acusados no han negado en el acto del juicio.

Respecto de estas últimas facturas, se invocó de forma tenue el posible origen ilícito de las mismas, señalando que la persona que puso a disposición de la fiscalía las

copias de la mismas, Andrés Barreto, las pudo sustraer, o bien esta sustracción pudo efectuarse por la persona que se las entregó, más ya el uso del condicional que hemos efectuado, tiempo verbal también usado en el juicio, permite concluir la ausencia de prueba alguno respecto del origen ilícito de esta fuente de prueba.

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

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

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

*Pues bien, en el examen de las características de la declaración del coimputado, el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias ( STC 115/1998 , 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002 ) en el sentido de que "el umbral que da paso al*

campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

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

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

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

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

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

La STC 111/2011, de 4 de julio decía: "... nuestra doctrina ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como "una prueba sospechosa" (entre otras, SSTC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4 y 102/2008, de 28 de julio , FJ 3), que despierta una "desconfianza intrínseca" (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), por lo que hemos venido disponiendo una serie de cautelas, como ya

hemos dicho, para que esta declaración alcance virtualidad probatoria, en concreto "un plus probatorio consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma" ( STC 142/2006, de 8 de mayo , FJ 3). De esta forma, la problemática de este tipo de declaraciones ha sido abordada por este Tribunal Constitucional desde el trascendental aspecto de su credibilidad y eficacia probatoria como prueba de cargo para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuidando de garantizar los derechos del acusado que podría ser condenado en base al contenido de las mismas".

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

1º- En primer lugar es necesario recordar, STS. 233/2014 de 25.3, que el hecho de que se deriven beneficios penológicos de la delación de un coimputado, ha de ser tomado en consideración, pero no necesariamente puede llevar a negar valor probatorio a su declaración. éste dato puede empañar su fiabilidad, pero si no basta para explicarlas y pese a ello, se revela como convincente y capaz de generar certeza, pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Solo será así cuando de ahí quepa inferir racionalmente una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en si misma la lesión de derecho fundamental alguno (AATC 1/89 de 13.1 , 899/13 de 13.12 ). Igualmente esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en estos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad ( SSTS, 28.5.91, 14.2.95 ,23.6.98, 3.3.2000). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, caso CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio.

Ahora bien la doctrina constitucional, consciente ya desde la STC. 153/97 de 28.9 , qué el testimonio del coacusado solo de forma limitada puede someterse a contradicción -justamente por la condición procesal de

aquél y los derechos que le son inherentes, ya que a diferencia del testigo no solo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que le reconoce a todo ciudadano su derecho a no colaborar con su propia incriminación ( SSTC. 57/2002 de 11.3 , 132/2002 de 22.7 , 132/2004 de 20.9 ), ha venido disponiendo una serie de cautelas, para que la declaración del coacusado alcance virtualidad probatoria, y así ha exigido un plus probatorio, consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma.

En éste sentido la jurisprudencia ha establecido con reiteración (SSTS 60/2012 de 8.2 ; 84/2010 de 18.2 ;1290/2009 de 23.12) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS n° 1330/2002, de 16 de julio, entre otras).

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

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

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias ( STC

115/1998 , 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002 ) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en éste tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que desmarca la presunción de inocencia.

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" ( STC n° 68/2002, de 21 de marzo ). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001 , es que "la declaración quede «mínimamente corroborada» (SSTC 153/1997 y 49/1998 ) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido» ( STC 115/1998 ), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", ( SSTC. 118/2004 de 12.7 , 190/2003 de 27.10 , 65/2003 de 7.4 , SSTC. 14.10.2002 , 13.12.2002 , 30.5.2003 , 12.9.2003 , 30.5.2003 , 12.9.2003 , 29.12.2004 ).

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

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

Bien entendido, como se ha subrayado en SSTC. 160/2006 de 22.5 y 148/2008 de 17.11 , que ha de resaltarse que el que los órganos judiciales razonen cumplidamente acerca de la credibilidad de la declaración del coimputado con base en consideraciones tales como su cohesión o persistencia, o en la inexistencia de animadversión, de fines exculpativos en la misma, o en fin, de una aspiración de un trato penal más favorable carece de relevancia alguna a los efectos que aquí se discuten; esto es, tales factores no se alzan, por sí mismos, en elementos externos de corroboración, sino que únicamente cabe su aplicación cuando la prueba era constitucionalmente apta para enervar la presunción de inocencia, por lo que es preciso que el testimonio disponga, como paso previo, de una corroboración mínima proveniente de circunstancias, hechos o datos externos al mismo. Así es, pues obvio resulta que aquellas apreciaciones afectan, justamente, a la verosimilitud de la declaración o, lo que es igual, a elementos o

*circunstancias propias o intrínsecas a las personalidad o motivaciones del declarante, por lo que en modo alguno pueden considerarse como hechos o datos autónomos que sirvan para respaldar su contenido ( SSTC 65/2003 de 7.4 , 118/2004 de 12.7 , 258/2006 de 11.9 ).*

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

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

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

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

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

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

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

*En el presente supuesto ahora analizado este coacusado ha obtenido rendimiento procesal propio de las*

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

Recordemos de forma somera lo manifestado por José Miguel Rodríguez Sánchez, quién no lo podemos tampoco obviar y en cierta forma también puede ser tenida por corroboración periférica, y como consta al folio 4066, que el mismo consignó la cantidad de 16.941,18 euros que se entregó a Francisco Rodríguez-Batllori por parte del Ayuntamiento de Arrecife.

Este acusado reconoce las cartas obrantes a los folios 1337 a 1340 como remitida por Dimas Martín, 1408 a 1409 remitidas por él a Dimas Martín, 2022 a 2024, que le fue remitida por Dimas Martín. Del mismo modo reconoce las conversaciones del 1 de abril de 2009, folios 2071 y 2072, 13 de marzo de 2009, folios 2066 y 2067, 17 de marzo, folios 2067 y 2068, del 24 de marzo 445 a 447 y del 1 de abril 488 que fue este quién le propuso a Batllori. Que todos los concejales hablaban que este no había hecho ningún trabajo, que él le conste no hizo ningún trabajo. Que incluso Dimas le reenvió cartas de Batllori. Entiende que Dimas Martín quiso imponer la contratación de Batllori. Que la presentación fue en el Gran Hotel de Arrecife. Que se lo presentó Luisa Blanco. Que fue promovida por Dimas Martín, aunque no estuvo presente. Que las facturas unas le llegaron por vía de Dimas y otras a la concejalía de hacienda, siendo facturas en serie. El grupo PIL se negaba a pagar por la inexistencia de trabajo. Teniendo conversaciones telefónicas con Dimas en las que le decía que hiciera lo posible para que se pagaran las facturas a Batllori porque este necesitaba el dinero. Nadie le dijo que Batllori hiciera nada enriquecedor para el Ayuntamiento, abonándosele dos tandas de dinero público. Se pagaba porque Dimas insistía, conociendo que Batllori no prestó servicios porque el Grupo PIL se reunía todos los

lunes y nadie hablo de eso. Las presiones las recibió en el año 2009. En un principio la intención era que Batllori asesorara al Grupo PIL. Derivo a Batllori a Luisa Blanco porque ella llevaba la parte laboral en el Ayuntamiento. Todos los pagos de 2008 que el autorizó se hicieron porque Dimas así lo quiso. El pago se hacía previo reconocimiento del crédito, sin que existiera ningún reparo por parte del Interventor del Ayuntamiento. Que en las facturas no consta la palabra laboral. Se contrato supuestamente para asesorar a los Concejales del PIL, pagando el Ayuntamiento por insistencia de Dimas Martín que era el que hacía, deshacía y mandaba en el Ayuntamiento de Arrecife.

Y no podemos obviar que este acusado desde su declaración policial, folios 1446 y siguientes afirmó que Dimas Martín le insistió para que abonase las factures de Batllori, añadiendo en su primera declaración judicial, folios 1512 y siguientes, que Dimas quería que Batllori fuera asesor, que no cree que este hiciera nada, que Dimas le insistió para el abono de las facturas, y que cuando lo Concejales se negaron a pagar Dimas le busco Inalsa. Manifestaciones que reitera a los folios 2673 y siguientes

Veamos pues si esta declaración viene corroborada por otras pruebas (al margen del hecho evidente de los abonos efectuados a Francisco Rodríguez-Batllori y que nadie ha negado), y comenzaremos con la declaración del resto de los acusados, refiriéndonos en primer lugar a los hechos referidos al Ayuntamiento de Arrecife y partiendo de la base de que no vamos a comparar lo manifestado por los mismos en la instrucción pues, a excepción de Dimas Martín, que nunca declaró, el resto solo han contestado a las preguntas de sus letrados, y es que como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014:

*“cuestiona, en primer lugar, que la sentencia recurrida fundamente sus conclusiones en buena medida en las declaraciones de los acusados que, sin embargo, se negaron a declarar en su mayoría en el juicio oral, dando indebidamente valor probatorio a las manifestaciones en momentos anteriores al juicio oral.*

*2.- Y es solamente en esa medida en la que debe ser interpretada la doctrina del TEDH (Casos Condron, Averill y Murray vs UK).*

*Como decíamos en nuestra STS 711/2014 de 15 de octubre: En cuanto a la valoración de aquel silencio cabe recordar que la única manera de garantizar realmente el derecho al silencio no es otra que la de privar a éste de cualquier valoración que perjudique la presunción de inocencia. Lo que, desde luego, es compatible, como, eso sí, advierte la jurisprudencia, que, de existir otros medios de prueba, que*

por sí llevan a la probanza de la imputación, el silencio del acusado implica la pérdida de la ocasión, de que éste disponía, para contradecir dichos resultados probatorios adversos. Pero no para reforzar *corroborar* la fuerza que pudieran tener antes de aquel silencio.

Como dejamos dicho en nuestra STS n° 874/2013 de 21 de noviembre : Una inteligencia rigurosa del principio *nemo tenetur* , del nivel que exige su rango constitucional, impone la conclusión de que, en el plano probatorio, el silencio del imputado es igual a cero . Por eso, de darse la concurrencia de poderosos elementos de juicio de carácter incriminatorio en ausencia de prueba de descargo, serán pura y simplemente estos, por su propia virtud, los que, en su caso, acrediten sin más la hipótesis de la acusación. Ello porque en disciplinas constitucionales del proceso como la vigente en nuestro país, es el imputado quien decide constituirse o no en fuente de prueba, y, de decantarse por la negativa, el resultado de esta lo situará en una pura posición de neutralidad a tales efectos.

Tal interpretación es también la que cabe extraer del Estatuto de la Corte Penal Internacional que España ratificó a medio del Instrumento de fecha 19 de octubre de 2000. Entre los derechos del acusado, por cualquiera de los delitos de indiscutible suma gravedad competencia de ese Tribunal, se recoge en el artículo 67 el g) A no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia.

Y no tener en cuenta significa exactamente que en ningún sentido el silencio contribuirá a determinar su culpabilidad.

Resulta hartamente difícil admitir tal interpretación auténtica de ese derecho en el marco de aquellos enjuiciamientos y derogarlos, más o menos ingeniosamente, en el Derecho constitucional y procesal penal interno. De ahí que resulta plausible la interpretación postulada por quienes limitan la trascendencia del silencio al ámbito de la argumentación (contexto de justificación) pero no al del descubrimiento o acreditación. Ésta requiere otros elementos de juicio previos e independientes de aquel silencio.

Así también ha de entenderse lo que ya dijimos en nuestra STS 487/2014 con amplia referencia a la doctrina del TEDH y nuestro TC: De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de

*cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de prueba de cargo contra él".*

**DECIMOQUINTO.**- La existencia de la reunión en el Gran Hotel es reconocida por María Luisa Blanco, si bien la misma afirma que fue a propuesta del Concejal de Hacienda, José Miguel Rodríguez a quién le había manifestado las carencias de su Concejalía como la falta de abogado laboralista, señalando igualmente que remitía constantemente documentación a Rodríguez-Batllore, quién fue sustituido por el letrado Monroy porque aquel no podía acudir a juicios, sin que en ningún momento haya recibido presiones por parte de Dimas Martín.

De esta declaración extraemos que efectivamente la "contratación" de Francisco Rodríguez-Batllore lo fue para asesoría en temas laborales pues de otra manera no tendría por que haber sido sustituido por un "procesalista", que no fue María Luisa Blanco quién lo contrató, y que existió esa reunión en el Gran Hotel, sin embargo esta acusada no señala asunto concreto alguno en el que fue asesorada (no señala en modo alguno a la RPT del Ayuntamiento) sin explicar porque al letrado que sustituye a Rodríguez-Batllore se le nombra por Decreto y no fue así con el citado acusado.

Por su parte Dimas Martín, quién niega las cartas y las conversaciones telefónicas, niega igualmente cualquier tipo de presión o cercanía con José Miguel Rodríguez, señalando que este fue presentado a los Concejales por María José Docal, siendo contratado por los Concejales del Ayuntamiento pertenecientes al PIL, siendo tomada esta decisión por los órganos del partido, reconociendo reuniones con un abogado, en presencia de Batllori, para tratar el posible concurso de Inalsa, estando presentes también Rafael Elorrieta y Plácida Guerra, desconociendo los entresijos de Inalsa, desconociendo la condición de funcionario público de Francisco Rodríguez-Batllore, pudiendo haber acudido el mismo a una reunión sobre el PGOU de Arrecife. Solo sabía, por noticia de José Miguel, que asesoraba a miembros del PIL del Ayuntamiento, sin que le

asesorara en asuntos privados nunca. Sin que insistiera a José Miguel para que pagara a Batllori y que si alguna vez dijo que se agilizaran los pagos, se refería a hacerlo en general, por el problema conocido que hay del retraso en los pagos por parte del Ayuntamiento de Arrecife. Por fin señala que la segunda ocasión en la que se le concedió el tercer grado penitenciario fue en octubre de 2008, ratificado por el Juzgado de Vigilancia en abril de 2009 y denegado por la Audiencia Provincial a los "poquitos días".

Por tanto esta acusado solo conoce, por lo que hace al Ayuntamiento de Arrecife y "de oídas" que el "contrato" de Francisco Rodríguez-Batllori fue para asesorar a los Concejales del PIL, confirmando la reunión en el Gran Hotel, parece que a instancia de María José Docal, y que, pese a no tener especial relación con José Miguel Rodríguez, y no tener influencia alguna en el Ayuntamiento (a preguntas de su defensa señaló el "ser una leyenda urbana" que fuera el factotum de Lanzarote) puede que le instara para que le agilizara los pagos, y pese a la "leyenda urbana" se reunió para tratar el PGOU de Arrecife.

El acusado Francisco Rodríguez-Batllori no se reconoce en ninguna de las conversaciones telefónicas, desconociendo igualmente los folios 1357, 1405, 2023 y 2488. Sin que le conste que Dimas Martín fuera el que ordenase o mandase, siendo contratado para estar a disposición del Grupo PIL del Ayuntamiento de Arrecife para asesorarles, sin que haya hecho gestiones para asuntos personales de Dimas Martín con miembros de la justicia, reconociendo la documental reseñada en el folio 1561 bis como documentos de trabajo remitidos tanto desde el Ayuntamiento como de Inalsa. Reconociendo el error padecido en la factura obrante al folio 1547 (girada a Inalsa) porque en la misma efectuó un corta y pega, pero lo que pretendía era obtener un dinero en provisión de fondos porque él se iba a pagar sus desplazamientos, hotel y demás gastos. Acordando sus honorarios con el Concejale José Miguel Rodríguez y que el contrato con Inalsa era de un año.

Destacar, y por lo que hace al Ayuntamiento de Arrecife, que este acusado reconoce haber sido contratado para asesorar a los Concejales del PIL, (que no como asesor del Ayuntamiento), si bien no señala a la persona que le "contrató", como tampoco identifica a la persona que le "contrató" como asesor de Inalsa

Por lo que hace a Inalsa la acusada Plácida Guerra, Consejera Delegada de la entidad, nombrada por el Consejo de Administración en sesión de 16 de julio de 2007, acuerdo elevado a público el 1 de agosto de 2007, folios 3194 y siguientes y tras reconocer que no era jurista, señala que la fecha de los hechos Inalsa tenía unos 200 trabajadores,

careciendo de recursos humanos, lo que suponía un gran problema por los conflictos laborales que pudiera haber. Rafael Elorrieta no fue impuesto por Dimas Martín, careciendo aquel de vinculación alguna con este, el Sr Meca no tenía contrato y se le llamaba para temas puntuales, como asistencia a juicios. Que la situación era crítica y necesitaba a alguien del perfil de Batllori, a quién conocía por ser un cargo público, buscando un negociador y un experto laboral en la misma persona, a fin de que marcara las estrategias de recursos humanos, sin que nadie le pusiera ningún impedimento para contratarle dejándolo en manos del jurista, saliendo del problema de Inalsa con las contrataciones de Acuña y Batllori, este último estudio el Convenio Colectivo que estaba a punto de vencer, quién también negoció el curso de formación con Femepa, también se le encargó el negociar la deuda con Endesa, logrando desbloquear la situación, quedando satisfecha con esta contratación que considera libre y necesaria.

Por fin Rafael Elorrieta señala que comenzó a trabajar en Inalsa a finales de abril de 2008, si bien firmó su contrato en el mes de mayo siendo redactado por Esteban Cabreraa. Al llegar la situación de Inalsa económica y laboralmente era muy conflictiva, manifestándole la Consejera Delegada que iban a denunciar el Convenio, por lo que consideraba que era urgente contratar a un asesor, poniéndole en contacto con Batllori la Sra Plácida sobre el 13 de mayo, siendo contratado Batllori para asesorar a Inalsa, quién hizo muchas gestiones a favor de Inalsa, como colaborar en el estudio del Convenio y su posterior denuncia, cursos de personal, negociar una tarifa especial con industria, mediación en el concurso eólico, y que si bien no hizo informes escritos si asesoró.

Respecto de la prueba testifical, Antonio Tomás Monroy Alfonso, señala que fue abogado del Ayuntamiento de Arrecife para el tema de personal, contratado por cuatro meses el 30 de junio de 2008, motivando su intervención como letrado Luisa Blanco, siendo contratado para asesoramiento, siendo tema aparte la asistencia a juicios que también se minutaba por separado, firmando su contrato el Alcalde.

Destaquemos la realidad de la contratación escrita, el ser contratado a instancia de María Luisa Blanco y la coincidencia de fechas con la de "prestación de servicios por Francisco Rodríguez-Batllori.

Enrique Pérez Parrilla, Alcalde de Arrecife al tiempo de los hechos negó la contratación de Francisco Rodríguez-Batllori, desconociendo la necesidad de contar con un asesor en materia de urbanismo, nadie le comentó la necesidad de contratar a Francisco Rodríguez-Batllori, sin

que tampoco comisionase al mismo para acudir a cualquier tipo de reunión como asesor del Ayuntamiento de Arrecife. Reconoce la delegación en José Miguel Rodríguez y que el mismo podía autorizar pagos.

Sheila Aguilar, funcionaria del Ayuntamiento señala se ratifica en el informe obrante al folio 2482, en el que se hace constar que en el departamento de contratación no existe ningún procedimiento de contratación a nombre de Francisco Rodríguez-Batllori, sin que le conste que el mismo haya realizado ningún trabajo para el Ayuntamiento, si bien aclara que no quiere decir que no existan, negando la posibilidad de contrato verbal.

María Asenet Padrón Niz, Secretaria durante el año 2008 y hasta julio de 2009 y funcionaria del Ayuntamiento desde 2004, dice que no le constaba la necesidad de contratar un asesor externo en materia de urbanismo, no habiendo visto ningún pliego ni dictamen ni nada hecho por el Sr Batllori como asesor del Ayuntamiento. Cuando se contrata a un asesor, cargo de confianza, se hace por Decreto y lo firma el Alcalde, si bien para el contrato menor bastaba con la aprobación del gasto y la factura.

María del Carmen Villaverde Ferreiro, Interventora accidental del Ayuntamiento se ratifica en el informe obrante al folio 2487, en el que se dice que no existen expedientes contables, y que no existen expediente en el departamento de contratación relativo a las facturas aportadas por Batllori, sin que tampoco consten en el Departamento de Régimen Interior. Señalando en su testimonio que las facturas tanto se podían entregar en el Registro General como en Intervención. Negando que se le comunicara la necesidad de contratar a Batllori, siendo firmas necesarias para el pago las del Concejal de Hacienda y el Interventor, sin que para las facturas de 2008 exista propuesta de gasto, pero si para las de 2009, pasando por Intervención los gastos que va a asumir el Ayuntamiento y no los del Grupo Político

María del Pilar Machín, se ratifica en el informe del folio 2483, en el que se dice que examinados los libros de Decretos de 1 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2009, no se ha encontrado ningún asunto relacionado con Francisco Rodríguez-Batllori, desconociendo si todas las contrataciones del Ayuntamiento se hacen constar en el libro de Decretos

Emilia Perdomo, Por entonces Concejal de servicios sociales desde marzo de 2008 a febrero de 2009 en el Ayuntamiento, conoce la reunión en el Gran Hotel porque se lo comunicó María José Docal, pero no asistió a la misma. Durante el tiempo en que estuvo en su cargo Batllori no le

asesoro, si bien Luisa Blanco le dijo alguna vez que le estaba asesorando con el tema de la RPT. Le consta que Dimas Martín y José Miguel se veían con frecuencia. Ningún otro Concejal le dijo que Batllori les estuviera asesorando. Señalando que si el contrato no superaba los 18.000 euros no se necesitaba Decreto pero si contrato. Que Batllori contacto con ella para ofrecerle sus servicios, diciéndole que estaba a su disposición, sin recordar haberle pedido que organizara cursos.

El actual Alcalde de Arrecife Manuel del Rosario Fajardo, señala que no le consta la prestación de servicios para el Ayuntamiento por parte de Francisco Rodríguez-Batllori, sin que exista ningún documento que acredite la actuación de aquel como contraprestación del dinero recibido.

María José Docal, Concejal del Ayuntamiento Recuerda una reunión en el Gran Hotel en marzo de 2008 a la que fue porque le llamo Dimas Martín y que acompañó a Batllori para presentarle al resto de los Concejales del PIL, entendiendo que Batllori podía asesorarles. En ese momento Dimas Martín no estaba en el partido, no tenia voto y solo asesoraba si se le pedía, sin que en ningún momento impusiera su voluntad. En esa reunión no se hizo ningún contrato solo fue presentado, sin que se hablara de ningún asesoramiento concreto. Desconoce si el asesoramiento se llegó a prestar.

Andrés Barreto Concepción, fue quien denunció los pagar efectuados por Inalsa, preguntando en el comité de empresa, que negó el asesoramiento de Batllori, sin que en la época tal asesoramiento existiere conflicto laboral en Inalsa.

Que en materia de cursos formativos quien tenía competencia era el Comité de Empresa, según los trabajadores de Inalsa, no había existido el asesoramiento, quien siempre negocio los convenios por parte de Inalsa, siéndole entregada la documentación por un miembro del Comité de empresa sin que sepa como consiguió este las facturas. Habiendo negociado el Convenio en los años 2002 y 2004. Señalando con respecto a la RPT del Ayuntamiento se aprobó a instancia de Luisa Blanco

Juan Manuel González Rodríguez. Reconoce las facturas presentadas por Batllori, que le llegaban a través de Plácida Guerra y Rafael Elorrieta, siendo estas las únicas referencias del trabajo de Batllori para Inalsa, recociendo igualmente el certificado obrante al folio 1854, constándole que algunas de las personas referidas en el certificado si tenían contrato. Entendiendo que Inalsa era deficitaria en materia de Recursos Humanos, y por ello se necesitaba asesoramiento externo.

Esteban Miguel Cabrera Perdomo. Asesor de Inalsa entre 2008 y 2009, para asuntos civiles y mercantiles y algún tema penal, sin que esa época se hicieran contratos

Roberto Acuña Armas. Conoce a Batllori porque colaboraron en cursos de formación y le asesoro en el tema del Convenio Colectivo. Que en el momento de su contratación había una gran conflictividad laboral sin que existiera un departamento de recursos humanos. Que en el tema del Convenio Batllori le asesoro y participo en la negociación, habiéndolo estudiado juntos, siendo Batllori, que era una especie de jefe de personal sin contrato, quien consensuaba con la empresa. También facilito la negociación con Femepa. Que Batllori consiguió que los cursos de formación se retomaran, que dieron varios cursos durando unas dos semanas, considerando correcto el asesoramiento de Batllori, entendiendo que el mismo se había estudiado el convenio. Que el tenía contrato por escrito, sin que pidiera la ayuda de Batllori siendo idea de la gerencia, siendo el contratado en agosto de 2008. Que Meca era el que acudía a juicio y Batllori ponía el conocimiento y la estrategia. Que el estaba contratado recursos humanos y personal.

Javier Sánchez Simón. Hubo reuniones a las que asistió Batllori en representación del Ayuntamiento, puede que en ocasiones fuera el quien las convocase, se buscaba la ubicación correcta para el Punto de Inspección Fronterizo, Batllori proponía la posición del Ayuntamiento y tuvo una intención activa y estaba enterado del asunto, que se trataba de reuniones informales, porque las únicas en las que se levantaba acta eran las del Consejo de Administración

Domingo Berriel Martínez. Consejero de Medio Ambiente del Gobierno de Canarias en aquella época. En febrero. 200 Batllori le solicito una reunión, se celebro en su despacho, presentándole como asesor del Ayuntamiento y era para hablar del PGOU de Arrecife y el problema del vertedero de Árgana Alta. Que fue a asesorarse y estaba al tanto de los asuntos,

Emilio Jesús Atienza Armas. Director General de Medio Ambiente, se reunió durante unas dos horas con Batllori para tratar sobre el vertedero de Árgana Alta y acudió como representante del Ayuntamiento, si bien la competencia de residuos corresponde al Cabildo Insular, pero los suelos en los que asientan los vertederos no dejan de ser municipales.

Juan José Cobo Plana. En el año 2009 ejercía como letrado especialista en derecho concursal, Batllori concertó con el una reunión para la situación del concurso

de Inalsa, que se celebró en su despacho con Batllori, Dimas y no sabe si también Elorrieta. Batllori ratificaba lo que él iba diciendo, pareciéndole lógicas las consultas de Batllori, que el partido socialista era partidario de presentar el concurso, que la reunión se pactó para convencer al PIL, que su impresión era que la última decisión era de Dimas Martín, que para que el PIL tomara una decisión había que convencer a Dimas Martín y que este confiaba en Dimas, que parecía ser necesario el asentimiento de Dimas Martín para la presentación del concurso. Siendo finalmente encomendada a la entidad Cobo Plana Asociados S.L. la dirección legal del proceso concursal por Acuerdo de 24 de abril de 2009, folios 3269 y siguientes.

María Inmaculada Acosta Artiles. Directora General del Gobierno en los años 2008 y 2009, estuvieron hablando sobre la actividad formativa que necesitaba el Ayuntamiento sobre atención domiciliaria a personas dependientes fue acompañado de la concejala Emilia Perdomo, fue en nombre del Ayuntamiento, que fue Batllori quien habló de cursos, la cita fue el martes 29 de abril, realizaron un presupuesto pero no recibieron respuesta y los cursos no se llegaron a impartir, que la reunión duraría una media hora, la petición se efectuó de forma verbal.

José Bernárdez Montero. Arquitecto, a principios de 2008 Batllori contactó con él para un encuentro en Arrecife para que aportara ideas para el PGOU, existió una reunión preliminar en Las Palmas y la segunda en unos apartamentos en Costa Tegui a la que acudieron entre otros Dimas y Batllori y tan José Miguel, coordinado la reunión Batllori, dejando claro Dimas Martín que no estaba de acuerdo con la actuación del equipo redactor, la reunión fue convocada directamente por Batllori a quien conocía desde el año 72.

Juan Carlos Betancor García. Pertenecía a Femepa en el año 2008 siendo hoy e Director de la Fundación. Fue contactado en el año 2008 por Batllori para posibles cursos a los trabajadores de Inalsa y se presentó como asesor, que quería cursos para fomentar la multifuncionalidad, siendo impartidos cuatro cursos aunque estaban previstos más, que o tenía dudas de que actuaba en interés de Inalsa, nadie le acompañaba en el momento de la reunión (la primera); Siendo un total de cuatro las reuniones.

María del Rosario Mendoza Artiles. Jefa de Servicio de la Dirección General de Trabajo. Batllori acudió acompañado bien del gerente o del jefe de recursos humanos de Inalsa para tratar de la modificación del Convenio, durando cinco o diez minutos

Juan de Dios Fernández Lupiañez. Jefe de la Inspección de Trabajo, Batllori le llamo para una consulta, Inalsa quería presentar un ERE, que le llamo la atención que una empresa publica quisiera despedir o intentar un ERE máxime cuando existía un exceso de horas extras, que se trato de una conversación breve y no recuerda que hubiera ninguna mas.

Antonio Castro Feliciano. Que recibió a Batllori como asesor de la Cámara de Comercio, que únicamente una vez le dijo que si sabia cual era el criterio de la Sección Primera de la Audiencia para la concesión del tercer grado.

Adrián Mandoza Grimón. Director General de Energía. Solicitándole Batllori varias reuniones, siendo dos, acudiendo Batllori a una solo y a otra acompañado de varias personas, que acudió en calidad de asesor de Inalsa para tratar la deuda con Endesa, y era quien gestionaba las reuniones no un mero convidado de piedra, preguntando como podía acudir Inalsa al mercado libre y ahorrarse la penalización del 20% y efectivamente tras las reuniones acudió al mercado libre, que la reunión fue en una cafetería.

Pablo Casado Reboiro. Director General de Unelco, Batllori le solicito una reunión el 15 de mayo de 2009 durando unos veinte minutos, que le dijo que lo que debía hacer con Inalsa era pagar la deuda y luego hablarían de lo que fuera, sin que la reunión condujera a nada.

Y entre estas corroboraciones también contamos con el contenido de las conversaciones telefónicas reproducidas en el acto del juicio a cuyo valor como prueba de cargo se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2014:

*"Pues en relación al contenido de las conversaciones telefónicas hemos dicho en STS. 233/2014 de 25.3 , con cita STS. 8.9.2011*

*"...Descartada cualquier duda respecto de la integridad del acto jurisdiccional limitativo del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones e identificado el recurrente como uno de los que mantienen la conversación con E. , sólo queda pronunciarnos acerca del significado incriminatorio de los contenidos que fueron objeto de grabación inicial y reproducción en el plenario. Y esta tarea, desde luego, ha de ser abordada a partir de la idea de que los agentes de policía que han ejecutado la orden de interceptación de las conversaciones telefónicas, no pueden asumir, sin más, la condición de pseudotraductores oficiales de los fragmentos que se consideran más o menos incriminatorios. Es indudable que todo aquel que*

profesionaliza el ejercicio de una actividad delictiva y se sabe potencial destinatario de una posible medida de interceptación, va a intentar camuflar, mediante el empleo de una terminología más o menos críptica -o simplemente figurada-, los mensajes e indicaciones que se vea obligado a transmitir para la realización de los actos de distribución clandestina. Y la suficiencia probatoria de esas conversaciones sólo podrá proclamarse, bien por su carácter explícito, bien por la existencia de inequívocos actos corroboradores de que lo escuchado e interpretado -que no traducido- en una determinada dirección, ha sido luego confirmado. Esta idea late en nuestra STS 485/2010 de 3 de marzo , en la que recordábamos, en relación con las escuchas telefónicas, que la licitud y validez de su práctica no equivale a la suficiencia como prueba de cargo, puesto que ésta además depende de su contenido relevante. Esta Sala ha declarado en STS 1140/2009 de 23 de octubre , que con carácter general las conversaciones telefónicas escuchadas y grabadas con autorización judicial tienen normalmente una mera función delimitadora de la investigación policial permitiendo concentrar y dirigir las pesquisas criminales a la luz de los datos y revelaciones escuchadas en las conversaciones intervenidas. Sólo muy excepcionalmente, la conversación intervenida prueba por sí sola, es decir sin otros elementos de prueba disponible, la comisión del delito de que se acusa, y la participación en él de aquél que es acusado como responsable. Para ello es necesario que, además de la licitud y de su validez procesal, tenga suficiente contenido incriminador, lo cual pasa necesariamente -cuando es la única prueba de cargo verdaderamente significativa y relevante- porque quien converse telefónicamente narre con claridad el hecho, relatando la comisión del delito y la participación en él, en términos que no ofrezcan duda sobre el sentido de lo que dice y el alcance de lo que cuenta; no menos que como se exige en cualquier narración epistolar, documento escrito o conversación directa escuchada por quien está presente. Es preciso por tanto circunscribir la eficacia probatoria de las intervenciones telefónicas a lo que su razonable valoración permite, exigiendo que su contenido exprese una narración clara, precisa, inteligible y de indudable significado sobre el delito cometido y la intervención tenida en él, cuando se pretenda utilizar como única prueba de la responsabilidad criminal del acusado, cuyo derecho a la presunción de inocencia sitúa sobre la acusación la carga de desvirtuarla con prueba que sea de suficiente contenido incriminador. Quedan relegadas al ámbito de la pesquisa policial y de la información orientadora de las investigaciones las conversaciones ambiguas, incompletas, y de dudoso significado, puesto que, siendo útiles para la labor policial mediante la pertinente interpretación profesional de un ambiguo lenguaje, no pueden erigirse en prueba de cargo si tienen que reconstruirse en su

*significación verdadera por las suposiciones más o menos imaginativas de quienes las escuchan, completando con ellas lo que los hablantes no han dicho. Pues bien, proyectando este cuerpo de doctrina sobre el supuesto de hecho enjuiciado, es indudable de que los fragmentos formados en consideración por la Audiencia encierran un neto significado incriminador”.*

Ya hemos visto que solo José Miguel Rodríguez reconoce el contenido de estas intervenciones. Partimos de un dato incontestable y es que estas conversaciones se grabaron respecto del teléfono 650.42.63.30, atribuido a Dimas Martín sin que este haya negado en ningún momento esta titularidad, lo que constituye un serio indicio de su intervención en las mismas. Y por lo que hace a Francisco Rodríguez-Batllorí quién reiteradamente manifestó en el acto del juicio “insisto Señoría no me reconozco”, es cierto que su defensa ha manifestado los defectos de las copias proporcionadas, más no lo es menos que estos defectos nada tienen que ver con lo invocado, la no participación en las conversaciones (recuérdese además la diligencia de la Sra Secretaria obrante al folio 5206). Y nada tienen que ver estos defectos con el conocimiento que este acusado (entonces imputado) desde el mes de abril del año 2010, fecha de su declaración judicial, de la existencia de conversaciones grabadas en las que se le señalaba como uno de los interlocutores, y desde ese mes de abril ni negó su intervención, ni propuso prueba pericial de voz, y este respecto nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2014:

*“Respecto de la ausencia de una prueba pericial que hubiera acreditado la integridad de la voz del recurrente, en contraste con la recogida en los soportes que reproducían sus conversaciones, conviene tener presente -decíamos en las SSTS 75/2012, 28 de septiembre, 412/2011, 11 de mayo y 593/2009, 8 de junio, entre otras- que la validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación. La posibilidad de alcanzar una convicción judicial sin necesidad de un dictamen pericial previo ha sido ya defendida por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS 1286/2006, 30 de noviembre), que también ha proclamado la no exigencia, con carácter general, de una comparecencia previa al juicio oral, con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido objeto de grabación (cfr. STS 537/2008, 12 de septiembre). Es cierto que el órgano de enjuiciamiento no puede albergar duda alguna respecto de la autenticidad y la atribuibilidad de las voces. Pero su convicción no tiene por qué obtenerse necesariamente*

mediante el formato de una pericial o una comparecencia previa de audición. En el presente caso, el inconfundible acento de algunos de los imputados que han llegado a cuestionar su propia voz y, sobre todo, su falta de iniciativa procesal a la hora de aportar cualquier elemento probatorio que pudiera respaldar su reproche, obligan a rechazar tal línea argumental".

Añadiendo la Sentencia de 30 de octubre de 2013:

"En cuanto a la falta de prueba de ser él y no de los interlocutores de las conversaciones telefónicas, la referencia a la objeción de no haberse realizado prueba fotométrica de análisis de voz con el fin de someter a contradicción tal prueba, la doctrina de la Sala 2ª TS- por ejemplo SSTS 406/2010, de 11-5, 924/2009, de 7-10, 705 /2005, de 6-6 , tiene declarado que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar dicha prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad. Sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial, caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero STS 17.4.89 , ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1 .

En definitiva, en relación al reconocimiento de voces, el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia, o mediante prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones.

En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado, (SSTS. 163/2003 de 7.2, 595 /2008 de 29.9, que recuerda "en cuanto a la identificación de la voz, baste decir que no constituye una diligencia obligada en el desarrollo del proceso, por cuanto -con independencia de que cuando las cintas son oídas en el juicio oral, como es el caso, el Tribunal puede llevar a cabo su particular valoración sobre dicha cuestión-, la identificación de las personas que

*intervienen en las conversaciones intervenidas puede llevarse a cabo por otros medios distintos de las pruebas fonográficas, como pueden ser los seguimientos policiales que sean consecuencia de dichas conversaciones, e, incluso, por el propio reconocimiento explícito o implícito, del propio interesado, al dar las explicaciones que estime pertinentes sobre su contenido", o STS. 2384/2001 de 7.12 , en el sentido de que: "el recurrente está criticando y negando la posibilidad de que la Sala sentenciadora efectúe por sí misma, en virtud de la inmediación propia del Plenario valoraciones y alcance conclusiones relevantes para la resolución del caso. Es evidente que la inmediación no es solo estar presente, sino entender, percibir, asimilar, verificar en definitiva formar opinión en conciencia y en el conjunto sobre todo lo dicho, notando las reacciones y gestos de todos, singularmente de los inculpados, por ello, lo que se critica supone precisamente la manifestación más propia de la inmediación judicial como es verificar que la voz escuchada en una cinta, coincide con lo escuchado directamente de una persona en el Plenario, y concluir con la afirmación de pertenecer a la misma persona. Ello sin perjuicio de que pudiera haberse propuesto la pericial de reconocimiento de voz, lo que no se efectuó por ninguna de las partes ni en concreto por la defensa de la recurrente" (SSTS. 492/2012 de 14.6, 440 /2011 de 25.5, 3852011 de 5.5 901/2009 de 24.9, entre otras)".*

Y en este caso ninguna duda albergamos, tanto por el contenido de las conversaciones, véase a título de ejemplo la coincidencia de las fechas señaladas por Dimas Martín respecto del tercer grado con las conversaciones mantenidas con Francisco Rodríguez-Batllori, y no albergamos dudas, pues las voces escuchadas de manera directa por este Tribunal es sencillo identificarlas con la de los acusados, sin necesidad de prueba alguna ajena a la de la propia percepción de la Sala.

Y estas conversaciones son las siguientes:

1- 3 de marzo de 2009 a las 11.08 folio 59 Dimas Matinal llama a Plácida Guerra y hablan de una reunión con los Concejales del Ayuntamiento de Arrecife en la sede de Inalsa

2- 3 de marzo de 2009, 19.07 folio 61 conversación entre Dimas Martín y José Miguel Rodríguez en la que tratan temas del Ayuntamiento de Arrecife

3- 6 de marzo, 9.50 horas, folio 74, Dimas Martín le pregunta a José Miguel Rodríguez sobre el sueldo de los Concejales del Ayuntamiento.

4- 10 de marzo de 2009, a las 12.03 horas, folio 390, entre Dimas Martín y José Miguel Rodríguez en la que hablan de posponer una reunión y Dimas Martín le pregunta si a Fomento se les debe algo y si es así a no pagar ni un duro

5- 1 de abril de 2009, 10.28.09, Folio 488 Entre Dimas Martín y José Miguel Rodríguez, Dimas le pregunta si puede arreglar lo de Batllori y José Miguel le responde que ya tiene el cheque y que lo manda para el banco.

6- 8 de abril de 2009, a las 12.42.25, folio 552, Dimas Martín pregunta a José Miguel Rodríguez si ha solucionado lo de Batllori y este le responde que si, y le da cuenta de que está con el Plan de Barrios.

7- 20 de abril de 2009, 19.03.59, folio 665, Dimas Martín habla el temas de Inalsa con Plácida Guerra, y le comenta a Plácida que le paguen los billetes de avión pero que no aparezca Inalsa en la factura.

8- 19 de marzo de 2009, 11.43.33, folio 2068, Dimas Martín recibe llamada de José Miguel Rodríguez, tengo lo de las mesas de contratación y no tengo técnicos que me informen, Dinas le pregunta si ha podido hacer algo de la factura de Batllori, y le responde que la mando al Departamento de Personal porque es Dña Luisa Blanco la persona que se designo como asesora para que le diera rapidez para cursarla.

9- 17 de marzo de 2009, 11,05,03, folio 2068, Dimas Martín recibe llamada de Francisco Rodríguez-Batllori y le dice que acaba de hablar con José Miguel que esta habiendo todo lo posible para dejarlo resuelto, Batllori le responde que todavía no le ha llegado.

10- 25 de marzo, a las 21,41,08, folio 2070, Dimas Martín llama a Francisco Rodríguez-Batllori, hablan sobre la posibilidad de abrir centros de menores para niños marroquíes que sería bueno para el PIL, Batllori le pide que solucione eso, y Dimas le responde que esta mirando para solucionarlo mañana, contestando Batllori que está con el agua al cuello.

11- 25 de marzo de 2009 a las 14.19.02, folio 2070 Francisco Rodríguez-Batllori llama a Dimas Martín y le dice que le han dicho que hasta el 25 no se soluciona estoy me va a dar un infarto, a lo que Dimas le responde, tranquilo tratare de arreglarlo de alguna forma.

12- 1 de abril a las 10.28.18, folio 2071, Dimas Martín llama a José Miguel Rodríguez y le pide que solucione lo de Batllori porque va a ver tiros o me los pega el a mi o se los pego yo a el, a lo que responde sumando hoy para allá.

13- 25 de abril, a las 11.48.07, folio 2077, Francisco Rodríguez-Batllore llama a Dimas Martín para decirle que Cobo Plana le inspira confianza.

14- 30 de abril, a las 10.50.15, Dimas Martín llama a Francisco Rodríguez Batllori y le comenta que me dijo Elorrieta que le había ingresado, y a continuación pasan a hablar el recurso interpuesto por la fiscalía frente a la conversación a Dimas Martín del tercer grado penitenciario.

15- 30 de abril a las 11.16.40, folio 2078, Dimas Martín llama a Francisco Rodríguez- Batllori para que prepare una entrevista con Cobo Plana.

16- 6 de mayo a las 15.11.59, folio 2082 Dimas Martín llama a Francisco Rodríguez-Batllore, dale las gracia a Antonio ya me lo denegaron

Y también abunda en la bondad de la versión ofrecida por el coimputado la correspondencia intervenida tanto a este en su domicilio como a Dimas Martín en su celda, constando a los folios 1326 y 1749 respectivamente los autos de fechas 13 de marzo de 2010 y 29 de mayo de 2009 por los que se acordaba la detención y apertura de la correspondencia hallada en el domicilio (José Miguel Rodríguez) y celda (Dimas Martín), por lo que desconocemos en que se basan las defensas para sustentar una vulneración del secreto a la correspondencia, estas cartas son la siguientes:

1- Folios 1337 a 1340, carta fechada el 15 de mayo de 2009 en el que consta el membrete de Dimas Martín, carta remitida a José Miguel Rodríguez en la que se dan instrucciones a este sobre como se debe comunicar con aquel para a continuación escribir: "temas varios: Paco Batllori, ya sabes como es, vende más de lo que consigue, no quepa duda que tiene sus contactos pero es pesado como una piedra y me temo que el caso que le hacen es nulo, échale una mano hasta donde puedas.

2- Folios 1349 A 1353, misiva en la que José Miguel Rodríguez da cuenta a Dimas Martín de distintas cuestiones políticas, siendo contestado en la misma carta.

3- Folio 1357 y 1358 (constando al folio 1356 el sobre que la contenía en cuyo reverso consta el membrete de Francisco Rodríguez Batllori con su dirección), siendo figurando como remitente Dimas Martín y destino la prisión de Tahiche; fechada el 23 de mayo de 2009 En la que se menciona el nombre de una letrada y una reunión con A.C. dedicando los párrafos segundo a cuarto a temas judiciales, dando cuenta en los siguientes de las gestiones realizadas

ante Industria, rogando a continuación que se pusiera en contacto con José Miguel "pues estoy en una situación muy comprometida con la residencia de mi madre" y en la posdata "Te insisto no te olvides de mi tema, perdona mi insistencia, si no fuera un tema vital no te molestaría, he intentado un crédito pero los bancos no dan un duro".

4- Folios 2023 y 2024, sin fecha ni membrete alguno, que comienza "querido amigo", continua "estuve con JMR Y me dijo que no le habías indicado nada (a mano consta José Miguel Rodríguez), a continuación se da cuenta de temas de Inalsa y sigue "A.C. (a mano Antonio Castro Presidente Tribunal Superior) me dice que no ha detectado ninguna confabulación y que lo que le han comentado es que si aparece una cantidad APRECIABLE en cuanto a la responsabilidad civil no habrá problema" y por fin "Y en cuanto a mi y persona que a pesar de tu situación te comente esto ¿viste la carta que te di?. Esa es mi situación real. Mira a ver pues J.M.R. a quién le di la factura de este mes me dijo que tu le habías dicho que parase con la última anterior, para desviarla por otros sitios. A mi me da igual, pero quiero insistirte que eso este mes me es absolutamente indispensable, pues he de pagar la residencia de mi madre y te juro que no tengo dinero. Dimas, perdona, se que no estas para estos temas, pero estoy desesperado y no tengo a quién recurrir..."

Esta carta viene precedida por la nota obrante al folio 2022 "Hola José Miguel, que tal estas por ahí, por muy mal que estés seguro que mucho mejor que yo. Te acompaño la carta que ayer recibí de mi amigo Batllori, como ves soy el paño de lágrimas de todo el mundo, mira lo que puedas hacer, en el fondo me da pena de él. Lo de Antonio Castro Presidente del Tribunal Superior no lo comentes absolutamente con nadie"

5- Folios 1405 a 1407, carta sin fecha en la que figura, sin firma, F.Rodríguez Batllori, que comienza "Querido Dimas", sigue hablando de una carta a Antonio C.F., que la esta esperando ante la inminencia de la resolución de la Juez de Vigilancia, da cuenta, a continuación de gestiones ante Esscan, Marruecos e Inalsa, y acaba, ofreciéndose para realizar más gestiones que sean de utilidad para Lanzarote, pues tiene tiempo para ello, señalando una deuda de 25.000 euros, concluyendo "En fin Dimas perdona que me desahogue contigo, pero es que eres el único amigo con el que puedo contar. Por ello te ruego mires lo que puedas hacer, pues resuelto ese tema ya no te daré más lata. Eso si, me es indispensable que tanto Inalsa como Arrecife me ingresen antes de los 10 de cada mes, por que si no la bola se me hace absolutamente intragable".

Estas cartas han sido negadas en el acto del juicio por los acusados Dimas Martin y Francisco Rodríguez-Batllori,

más resulta difícil pasar por alto el contenido del escrito de fecha 28 de junio de 2012 de la defensa de este último en la que se reconocía la autoría de las cartas obrantes a los folios 1357 y siguientes y 1405 y siguientes, como así consta a los folios 2203 y 2204.

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

Claro es que la obligación de todo letrado defensor es el apoyar, sí se quiere incluso con vehemencia, la tesis defensiva de su patrocinado y más cuando en este pleito uno de los letrados se enfrentó al amargo trance defender a un familiar directo, pero esta obligación profesional y moral no puede empañar el que la teoría defensiva se basa en una suerte de actuación conspirativa, pues sólo a una conspiración se puede atribuir que alguien pueda hacer uso del teléfono de uno de los acusados (léase Dimas Martín), que efectúe o reciba llamadas por parte de personas que se hagan pasar por otros acusados y en esas conversaciones (ente terceros que nada tiene que ver con los hechos) salgan a relucir prisas por recibir cobros por deudas originadas por el cuidado de familiares o conversaciones sobre asuntos municipales o sobre temas penitenciarios, que además coinciden con las fechas de las resoluciones, y que también coinciden con cartas encontradas en una celda y en el domicilio de uno de los acusados, y conversaciones que también vienen a coincidir con pagos recibidos por otro de los acusados, sin que parezca existir contraprestación alguna, esto es, sin que exista cualquier documento en los que se puedan amparar estos pagos. O bien podemos entender que todo ha obedecido a una maquinación para efectuar pagos indebidos a una persona de relevancia que se encontraba acuciada por problemas económicos. Recuérdese (por más que no nos apoyemos en el como fundamento de la condena) aquel principio metodológico y filosófico atribuido al fraile franciscano, filósofo y lógico escolástico Guillermo de Ockham, según el cual, "en igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la correcta".

Del contenido de las conversaciones telefónicas podemos derivar que aquella impresión de que el acusado Dimas Martín era el factótum de la Isla de Lanzarote lejos de ser una "leyenda urbana" era realidad, así de las llamadas números 1, 7 y 15 se le da cuenta a dicho acusado de temas relacionados con Inalsa (pese a que estaba inhabilitado por

sentencia judicial firme). En las llamadas números 2, 3, 4, 6, 8 y 10 se le da cuenta de temas relacionados con el Ayuntamiento de Arrecife (pese a que estaba inhabilitado por sentencia judicial firme). En las números 5, 6, 8, 9, 10, 11 y 12 se interesa por los pagos a Francisco Rodríguez-Batllore (pese a que estaba inhabilitado por sentencia judicial firme), por cierto la explicación dada por Dimas Martín en interesarse por los pagos, aduciendo el retraso en los pagos a proveedores por parte del Ayuntamiento cuadra mal con aquel "a Fomento ni un duro" y por fin en las llamadas 14 y 16 se advierten el interés y las gestiones efectuadas por Francisco Rodríguez-Batllore, para la consecución del tercer grado penitenciario a Dimas Martín, de hecho la testifical del que fuera Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias señala que recibió a Francisco Rodríguez-Batllore como asesor de la Cámara de Comercio y en una ocasión le pregunto sobre dicho tercer grado.

Y estas daciones de cuenta sobre temas municipales e insulares, repetimos pese a que Dimas Martín estaba inhabilitado por resolución judicial firme, se confirman, del mismo modo, en las cartas numeradas del 2 al 5. Y la influencia que tenía Dimas Martín, pese a estar inhabilitado, en los pagos a realizar a Francisco Rodríguez Batllori, se demuestra en las misivas 1, 3, 4 y 5. Y para acabar las cartas 1, 4 y 5 acreditan que realmente Francisco Rodríguez-Batllore se implicó en la consecución del tercer grado para aquel que calificó como querido y único amigo en quién confiar, Dimas Martín.

Nos dice la defensa de Francisco Rodríguez-Batllore que en poder del mismo, y así se le entregó a los Agentes de la UCO, se encontró abundante documentación que acreditaba tanto la relación (contratación), como la prestación de servicios tanto al Ayuntamiento como a Inalsa.

Señala que esta relación se desprende de manera directa e inmediata de las testificales practicadas a su instancia, así por lo que hace al Ayuntamiento las reuniones mantenidas con Javier Sánchez, sobre la ubicación del Punto de Inspección Fronteriza o la enajenación de un inmueble; Domingo Berriel para tratar sobre el vertedero de Argana Alta y el PGOU de Arrecife, sobre el que también se reunió con Emilio Atienza; Inmaculada Acosta, sobre las necesidades del Ayuntamiento de Arrecife en materia de formación para ayuda a personas dependientes o José Bernardez sobre el PGOU de Arrecife, reunión a la que, curiosamente, también acudió el inhabilitado Dimas Martín. Y es que a todas esas reuniones acudió Francisco Rodríguez en calidad de asesor del Ayuntamiento y "a nadie se le ocurre presentarse como asesor si no lo es".

Y respecto a Inalsa se apoya la condición de asesor en las reuniones mantenidas con Juan José Cobo, sobre la posible declaración de concurso, de nuevo acompañado del inhabilitado Dimas Martín, recuérdese que fue impresión del testigo "persona a la que había que convencer". Juan Carlos Betancor, sobre los cursos impartidos por Femepa. María del Rosario Mendoza, sobre la modificación del Convenio Colectivo; Adrián Mendoza, sobre la deuda con Unelco y la concurrencia al mercado libre. Juan de Dios Fernández, sobre la posible presentación de un ERE y Pablo Casado, sobre la deuda de Unelco. Reuniones a las que asistía en su condición de asesor de Inalsa.

Mención aparte merece la testifical de Roberto Acuña, quién señaló, como vimos, haber sido contratado en el mes de agosto de 2008, este si con contrato, siendo asesorado por Francisco Rodríguez-Batllore (quién era un jefe de personal sin contrato) en el tema del convenio colectivo y de cursos de formación. Resaltar dos notas respecto a este testigo, si el mismo era asesorado por el acusado, mal se explica que el asesor iniciase sus servicios antes que el asesorado (el primero en marzo y el segundo en agosto) y recuérdese que Plácida Guerra insistió en que se buscaba a alguien del perfil de Francisco Rodríguez-Batllore, por lo que la pregunta se antoja sencilla ¿para que se contrato al Sr Acuña?, pues el puesto ya estaba ocupado por la persona cuyo perfil se correspondía con el buscado y máxime cuando se afirma que Batllori le asesoraba, de esta suerte solo podemos concluir con que este testigo faltó a la verdad en su declaración, lo que nos obliga a deducir testimonio en su contra.

No duda esta Sala que el acusado Francisco Rodríguez-Batllore estudiara la documentación que tenía en su poder referente a las dos instituciones de las que recibió pagos, como tampoco dudamos de su valía profesional. Tampoco dudamos de que en todas las reuniones a las que nos acabamos de referir se anunciara como asesor bien del Ayuntamiento, bien de Inalsa. Pero es que tampoco podemos dudar, y así también lo hemos manifestado, que estos contratos de asesoría de forma necesaria se han de redactar por escrito en atención a su cuantía, forma que no podía utilizarse habida cuenta de la incompatibilidad que alcanzaba al "asesor" por su condición de funcionario.

Ahora la pregunta, pensando en la citada tiempo antes Sentencia de 15 de julio de 2013, es si el trabajo se prestó, esto es, recibieron el Ayuntamiento e Inalsa la asesoría contratada. La respuesta a esa pregunta pasa por un dato no probado que no es otro que determinar quién contrato. Así el Alcalde del Ayuntamiento negó este contrato, como también lo negó José Miguel Rodríguez (con quién había convenido el precio según Francisco Rodríguez-

Batlloori), y por lo que hace a Inalsa Plácida Guerra, la que buscaba una persona del perfil de Batllori, una vez encontrado esto, lo dejo en manos del jurídico a quién no identifica, sin embargo Rafael Elorrieta, señala que este asesor fue contratado en el mes de mayo de 2008 (concreto el día 13), lo que no parece posible a la luz de la factura obrante al folio 3066, minuta de 14 de mayo de 2008 por honorarios devengados por "labores de colaboración y asesoramiento marzo y abril de 2008", si bien se arguyó que en realidad esa factura era un error porque lo que se pretendía era una provisión de fondos (que no permite la legislación sectorial), pero es que ni aún si cuadran las fechas ni los conceptos, pues si acudimos a la siguiente factura, folio 3071 minuta de 14 de julio de 2008 por honorarios devengados por labores de colaboración y asesoramiento junio y julio de 2008, pues resulta que el mes de mayo (su parte proporcional) no se factura, y de hecho desconocemos con quién se pactó la "iguala" a la que aludía la defensa.

No obstante los defectos que acabamos de apuntar es si la asistencia a estas reuniones satisface las labores de asesoría, es evidente que no, en primer lugar desconocemos quién comisionó a Francisco Rodríguez-Batlloori para acudir a estas reuniones en nombre del Ayuntamiento (dicho sea de paso en un primer momento se señaló que se le había contratado para asesorar a los concejales del PIL) y tampoco se ha señalado quién le comisionó para acudir en nombre de Inalsa. Pensemos, de nuevo en el plano teórico, que estaba comisionado para esta asistencia, que efectos prácticos, que utilidades recibieron las entidades contratantes, que informes se emitieron por el contratado, la respuesta es desalentadora casi ninguno, y es que el único efecto practico fue la impartición de dos cursos formativos (impartición que tampoco se acredita de forma documental todo hay que decirlo) a los trabajadores de Inalsa, y no existe más constancia escrita de estas labores de asesoramiento, o para ser más precisos, si que existe si no una asesoría si una dación de cuentas, pero esta no se efectuó ni al Ayuntamiento ni a Inalsa, sino a Dimas Martín como acreditan las cartas, es decir al que se escuda en el mito de la "leyenda urbana" y que, no es ocioso repetirlo cuantas veces sea preciso, estaba inhabilitado por resolución judicial firme. Es por ello que coincidimos con el Ministerio Fiscal cuando entiende que más bien se trataban de servicios particulares a este acusado.

Cierto es existía un interventor municipal y que efectivamente los pagos efectuados por el Ayuntamiento de Arrecife estaban intervenidos, pero a la vista de los documentos obrantes en las actuaciones no cabe sino concluir que el único control existente era de carácter contable (dicho sea de paso recordemos que los expedientes

contables tampoco aparecen), se examinaba si había una minuta, pero no se ejercía un control financiero para determinar si el pago que se abonaba procedía de un servicio aprobado en el correspondiente expediente, algo imposible porque no existe expediente alguno y si el mismo se había prestado efectivamente en beneficio de la entidad.

O como dice la citada Sentencia de 3 de septiembre de 2014: *"Insistimos, la ausencia de reparo o control por parte del órgano concernido que interviene en el pago no borra la arbitrariedad del pago efectuado, solo patentiza la falta de efectividad en la fiscalización del mismo"*.

Resaltar, por lo que hace al control por parte del Interventor, que en este acto fiscalizador se hace constar que "se adjuntan las siguientes ofertas presentadas (mínimo 3, siendo la más conveniente para el Excmo Ayuntamiento la de la empresa Francisco J. Rodríguez Batllori", ¿Qué tres ofertas eran estas?.

Los pagos realizados en todos los casos con fondos públicos, sin perjuicio de los controles formales que se llevaban a cabo, no respondían a la satisfacción de un interés público, ni se hacían en beneficio de los intereses del Ayuntamiento de Arrecife o de la entidad Inalsa, sino que tenían como objetivo la satisfacción del ánimo de lucro de los acusados Dimas Martín Martín y Francisco Javier Rodríguez-Batllori Sánchez.

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

¿Podía el acusado Francisco Rodríguez-Batllori Sánchez prestar servicios para dos administraciones públicas como son el Ayuntamiento de Arrecife e Inalsa?: es evidente que no habida su condición de funcionario de carrera de la Comunidad Autónoma de Canarias.

¿Cabe la contratación verbal en el ámbito administrativo?: basta un simple no

¿Los "contratos" en cuestión pueden ser calificados como menores?, y partimos de la base que consideramos que estos contratos son inexistentes. En atención a las cuantías percibidas, superiores a los 12.000 euros del Ayuntamiento y a los 18.000 euros de Inalsa, es evidente que tampoco. Y en consecuencia para la contratación del acusado Francisco Rodríguez-Batllori (de haber existido esta) hubiera sido necesaria la incoación y resolución del correspondiente expediente de contratación a fin de

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

Aún cuando se considerase la posibilidad del contrato verbal (pues no se ha de pasar por alto que no es un hecho discutido que no existe contrato escrito) y que los servicios prestados pudieran incluirse en la categoría de contrato menor, ¿la indefinición del precio afectaría al mismo?. Es evidente que si como así lo señala el artículo 14.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Y nuestro caso no solo se desconoce la persona con quién se concertó este precio (se nos antoja que con Dimas Martín) sino también que precio se fijo como es de ver por las diferencias existentes en las distintas minutas giradas. De ahí que habláramos de la inexistencia de un control financiero.

¿Era necesaria la contratación de Francisco Rodríguez Batllori como asesor externo tanto del Ayuntamiento como de Inalsa?. Por lo que hace a la corporación municipal, niegan esta necesidad María Asenet Padrón, María Villaverde, y es más, nunca se hizo un informe justificativo de la necesidad de esta contratación. Podría alegarse que este informe tampoco se realizó para la contratación del letrado Monroy Alfonso, lo que es cierto pero con evidentes matices. Esta contratación vino precedida de un Decreto de nombramiento (recuérdese uno para la asesoría en general y otros para la asistencia a pleitos), y en atención a la cuantía, no se sobrepaso el límite del contrato menor.

Por lo que hace a Inalsa, y de nuevo ausente el informe de necesidad, solo justifican la necesidad los acusados Plácida Guerra y Rafael Elorrieta y el testigo Juan Manuel González. Claro es que no podemos pasar por alto que si este último por un lado justifica la necesidad y por el otro le contrata, desconocemos como es posible, como ya

destacamos en su momento, que se le abonara una factura del mes de marzo de 2008, la explicación del "corta y pega" ofrecida no nos resulta en modo alguno justificativa, no solo porque la provisión que se decía interesar no se interesó, por ejemplo, del Ayuntamiento, sino porque la minuta dice lo que dice, y sobre todo si quién le contrato fue Rafael Elorrieta en el mes de mayo, como es posible presentar una minuta para la "provisión de fondos" en el mes de marzo cuando se desconocía este contrato. Y claro es, con respecto a esta pretendida provisión de fondos, que no se ha aportado documento alguno de cualquier establecimiento hotelero o de restauración o de cualquier medio de transporte que justifique el gasto que dice soportar la minuta.

Por otro, y también relacionado con la necesidad de contratación, cabe preguntarse ¿para qué se contrato por parte de Inalsa a Roberto Acuña?, pues el puesto de asesor parecía estar cubierto por Francisco Rodríguez-Batllore, máxime cuando este se dice haber sido contratado en el mes de mayo (pese a minutar desde marzo), y Acuña fue contratado en agosto (este si con contrato escrito), y señala que Batllori le asesoraba, por tanto se contrato a una persona para ser asesorado por el acusado.

En cualquier caso puede argumentarse que Francisco Rodríguez-Batllore presto efectivos servicios para ambas entidades públicas, pues tanto tenía documentación en su poder que acreditaba el estudio de asuntos relacionados con ambas, habiendo asistido a reuniones en calidad de asesor en las que le veía informado de dichos temas.

Partamos de que no existe ni un solo documento, informe, escrito o dictamen de ningún tipo que acredite estas labores de asesoramiento, y así lo señalan Sheila Aguilar, María Asenet Padrón, María del Carmen Villaverde, María del Plar Machín o Manuel del Rosario Fajardo, todos ellos respecto del Ayuntamiento, o el certificado y es que las únicas gestiones que parecen haberse realizado consisten en las reuniones con Javier Sánchez Simón, Domingo Berriel Martínez, Emilio Jesús Atienza, María Inmaculada Acosta o José Bernardez Montero (esta última con la asistencia de Dimas Martín), más que resultado práctico tuvieron para el Ayuntamiento, que utilidad se le reportó al Mismo, ninguna, es más, y como dijimos no solo el Alcalde, Enrique Pérez Parrilla, negó la contratación, sino que se desconoce quién comisionó al acusado para acudir a dichas reuniones en nombre del Ayuntamiento (recuérdese de nuevo que la reunión del Gran Hotel, no negada por nadie se limitó al posible asesoramiento a los Concejales del PIL).

Véase también que cuando se intenta invocar un relevante asesoramiento, como pudiera ser la RPT del

Ayuntamiento, aprobada cuando la acusada María Luisa Blanco ocupaba la Concejalía, se intenta incluir en el asesoramiento sobre la misma a Francisco Rodríguez-Batlloori (sin informe escrito alguno), señalando Emilia Perdomo la posibilidad de este asesoramiento que ni la propia concejal acusada confirma, pues se limitó a señalar que le asesoró en múltiples temas sin identificar ninguno. De esta suerte de los Concejales que firman las ordenes de pago, uno no reconoce trabajo alguno, y la segunda señala un asesoramiento, pero que hemos de entender como indefinido pues no lo identifica. Y ninguna de las otras dos Concejales examinadas como testigos, María José Docal y Emilia Perdomo, son capaces de identificar asesoramiento alguno, y recordemos que la "contratación" fue para asesorar a los Concejales del PIL en el Ayuntamiento.

Y esta ausencia de resultado positivo alguno es predicable igualmente de Inalsa y es que el abono de las minutas no pueden justificarse como las breves reuniones mantenidas con Juan José Cobo Plana, Juan Carlos Betancor, María del Rosario Mendoza, Juan de Dios Fernández, Adrián Mendoza o Pablo Casado. O para ser más correctos si hubieron dos resultados, los cursos formativos (de los que se desconoce el número, la duración, la actividad formativa o los trabajadores formados) y la presentación del concurso, pero este último asesoramiento no consintió sino en convencer a Dimas Martín (no olvidemos inhabilitado por resolución judicial firme) de la necesidad de presentar el concurso. Y entendemos que tan pobre bagaje práctico de la actividad de una persona que carece de contrato a favor de la entidad no puede amparar el abono de más de 20.000 euros.

La siguiente pregunta es también evidente, y es que desconociendo quién contrato en realidad, acto que nadie reconoce en el Ayuntamiento y con respecto a Inalsa quien lo reconoce no pudo ser porque entró en la empresa después de la primer factura, ¿intervino o influyó Dimas Martín? en esta "contratación" o para ser más acorde con nuestro pronunciamiento condenatorio, fue Dimas Martín determinante para que le fueran abonadas las cantidades a Francisco Rodríguez-Batlloori sin que obedecieran a trabajo alguno. Y la respuesta solo puede ser positiva.

Así la reunión que pudiera ser señalada como el germen del inexistente contrato con el Ayuntamiento fue convocada precisamente por Dimas Martín, quién, eso si, se cuidó de no acudir a la misma.

La influencia nos la ha explicado José Miguel Rodríguez y se desprende de manera directa de las conversaciones telefónicas relacionadas con los números 5, 6, 8, 9, 10, 11 y 12. E igualmente se desprende de las cartas 1, 3, 4 y 5.

Recuérdese con respecto a esta última que le pedía que le buscara más cosas "en las que pudiera ser útil a Lanzarote", y esta petición no se efectúa a un empresario, sino a un político inhabilitado a quién, ni más menos, se le envían cartas a prisión para que agilice el pago de la inexistente asesoría.

Y es que a cambio Dimas Martín pretendía servirse de los contactos de Francisco Rodríguez Batllori, quién efectivamente se interesó en la consecución del tercer grado como evidencian las llamadas 14 y 16, las cartas 1,4 y 6 y como confirma el que fuera Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Y no podemos olvidar que la única dación de cuenta de las gestiones efectuadas no se efectúa con responsable alguno del Ayuntamiento, ni con la Consejera Delegada o el Gerente de Inalsa, sino que la dación se efectúa con Dimas Martín, es palmaria la ascendencia de este en los asuntos Lanzaroteños.

Por fin ¿sabían los acusados José Miguel Rodríguez, María Luisa Blanco, Plácida Guerra y Rafael Elorrieta, en tanto que gestores (y a su vez custodios) de fondos públicos, que tanto al reconocer la obligación como al aprobar el gasto, es desembolso no se correspondía con trabajo alguno?, es palmario que si.

En resumen Francisco Rodríguez-Batllori busco una fuente de financiación en la Isla de Lanzarote, sin embargo esta no se tramitó por las vías legales, antes al contrario, sino que se obviaron de todo punto cualesquiera trámites administrativos para el cobro indebido de dinero público. Y es que se comenzó con la persona que le abrió el camino a los fondos públicos, quién no solo no ostentaba cargo público, sino que, además, estaba cumpliendo condena por la comisión de delitos relacionados con el ejercicio de su cargo, pero quién, sin embargo, conservaba un notable poder de influencia sobre el Partido Independiente de Lanzarote. Y de esta forma se ideó un plan para conseguir este acceso a los fondos públicos, que en todo caso debería revestir una apariencia de legalidad administrativa, y de ahí la presentación de minutas, el reconocimiento de la obligación y las ordenes de pago, más en ausencia del primer requisito, la incoación del correspondiente administrativo que permitiera no solo velar tanto por la necesidad de la contratación, como por la idoneidad de la oferta seleccionada, y lo que es más importante hubiera permitido la correcta fiscalización de la actuación. Pero nada de esto se hizo sino que se amparo, permitió y consintió el cobro de dinero público, con evidente daño a los intereses generales a cuyo servicio objetivo se encuentran los gestores de fondos públicos, bajo el

paraguas de una prohibida contratación verbal (que incluso cabe calificar como de inexistente, pues no se conoce con quién se establecieron los pactos) y que además no reporto utilidad alguna a las administraciones "contratantes"

#### **DECIMOSEPTIMO.- SOBRE LA CALIFICACION DE LOS HECHOS PROBADOS**

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

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

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

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

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

*a) Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de " hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión " , por ello " esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos " , ya que " en éstos la acción*

es única aunque los delitos sean plurales; en aquél las acciones son plurales pero el delito se valora como único".

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

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

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

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

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

2) Esta Sala Segunda ha tratado de señalar pautas que ayuden a diferenciar el delito continuado frente a la unidad natural de acción o hecho único. Así en SSTS. 213/2008 de 5.5 y 1394/2009 de 25.1.2010 se señaló que el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese

enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad.

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

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

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

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

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

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

Siendo así, cuando se produce una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En este supuesto no hay unidad natural de la acción, sino diferentes actuaciones

que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado .

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

Esta es la situación contemplada en nuestro caso, prueba por un lado Dimas Martín, en primer lugar, y como veremos, una vez se concertó con Francisco Rodríguez-Batlloiri para conseguirle ingresos regulares, determino el nacimiento de la voluntad delictiva en terceros, valiéndose de su ascendencia sobre los mismos, para que este en tantas ocasiones como les fueran presentadas minutas por el segundo de los acusados, hasta un total de 12, que no se correspondían con la prestación de servicio alguno, en un periodo de tiempo comprendido entre marzo de 2008 y abril de 2009, acordándose por los gestores de los fondos públicos el reconocimiento de la obligación y el abono de las minutas, con perfecto conocimiento de que las mismas no se correspondían con la realidad y que el destinatario de estos fondos públicos no había sido contratado. Por tanto, la conducta delictiva se prolongó en el tiempo, más de un año, pudiendo haberla interrumpido en cualquier momento, al no hacerlo así, dominó la acción e incurrió en continuidad delictiva durante un dilatado periodo temporal, en el bien entendido caso que nos encontraríamos ante tres delitos continuados, a saber: las actuaciones relativas al Ayuntamiento, las relativas Inalsa, y por fin las referidas a las minutas giradas.

Tres de los cuatro delitos antes mencionados, todos menos el de falsificación son considerados como especiales propios en, en la medida en que se solo pueden cometidos por funcionarios públicos (sin perjuicio de la participación del extraneus, como bien explica la transcrita Sentencia de 3 de septiembre de 2014). Esta condición de funcionario público no puede ser discutida

respecto de los Concejales José Miguel Rodríguez y María Luisa Blanco, pero si exige una explicación respecto de Plácida Guerra y Rafael Elorrieta, a este respecto nos dice la Sentencia de 28 de febrero de 2014:

*"La STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 es digna de ser evocada como primer punto de referencia para acercarnos a la cuestión:*

*"Tal y como ha declarado esta Sala, el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP (con anterioridad art. 119 CP 1973), conforme al cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar ( STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001 ). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública" ( STS de 4 de diciembre de 2002 ), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto.*

*Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia ( SSTs de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000 ), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo".*

*Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas*

entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública" (STS de 27 de enero de 2003 ). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporabilidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993 ), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003 ) .

El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos (STS de 19 de diciembre de 1999 ); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997 ); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002 )".

Por tanto la condición de funcionarios públicos también es predicable de estos dos acusados en su condición de Consejera Delegada y Gerente de Inalsa respectivamente. Así por lo que respecta a la función es claro que dicha entidad participaba en el ejercicio de funciones públicas, y para ello nos remitimos a su objeto social, estando admitido que las entidades locales pueda actuar mediante sociedades que revistan formas jurídico privadas, como concurre en este caso, pues para "la prestación de servicios de producción, alumbramiento, explotación y distribución de agua potable en la Isla de Lanzarote", bien tanpreciado en el Archipiélago Canario se constituyó una empresa con la forma de sociedad anónima.

Por lo que se refiere al modo de acceso a la función, consta en el relato de hechos probados (tomado de los Estatutos de Inalsa y del Consorcio de Aguas de Lanzarote) que la Consejera Delegada fue designada para tal cargo por acuerdo de la Junta General, con idéntica composición que la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote, formada, recordemos, por el Presidente del Cabildo Insular de Lanzarote y los Alcaldes-Presidentes de los Municipios integrados en el Consorcio, y que la Consejera Delegada a su vez contrató al Gerente, por tanto es claro que ambos acusados participaban del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente, requisitos que

son los exigidos por el artículo 24 del Código Penal para ostentar la condición de funcionario a efectos penales.

Como dijimos existió un primer concierto entre Dimas Martín Y Francisco Rodríguez-Batlloorí a fin de que aquel le consiguiera a este, para el abono de gastos familiares, ingresos regulares a través de su influencia en la Isla de Lanzarote y por medio de esta influencia en el año 2008 se concertó con los acusados José Miguel Rodríguez, Plácida Guerra (ambos miembros del PIL) y Rafael Elorrieta (contratado por Plácida), para que estos autorizasen con su firma el abono de las minutas que les fueron presentadas, concierto al que en el año 2009 se sumo María Luisa Blanco (quién junto con José Miguel reconoció y autorizó el pago de dos minutas), y a través de este concierto múltiple entre todos los acusados, se obtuvo de manera indebida el abono de fondos públicos, pago no sustentado en servicio alguno

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

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

Por tanto el concierto integra en el más amplio concepto de la malversación del 432, y el ánimo de lucro (como sinónimo de obtener un beneficio ilícito) es evidente, así Francisco Rodríguez-Batlloori pretendía la entrega de dinero, Dimas Martín hacer uso (como hizo) de los contactos de aquel, y el resto de los acusados el no contrariar las instrucciones dadas por la persona que en la sombra (y no es un juego fácil de palabras con la condición de penado de Dimas Martín) manejaba el gobierno del Ayuntamiento de Arrecife e Inalsa (y quién sabe pese a "la leyenda urbana" no lo hacia también con la Isla de Lanzarote). Y es claro lo indebido del pago (y correlativo cobro), pues se efectuó a persona que no estaba contratado, que además tampoco podía haberlo sido y que no efectuó actuación alguna en beneficio de las entidades que le abonaron las cantidades.

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

Y por fin las minutas elaboradas y giradas al cobro como justificativas de inexistentes trabajos integra el tipo del artículo 392 en relación con el 390.1.2<sup>a</sup> y es que como dice la citada Sentencia de 18 de noviembre de 2103:

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

Y no hace falta fundamentar mucho sobre este acto falsario, pues el acusado Francisco Rodríguez-Batllori, cuya dilatada trayectoria política y profesional le impedía de todo punto desconocer que no podía contratar con ninguna entidad pública (y efectivamente no contrato), y pese a ello y con la finalidad de justificar el cobro de cantidades de dinero elaboró una serie de documentos, que efectivamente fueron incorporados al tráfico jurídico, a sabiendas que los mismos no se corresponden con trabajo alguno a favor de Inalsa o el Ayuntamiento y es que las reuniones mantenidas ninguna utilidad reportaron, siendo sólo la apariencia de su realización para justificar el abono de dinero público. Visto lo que antecede, esta Sala considera que sí se dan aquí los elementos del tipo objetivo de la falsedad en documento mercantil, pues el

documento tiene ese carácter (elemento normativo del tipo penal), concurre una mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el artículo 390, la alteración de la verdad afecta a elementos esenciales del documento en orden al tráfico jurídico; y además ha producido un perjuicio para el bien jurídico.

Se alegó por la defensa de Plácida Guerra la existencia de error, señalar que corresponde a quien lo alega, y su defensa, exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error; y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto, y bien entendido que resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibles la invocación del error (hemos de entender que se invoca el de prohibición) cuando se trata de "infracciones de carácter natural o elemental", cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada". En nuestro caso se desconoce en que fundamenta esta parte el error, en cualquier caso se trataba de un error fácilmente vencible, pues tanto la inexistencia de trabajo alguno realizado por Francisco Rodríguez-Batllore, como la ausencia de contrato o la condición de funcionario de esta (y por tanto la imposibilidad de contratar) eran circunstancias de hecho fácilmente constatables (máxime cuando esta acusada afirmó conocerle "porque aquí nos conocemos todos).

#### **DECIMOCTAVO.- SOBRE LA PARTICIPACION DE LOS ACUSADOS.**

Como hemos dicho estimamos la existencia de un concurso de delitos por lo que aplicaremos el artículo 77 del Código Penal (salvo en lo referente a la falsificación).

Aclarado este punto interesa el Ministerio Fiscal respecto de Dimas Martín y Francisco Rodríguez Batllori la condición bien de inductores, bien de cooperados necesarios en los delitos de prevaricación, fraude y malversación (fraude que se entiende "consumido" por la malversación).

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

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

*"Esto cuando resulta que en el Diccionario de la RAE inducir es tanto como "instigar" o "mover" a alguien a*

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

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

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

Y la de 26 de marzo de 2014 nos indica:

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

Por lo que hace a Dimas Martín Martín, es responsable penal en concepto de inductor del artículo 28 párrafo Segundo A) de dos delitos continuados de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal.

Del mismo modo, es responsable penal en concepto de inductor del artículo 28 párrafo Segundo A) de dos delitos continuados de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal.

Entendemos la existencia de este título de participación, habida cuenta que fue dicho acusado, gracias a su ascendencia en la vida política de Lanzarote quién determino en los cuatro acusados que ocupaban cargos públicos la voluntad tanto de entregar de manera indebida fondos públicos, como de dictar resoluciones arbitrarias (reconocimiento de la obligación y ordenes de pago)

Y abundando en su participación no podemos obviar que en primer lugar se concertó con el acusado Francisco Rodríguez-Batlloori para conseguir a este una fuente de financiación provenientes de entidades públicas y más tarde hizo partícipes de este concierto a los otros cuatro acusados, acto este último que resultó definitivo para la comisión de la totalidad de los delitos, pues de otra manera, sin esta puesta en conocimiento de quienes ostentaban funciones públicas, el previo concierto no hubiera dado paso ni a la malversación ni a la prevaricación.

Por su parte Francisco José Rodríguez-Batlloorí Sánchez, es responsable penal en concepto de inductor del artículo 28 párrafo Segundo A) de dos delitos continuados de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal, y es que fue la presentación de las minutas la que determinó el reconocimiento de la obligación y el dictado de las ordenes de pago

Del mismo modo, es responsable penal en concepto de inductor del artículo 28 párrafo Segundo A) de dos delitos continuados de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal.

Entendemos la existencia de este título de participación, habida cuenta que fue dicho acusado, quién gracias al concierto trabado con Dimas Martín coadyuvó en forjar en los cuatro acusados que ocupaban cargos públicos la voluntad tanto de entregar de manera indebida fondos públicos, como de dictar resoluciones arbitrarias (reconocimiento de la obligación y ordenes de pago).

Por fin es responsable penal en concepto de autor de un delito continuado de falsificación en documento mercantil del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1.2ª.

José Miguel Rodríguez Sánchez es responsable en concepto de autor del artículo 28 de los delitos en concurso de malversación de caudales públicos, y prevaricación, por su participación en los hechos relativos al Ayuntamiento de Arrecife.

María Luisa Blanco Caraballo es responsable en concepto de autora del artículo 28 de los delitos en concurso de malversación de caudales públicos y prevaricación, por su participación en los hechos relativos al Ayuntamiento de Arrecife.

Plácida Guerra Cabrera es responsable en concepto de autora del artículo 28 de los delitos en concurso de malversación de caudales públicos y prevaricación, por su participación en los hechos relativos a la entidad Inalsa.

Rafael Elorrieta Larrea es responsable en concepto de autor del artículo 28 de los delitos en concurso de malversación de caudales públicos y prevaricación, por su participación en los hechos relativos a la entidad Inalsa.

**DECIMONOVENO.- SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.**

Concorre respecto del acusado Dimas Martín Martín la circunstancia modificativa de la responsabilidad prevista en el artículo 22.8 de reincidencia en el delito de malversación de caudales públicos.

Del mismo modo respecto de este acusado y Francisco José Rodríguez-Batllorí Sánchez concurre la circunstancia prevista en el artículo 65.3 del Código Penal, no ostentar la condición de funcionario público en relación a los delitos de malversación, fraude y prevaricación. Circunstancia atenuante que ha sido prevista por el Ministerio Fiscal y a la que esta Sala se ha de aquietar habida cuenta que supone un beneficio para los acusados.

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

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

*"La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el*

interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado ( SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Duran de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001, 177/2004 , 153/2005 y 38/2008 ; y SSTs 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6 , entre otras).

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

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por

la conducta delictiva ( SSTC 177/2004 y 153/2005 ). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga ( SSTS 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6 )”.

En nuestro caso, no solo nos encontramos con una causa evidentemente compleja (como ya hemos indicado con anterioridad), hablamos de las previas 697/2008, con múltiples imputados y múltiples vías de investigación, previas de las que esta pieza se desgajó en febrero de 2012. Puede considerarse que la investigación de lo que luego resultó ser la pieza separada 8, se inició en el mes de enero de 2010, practicándose las primeras detenciones en el mes de abril (todavía en el seno de la pieza principal), y en el marco de esta investigación principal, la relativa a esta pieza permaneció sin aparente investigación (al menos que conste en los testimonios) paralizada desde el 28 de abril de 2010, folio 1528 al 15 de diciembre de 2011, folio 1561. Más no cabe obviar, como dijimos que se encontraba en el marco general del denominado Caso Unión, por lo que esta paralización de esta rama de la investigación, pues no se alega este defecto de la pieza principal, no alcanza el efecto de la atenuante. No esta de más incluso hacernos eco del escrito de calificaciones de la defensa de Rafael Elorrieta en el que se señala, folio 4236: “Es de destacar la enorme celeridad y diligencia empleada en la presente pieza”, debiendo ponerse de manifiesto que incluso las propias defensas interesaron y de forma razonable en atención a la complejidad de la causa, obtuvieron, la ampliación del plazo para la presentación del escrito de conclusiones, como por ejemplo consta al folio 4908. En cualquier caso de nuevo, como veremos en el fundamento siguiente, se trata de una cuestión carente de efectos prácticos en orden a la imposición de las penas.

Por fin se invoca por la defensa de María Luisa Blanco la atenuante de detención ilegal, que bien puede reconducirse a la denominada pena natural. Este concepto se venía aplicando en aquellos supuestos en los que la actuación de los Organos Jurisdiccionales había supuesto una patente merma de los derechos del justiciable, por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir

correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad, Sentencia de 10 de diciembre de 2008, en el mismo sentido, entre otras las Sentencias de 27 de diciembre de 2004, 12 de mayo de 2005, 25 de enero, 30 de marzo y 25 de mayo de 2010. Evidentemente no cabe esta suerte de compensación de la responsabilidad criminal cuando no hemos apreciado defecto alguno en la detención.

#### **VIGESIMO.- DE LAS PENAS**

A la hora de la fijación de las penas, debemos tener presentes dos circunstancias, en primer lugar que constituyen conductas distintas las realizadas con respecto al Ayuntamiento de Arrecife y a Inalsa, por lo que, como dijimos, estamos en presencia de dos actividades delictiva.

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

Así las cosas podríamos optar por imponer las penas en su mínimo legal, el antes citado, o en caso, y por exigencia del principio acusatorio, aquietarnos al escrito de acusación y optamos por esta última solución, si bien rebajando en dos de los casos la pena interesada de inhabilitación para atemperarla a la prisión solicitada, es por ello que impondremos las siguientes penas:

A María Luisa Blanco Caraballo la pena de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de ocho años.

A Plácida Guerra Cabrera la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de nueve años (siendo esta última la pena mínima).

A Rafael Elorrieta Larrea la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de nueve años (siendo esta última la pena mínima).

Estando justificada la diferencia penológica al ser mayor la cantidad malversada por la actuación de estos dos últimos acusados, respecto a la malversada gracias a la intervención de la primera.

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

Respecto de Dimás Martín Martín las acusaciones interesaron la aplicación del artículo 65.3, es decir la imposición de la pena inferior en grado, teniendo en cuenta que se ha de imponer en su mitad superior (concurso) y a su vez en su mitad superior (continuado) y a su vez en su mitad superior (agravante), con una pena mínima de dos años, nueve meses y veintidós días de prisión y cinco años y cinco meses de inhabilitación absoluta, penas que serán las que impondremos en atención a la fecha de los hechos, en el bien entendido que serán dos las penas a imponer, una por los hechos relativos al Ayuntamiento de Arrecife y la segunda por los relativos Inalsa.

Por fin respecto de Francisco José Rodríguez Batllori, concurre la misma aplicación del 65.3, si bien en este caso no se aplica agravante alguna, por lo que pena mínima, que es la que impondremos, en lo que se refiere a los delitos en concurso, y de nuevo de forma doble es decir, tanto por los hechos relativos al Ayuntamiento de Arrecife como por los relativos Inalsa, dos años, nueve meses y quince días de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de cinco años.

Del mismo modo optamos por la imposición de la pena mínima en el delito continuado de falsificación es decir un año y nueve meses de prisión, y multa de nueve meses, con una cuota diaria de doce euros, próxima al límite legal que queda reservado a las situaciones de indigencia, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas.

#### **VIGESIMOPRIMERO.- DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Conforme señalan los artículos 109 y siguientes del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios. En el presente caso los perjuicios se identifican con las cantidades indebidamente abonadas (en su cuantía bruta) y por ello los acusados

Dimás Martín Martín, Francisco José Rodríguez Batllori, José Miguel Rodríguez Sánchez, indemnizarán por cuartas partes iguales al Ayuntamiento de Arrecife en la cantidad de 19.764,72, debiendo indemnizar María Luisa Blanco Caraballo en la cuarta parte de la cantidad de 7.411,76 euros.

los acusados Dimás Martín Martín, Francisco José Rodríguez Batllori, Plácida Guerra Cabrera y Rafael Elorrieta Larrea indemnizaran por cuartas partes iguales a la entidad Inalsa en la cantidad de 26.089,40 euros, con aplicación en todos los casos de los intereses previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

#### **VIGESIMOSEGUNDO- DE LAS COSTAS**

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

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

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

**DIMAS MARTIN MARTIN** como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife en concurso con un delito continuado de prevaricación a las penas de **dos años y nueve meses y veintidós días de prisión y cinco años y cinco meses de inhabilitación absoluta**

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

**FRANCISCO JOSE RODRÍGUEZ-BATLLORI SANCHEZ** como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife en concurso con un delito continuado de prevaricación a las penas de **dos años, nueve meses y quince días de prisión e inhabilitación absoluta por espacio de cinco años.**

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

**y quince días de prisión y cinco años de inhabilitación absoluta.**

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

**MARIA LUISA BLANCO CARABALLO** como criminalmente responsable de un como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife en concurso con un delito continuado de prevaricación a las penas de **cuatro años y seis meses de prisión y seis años de inhabilitación absoluta**

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

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

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

los acusados Dimás Martín Martín, Francisco José Rodríguez Batllori, José Miguel Rodríguez Sánchez, indemnizarán por cuartas partes iguales al Ayuntamiento de Arrecife en la cantidad de 19.764,72, debiendo indemnizar María Luisa Blanco Caraballo en la cuarta parte de la cantidad de 7.411,76 euros.

los acusados Dimás Martín Martín, Francisco José Rodríguez Batllori, Plácida Guerra Cabrera y Rafael Elorrieta Larrea indemnizaran por cuartas partes iguales a la entidad Inalsa en la cantidad de 26.089,40 euros, con aplicación en todos los casos de los intereses previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Firme que sea la presente resolución dedúzcase testimonio de la misma y de las actas del juicio y grabaciones del mismo por la posible comisión por parte del testigo Roberto Acuña Armas en su declaración en el juicio de un delito contra la administración de justicia en su modalidad de falso testimonio.

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

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

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.