

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 891/2016

RECURSO CASACION N°:903/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria,
Sección 6ª

Fecha Sentencia: 25/11/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: IAG

**Estimatoria parcial. Aplicación del nuevo apartado tres del artículo 77 CP.
Rebaja de la pena.**

Nº: 903/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Vista: 16/11/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 891/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D^a. Ana María Ferrer García
D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto con el número 903/16, los recursos de casación interpuestos por **Juan Rafael Arrocha Arrocha**, representado por la Procuradora Sra. Romojaro Casado, bajo la dirección letrada de doña Beatriz Aranda Iglesias, **Carlos Francisco Saenz Melero**, representado por el Procurador Sr. Conde de Gregorio, bajo la dirección letrada de don Francisco Hernández Cabrera Marcial y **José Daniel Hernández Arraez**, representado por el Procurador Sr. Sánchez Vicente, bajo la dirección letrada de don José Fajula Codina, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 6ª) que les condenó por **delito continuado de malversación de caudales públicos, en concurso con un delito continuado de prevaricación y con un delito continuado de falsificación en documento mercantil.**

Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Arrecife, representado por la Procuradora Sra. Alarcón Martínez, bajo la dirección letrada de don Orlando David Betancor Montero y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 5 de los de Arrecife, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 3/2014 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6ª que, con fecha 18 de enero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<<**PRIMERO.-** Probado y así se declara que los acusados José Daniel Hernández Arraez cuya actividad comercial giraba bajo la denominación “Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez”, creando posteriormente la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L (Proselan 2008 S.L.), de la que era administrador único, cargo que en el que le sucedió su cónyuge en fecha posterior al año 2009; Carlos Francisco Saenz Melero, Interventor del Ayuntamiento de Arrecife; José Miguel Rodríguez Sánchez, Concejal de Hacienda y

Urbanismo del mismo Ayuntamiento y Juan Rafael Arrocha Arrocha, Responsable de la Oficina Técnica del citado Ayuntamiento, en fecha no determinada del año 2008 se concertaron para que, previa presentación de facturas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de las mismas con cargo a fondos públicos y favor de José Daniel Hernández o de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4- Factura número 131215 de fecha 30 de noviembre de 2008 por trabajos realizados de montajes y utilización de líneas, postes, proyectores, cuadros, accesorios y mantenimiento en la fiesta de Chaxiraxi en Argana Baja del 26 de septiembre al 6 de octubre de 2008”, constando

como beneficiario a “INSTALACIONES ELECTRICAS JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ”, y por un importe de 21.141,75 euros.

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

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

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

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

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

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

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

Registrada en la Intervención el 5 de diciembre de 2008.

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

Ni con carácter previo a la presentación de dichas facturas se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se redactó contrato alguno para la ejecución de la

prestación por parte del acusado José Daniel Hernández Arraez, amparándose la presentación en exclusiva en el concierto alcanzado por los acusados.

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

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

Estas facturas se presentaron al cobro en el mes de diciembre de 2008 al ser perfectos conocedores los acusados de la práctica del Ayuntamiento de Arrecife de liquidar en dicho mes la totalidad de los créditos a proveedores en el caso de existir disponibilidad presupuestaria y con la finalidad de evitar, una vez más, su correcta fiscalización.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A través de tal proceder, prescindiéndose a conciencia del deber de servicio público y de gestión leal de los fondos públicos que estaban bajo su custodia, se presentaron catorce facturas al cobro por un importe total de 349.159,90 euros entre el 2 de diciembre de 2008 y el 21 de abril de 2009, abonándose, con el consiguiente quebranto para las arcas públicas, el día 26 de diciembre de 2008 por el Ayuntamiento de Arrecife cinco facturas al acusado José Daniel Hernández Arraez por la cantidad total de 124.619,50 euros, y otras cinco facturas a la sociedad administrada por él Proyectos y servicios de Lanzarote 2008 S.L.U.” (PROSELAN 2008 S.L.) por la cantidad total de 126.674,10 euros, haciendo un total de 251.293,60 euros abonados por tales servicios de electricidad, los cuales efectivamente nunca se ejecutaron, con el consiguiente lucro personal y correlativo quebranto para las arcas públicas municipales, sin que fueran abonadas cuatro facturas por importe total de 97.866,30 euros al detectarse por la Concejalía de Festejos dichas ilegalidades y suspenderse el pago material de esas facturas en virtud del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de julio de 2009. >>[sic]

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<**LA SALA RESUELVA:** Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS A:**

JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ ARRAEZ como criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife en concurso

con un delito continuado de prevaricación y con un delito continuado de falsificación en documento mercantil a las penas de **cinco años y tres meses de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta.**

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

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

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

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

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

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

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

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones

necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por JUAN RAFAEL ARROCHA ARROCHA se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5.4º de a LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española.

Segundo.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 404 del Código Penal.

Tercero.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 432 del Código Penal.

Cuarto.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 74 del Código Penal.

Quinto.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 28 del Código Penal.

QUINTO.- El recurso interpuesto por CARLOS FRANCISCO SAENZ MELERO se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artº. 5.4º de la L.O.P.J., por vulneración del artº. 24. 2º de la Constitución española, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, relativo al delito de malversación de caudales públicos y prevaricación (arts. 432 y 404 CP).

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (arts. 432 y 404 CP).

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del artº. 404 CP.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del artº. 432 CP.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del artº. 74 CP.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del artº. 77 CP.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del artº. 21.6º CP.

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter

sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del artº. 28 CP.

Noveno.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando no se resuelvan en la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de defensa.

SEXTO.- El recurso interpuesto por JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ ARRAEZ se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artº 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse vulnerado lo dispuesto en el artº. 21. 6º del Código Penal, relativo a las dilaciones temporales existentes en la causa no imputables al recurrente.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artº. 65. 3º del Código Penal.

Tercero y Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849.1º de la LECR al haberse infringido la doctrina jurisprudencial en relación a la validez jurídica de la autoinculpación de uno de los acusados sin existir persistencia en la autoinculpación y dada la existencia de motivos expureos, y fruto del interés personal, en la misma; y al amparo del artº. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba (pag. 35 y 36 de la sentencia en relación a los folios 379, 380 y 1318 y ss de la causa).

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba (pág. 51 de la sentencia).

Sexto.- Por infracción de la ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido el artº. 61 del Real Decreto Legislativo 1/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias, así como el artº. 63 apartados 1.c) y 4, en relación a la consideración de las obras, mayores, menores o servicios.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba (en relación con los folios 848 y ss de la causa, folio 6 del informe pericial obrante en autos y folios 1699 y ss de las actuaciones).

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba (en relación al folio 1682 de las actuaciones).

Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba (pág. 27 y ss de la sentencia, en relación con los folios 52 y ss de las actuaciones).

Décimo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba (pág. 43-44 de la sentencia).

Decimoprimer.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haber resuelto la sentencia recurrida aspectos objeto de acusación y defensa.

Decimosegundo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al consignarse en la sentencia recurrida como hecho probado un concierto entre el recurrente, el concejal y el interventor.

Decimotercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haber resuelto la sentencia recurrida aspectos objeto de acusación y defensa.

Decimocuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse producido una manifiesta contradicción entre los hechos que se declaran probados.

Decimoquinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse producido una manifiesta contradicción entre los hechos que se declaran probados.

SÉPTIMO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Procuradora Sra. Alarcón Martínez y el Ministerio Fiscal, en escritos de 2 de junio y 5 de julio de 2016, respectivamente, solicitaron la inadmisión de todos los motivos de los recursos interpuestos y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró la misma el día 16 de noviembre de 2016, habiendo comparecido los siguientes letrados: doña Carmen Dolores Domínguez Marín en defensa de Carlos Francisco Saenz Melero, don José Fajula Codina en defensa de José Daniel Hernández Arraez, don Eduardo García Peña en defensa de Juan Rafael Arrocha Arrocha, don Orlando Betancor Montero en defensa del Ayuntamiento de Arrecife y el Ministerio Fiscal.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes, condenados por el Tribunal de instancia, como criminalmente responsables de un delito continuado de malversación de caudales públicos al Ayuntamiento de Arrecife, en

concurso con un delito continuado de prevaricación (y con un delito continuado de falsificación en documento mercantil en el caso de José Daniel Hernández Arraez) fundamentan sus recursos de casación en un total de veintinueve motivos.

SEGUNDO.- Ha de comenzarse el estudio de los diferentes motivos planteados por los recurrentes por aquellos que hacen referencia a quebrantamientos formales, dado su carácter prioritario de acuerdo con un orden procesal lógico.

Tales motivos, en esta ocasión, serían los siguientes.

1. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando no se resuelvan en la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de defensa (motivo noveno de Carlos Francisco Saenz Melero).

Se alega que no se ha resuelto sobre la impugnación que formuló de los informes que obran a los folios 14, 16 a 19, 848 a 853 y 872 a 888 de la causa. Esta impugnación se realizó tanto en el escrito de defensa como cuestión previa como en el traslado de la documental en la celebración del juicio oral.

Tal como decíamos en la STS 853/2016, de 8 de noviembre, la propia literalidad del precepto en el que se ampara el motivo describe el defecto procesal denunciado como aquel que se comete cuando se omita toda respuesta a alguno de los puntos que hubieren sido objeto de acusación o defensa.

La doctrina jurisprudencial que ha venido a interpretar ese precepto (SsTS 89/1997, de 30 de enero y 1117/1997, de 3 de octubre, entre muchas otras) es insistente en proclamar la necesidad de la concurrencia de una serie de requisitos para la constancia de la efectiva presencia del vicio denunciado.

Tales requisitos son: a) una verdadera omisión, laguna o ausencia de pronunciamiento sobre algún extremo, cometida por el Juzgador y que no pueda suplirse ni aun acudiendo, incluso con motivo del Recurso de Casación, al contenido implícito de su Resolución; b) que las pretensiones a que la omisión se refiera hayan sido planteadas, en tiempo y forma adecuados, por cualquiera de las partes; y c) que las mismas versen sobre cuestiones jurídicas tales como la calificación de los hechos, la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la determinación de la pena o la de la responsabilidad civil consecuencia del ilícito enjuiciado, y no sobre la pretensión de que se dé respuesta a determinados aspectos de mero contenido fáctico.

A la vista de las consideraciones expuestas, el motivo noveno del recurso de Carlos Francisco Saenz Melero se desestima.

No concreta el recurrente las razones de la impugnación que en su día formuló por lo que difícilmente podría analizarse si la misma halló o no respuesta en la resolución recurrida.

No obstante si, tal y como hace el propio recurrente, relacionamos este motivo con el segundo de su recurso, se advierte que lo que se impugna es la valoración como prueba de los documentos citados. Estos, según se alega, presentan numerosas contradicciones e irregularidades, además de haber resultado desvirtuados por el contenido de otras pruebas de descargo, tanto documental como testifical. El Tribunal a quo, se sostiene, habría hecho caso omiso a las argumentaciones formuladas en este sentido.

No plantea pues el recurrente, realmente, quebrantamiento de forma alguno, sino que impugna la valoración que el Tribunal a quo ha hecho de los mencionados documentos, entendiendo -como plantea en el motivo segundo de su recurso, que ampara en el artículo 849.2 LECRIM- que la misma ha sido errónea. En este sentido, la cuestión planteada es ajena al cauce casacional elegido, afectando, como hemos dicho, a la valoración de

la prueba realizada por el Tribunal de instancia. A este respecto, cabe indicar, como resalta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación al recurso formulado, que los documentos e informes a los que se refiere el recurrente son objeto de atención en la sentencia recurrida, que los valora con detalle en los folios 39 a 41, junto con las declaraciones prestadas en el acto del juicio por los autores de los mismos.

En definitiva, no se ha producido la omisión denunciada, al margen de que el recurrente no comparta la valoración que sobre los informes en cuestión ha sido realizada por el Tribunal de instancia.

2. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haber resuelto la sentencia recurrida aspectos objeto de acusación y defensa (motivo decimoprimerº del recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez)

Se alega que la sentencia recurrida no ha resuelto una de las cuestiones sometidas a debate cual fue la aplicación a José Daniel Hernández Arraez, respecto a los tres delitos que se le imputaban, del artículo 65.3 CP. El Tribunal a quo, se sostiene, dedica tres líneas al tema, limitándose a decir que considera improcedente su aplicación en atención a las cantidades malversadas, pero sin razonar por qué alcanza dicha conclusión, ni cuáles son sus fundamentos.

Dando por reproducidos los presupuestos que exige la estimación de este motivo de casación, el mismo ha de ser desestimado.

Como el propio recurrente reconoce, el Tribunal a quo sí ha resuelto sobre la aplicación del artículo 65.3 CP -folio 61 de la sentencia recurrida-. De hecho la conclusión alcanzada sobre el particular es objeto de impugnación en el motivo segundo del recurso por él formulado.

No existe pues el defecto de forma denunciado, sin perjuicio de que volvamos sobre esta cuestión al analizar el motivo segundo del recurso

formulado por José Daniel Hernández Arraez, amparado en el artículo 849.1 de la LECRIM.

Se desestima el motivo decimoprimerero del recurso de José Daniel Hernández Arraez.

3. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al consignarse en la sentencia recurrida como hecho probado un concierto entre José Daniel Hernández Arraez, el concejal y el interventor (motivo decimosegundo del recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez).

Se alega, en síntesis, que José Daniel Hernández Arraez, el concejal y el interventor del Ayuntamiento de Arrecife ni tan siquiera se conocían, no habiendo quedado probada una relación entre ellos. Difícilmente pues, se alega, pudieron concertarse para delinquir, tal como declara probado la resolución recurrida.

No concreta el recurrente, a cuál de los quebrantamientos de forma contemplados en el número uno del artículo 851 de la LECRIM se refiere su denuncia. En efecto, no se determina si se imputa al *factum* de la resolución recurrida, una falta de claridad u oscuridad en su redacción, una contradicción entre los distintos hechos declarados probados o una predeterminación en el fallo por incluirse en él conceptos jurídicos.

En cualquier caso, dada las alegaciones que lo fundamentan, estas serían ajenas a cualquiera de los defectos de forma citados. El recurrente niega que, como declara probado el Tribunal a quo, se concertara con Carlos Francisco Saenz Melero, interventor del Ayuntamiento de Arrecife, y José Miguel Rodríguez Sánchez, Concejal de Hacienda y Urbanismo del mismo Ayuntamiento, para, previa prestación de facturas que no correspondían con la realización de servicio alguno para el citado Ayuntamiento, obtener, a su favor o al de la entidad Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L, su abono con cargo a fondos públicos. Lo expuesto, sin embargo, no implica ningún defecto de forma de la sentencia

dictada sino la expresión de la disconformidad del recurrente con los hechos probados, lo que es, según lo dicho, ajeno al cauce casacional elegido.

En consecuencia, el motivo decimosegundo del recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez se desestima.

4. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haber resuelto la sentencia recurrida aspectos objeto de acusación y defensa (motivo decimotercero del recurso de José Daniel Hernández Arraez).

Se alega que la sentencia no resuelve la impugnación que realizó de los documentos obrantes a los folios 14, 16 y 17 a 19 de las actuaciones, no pronunciándose sobre la validez de los mismos. Se incide particularmente en el documento obrante al folio 14, que sería inexacto y erróneo, además de haber sido contradicho por otros informes del Ayuntamiento.

Las alegaciones expuestas han sido resueltas al resolver el motivo noveno del recurso formulado por Carlos Francisco Sáenz Melero, al que nos remitimos. Como aquél, confunde el recurrente el defecto de forma denunciado, que implica que el Tribunal de instancia no haya resuelto una pretensión jurídica deducida en tiempo y forma, con el simple desacuerdo con la valoración que de dicha pretensión ha podido realizar dicho Tribunal que, además, en el caso de autos, como dijimos con anterioridad, se pronuncia sobre el documento en cuestión en el folio 40 de la sentencia recurrida.

En consecuencia, el motivo decimotercero del recurso de José Daniel Hernández Arraez se desestima.

5. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse producido una manifiesta contradicción entre los hechos que se declaran probados (motivos

decimocuarto y decimoquinto del recurso de José Daniel Hernández Arraez).

Se alega, en síntesis, por un lado -motivo decimocuarto-, que la sentencia manifiesta en su hecho probado segundo que los presupuestos no fueron presentados en registro alguno, cuando en otros lugares de dicha resolución se manifiesta de forma constante que en ellos constaba la firma del redactor, la firma del Jefe de la Oficina Técnica y el sello de tal oficina. No le corresponde al recurrente, continúa el recurso, velar por la pureza administrativa de los actos que realiza el Ayuntamiento, tales como determinar qué oficina tiene que sellar un documento y cuáles son las firmas necesarias para que tenga validez crediticia.

Por otro lado -motivo decimoquinto-, se sostiene que resulta una contradicción manifiesta que la sentencia diga al folio tercero, en su párrafo segundo, que no se tramitó ningún expediente administrativo en relación a los encargos efectuados por el recurrente. Los expedientes administrativos, se sostiene, se confeccionaron debidamente y son correlativos a los de obras menores que necesitan exclusivamente de la factura, el reconocimiento de pago y la orden de pago.

Según reiteradísima doctrina de esta misma Sala (STS 720/2015, de 11 de noviembre, con cita de otras muchas), para la procedencia del motivo alegado resulta preciso que la contradicción sea interna al propio relato, es decir constatada por la contraposición de expresiones en él contenidas que, neutralizando entre sí su respectivo significado, provoquen un vacío en la descripción de lo acontecido que impida la correcta comprensión e integración normativa de esa misma narración fáctica.

Entre los requisitos también necesarios se cita, en primer lugar, el de que la contradicción ha de ser esencial, es decir que afecte a extremos determinantes del pronunciamiento judicial y no relativos, tan sólo, a meras circunstancias irrelevantes para la conclusión alcanzada con la Resolución. Y, también, que se genere una verdadera incongruencia, dada la relación

entre el vicio procesal y el pronunciamiento que contiene la Sentencia recurrida.

En el supuesto que nos ocupa, no puede apreciarse la concurrencia de un quebrantamiento de forma de la naturaleza expuesta.

En primer lugar, es patente que no es contradictorio afirmar que los presupuestos no fueron presentados en registro alguno, y simultáneamente, que en ellos constaba la firma del redactor, la firma del Jefe de la Oficina Técnica y el sello de tal oficina. Estas últimas circunstancias no implican, como afirma el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación al recurso, que los documentos en cuestión hubieran sido presentados en el Registro de Entrada del Ayuntamiento, que es lo que se niega en la resolución recurrida.

En segundo lugar, respecto a las alegaciones que se realizan en el motivo decimoquinto, el recurrente se limita a cuestionar una de las conclusiones alcanzadas por el Tribunal a quo, concretamente, la relativa a la ausencia de expediente administrativo en relación a los encargados efectuados por el recurrente; algo que, evidentemente, no constituye el vicio procesal que se denuncia, consistente en la interna contradicción de los términos en que se consigna el relato.

En definitiva, los motivos decimocuarto y decimoquinto del recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez se desestiman.

TERCERO.- Desestimados los motivos de quebrantamientos de forma denunciados, pasamos a continuación a analizar los restantes motivos de cada uno de los recursos formulados, comenzando por el recurso formulado por Juan Rafael Arrocha Arrocha.

Este recurrente ampara el primer motivo de su recurso en el artº. 5.4º de la LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española.

1. Se sostiene, en síntesis, que la declaración del coacusado José Miguel Rodríguez Sánchez que es, según este recurrente, la piedra angular de la condena, carece de contenido incriminatorio. Es vaga, abstracta, nada concreta e indefinida. Además su «confesión» le benefició claramente pues se le aplicó la atenuante de reparación del daño y la analógica de confesión tardía como muy cualificada. Asimismo no resultó confirmada por ninguna otra prueba practicada en el plenario.

Se afirma además que el argumento que emplea el Tribunal a quo sobre la participación del recurrente en los hechos es circular y falsario, siendo conforme a la lógica justo el contrario: dado que consta que fue entregado el presupuesto y recepcionado por él, su verificación en cuanto a la realidad de lo ejecutado debe presumirse y sólo con pruebas en contra desvirtuarse, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

2. Para dar respuesta a las alegaciones formuladas, cabe recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal,

sustituyéndole mediante otra valoración alternativa menos consistente del significado de los elementos de prueba disponibles.

Asimismo en cuanto a la valoración como prueba de cargo de las declaraciones de los coimputados cabe indicar que la Jurisprudencia de esta Sala ha establecido con reiteración -STS 654/2016, de 15 de julio, con cita de otras muchas- 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. Sin embargo, tanto el Tribunal Constitucional, como esta misma Sala, 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 en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene.

3. De conformidad con lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

El Tribunal a quo, tal como se evidencia en los fundamentos de derecho noveno y siguientes de la sentencia dictada, realiza una valoración detallada de la prueba practicada, que ha consistido no solo en la

declaración del coacusado José Miguel Rodríguez Sánchez, Concejal de Hacienda y Urbanismo del Ayuntamiento de Arrecife -que se analiza minuciosamente en el fundamento noveno de dicha resolución- sino en las declaraciones vertidas en el acto del juicio por el resto de los coacusados, las declaraciones testificales, la abundante documental obrante en autos y los informes periciales asimismo practicados.

Todas estas pruebas, tal como hemos expuesto, son analizadas con detalle por el Tribunal a quo, incluyendo a estos efectos la prueba de descargo presentada por las defensas, y lo han sido de una manera razonable; siendo plenamente capaces y suficientes para enervar el derecho a la presunción de inocencia de los acusados, y entre ellos, el del recurrente cuyo recurso estamos analizando.

En efecto, la abundante prueba citada permite estimar acreditado, en primer lugar, los distintos pagos realizados por el Ayuntamiento de Arrecife a favor de las entidades Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández o Instalaciones eléctricas Proselan. Estos pagos –que no se discuten, por otro lado- fueron realizados, previo reconocimiento de la obligación y emisión de orden de pago, a la vista de las facturas giradas por el también acusado y recurrente José Daniel Hernández Arraez a cargo de la Corporación Municipal. Estas facturas, detalladas en la resolución recurrida tanto en el *factum* como en el fundamento de derecho séptimo, constan unidas a autos como prueba documental, como constan las respectivas órdenes de pago. Todas ellas fueron presentadas al cobro en el mes de diciembre del año 2008, constando en las mismas la firma del recurrente, Sr. Arrocha y del también acusado José Miguel Rodríguez Sánchez.

También constan unidos a autos diversos presupuestos emitidos por la mercantil Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández por distintos trabajos de instalaciones eléctricas y sus respectivos desmontajes. Estos carecen de cualquier sello de presentación en el Ayuntamiento, constando

únicamente en ellos la firma del Sr. Hernández Arraez, su redactor, y la del recurrente, además del sello de la oficina técnica.

Asimismo la prueba practicada, particularmente la testifical y la de naturaleza documental -entre esta última, los distintos informes que se detallan en la resolución recurrida, debidamente explicados por sus autores en el acto del juicio- ha permitido estimar acreditado, de una forma lógica y racional, que las prestaciones facturadas nunca se llevaron a cabo. Como resalta el Tribunal a quo, no consta en autos documento alguno que acredite dicha ejecución y algunas de tales prestaciones, a la vista igualmente de la prueba citada, fueron de hecho realizadas por otras empresas o por el propio personal del Ayuntamiento. Destaca el Tribunal a quo en este sentido, que no prestó declaración en autos ningún trabajador que hubiera participado en su realización. También que el recurrente, según declaró en el plenario, era precisamente el encargado de verificar si los trabajos presupuestados se habían realizado, tomando notas de ello. Sin embargo, preguntado sobre dichas notas en el plenario declaró, y así se consigna en la resolución recurrida, que “*estarán en el Ayuntamiento*”.

La prueba pericial, por su parte, permite estimar acreditado, entre otros extremos, que todas las facturas correspondientes al año 2008, presentadas, como hemos dicho, en el mes de diciembre, se abonaron sin la previa retención de crédito, y que la cantidad abonada se ingresó en una cuenta abierta pocos días antes de la transferencia del Ayuntamiento, siendo retirada al día siguiente de su ingreso. También que la empresa Proselan 2008 S.L. no contaba ni con trabajadores ni con vehículo ni con local alguno.

Asimismo, como se destaca en la sentencia recurrida, el examen de la prueba documental pone de manifiesto que cuatro de las diez facturas abonadas se dieron por buenas antes de la fecha de ejecución que consta en la misma. Preguntado sobre este particular en el acto del juicio, el

recurrente lo atribuyó a un descuido, contestando “*que se le habría pasado*”.

Este recurrente, por otro lado, como también destaca el Tribunal a quo, fue quien firmó los presupuestos –que, según lo dicho, carecen de registro de entrada en el Ayuntamiento-, “*acceptando*” los mismos, cuando, en su condición de responsable de la oficina técnica carecía de competencia para ello. Asimismo, según también hemos destacado con anterioridad, firmó las facturas que se registraron en la intervención del Ayuntamiento, algunas de las cuales, según lo ya indicado, se emiten antes de la fecha que consta como de ejecución.

Todas estas actuaciones, como las demás descritas en la resolución recurrida, se llevaron a cabo, de acuerdo con la documental unida a autos, en ausencia de todo procedimiento.

Lo expuesto hasta el momento no viene sino a corroborar las manifestaciones del coimputado José Miguel Rodríguez Sánchez, Concejal de Hacienda y Urbanismo del Ayuntamiento de Arrecife. Este, según destaca el Tribunal a quo, manifestó, entre otros extremos, que con su firma podía haber podido beneficiar a terceros, no constándole que los trabajos se hubieran llevado a cabo. Firmó las facturas que el recurrente le dijo que eran necesarias, sin saber si el trabajo se había hecho o no; añadiendo que firmaba porque el interventor le había ayudado en otras ocasiones a llevarse dinero. Asimismo declaró que era el modo de operar en el Ayuntamiento de Arrecife en esa época para enriquecerse y que firmó las facturas falsas porque sabía que con ello se lucraba gente de su partido y en otras ocasiones el interventor. Eran facturaciones, dijo, por obras innecesarias.

El contenido incriminatorio de esta declaración, corroborada de la manera expuesta, resulta pues patente, sin que a la misma le sean predicables los calificativos que le atribuye el recurrente. Por otro lado, el hecho de que a José Miguel Rodríguez Sánchez se le haya aplicado la

correspondiente atenuante de confesión no invalida su declaración. El Tribunal a quo, como en el caso de cualquier declaración de coimputado, y de acuerdo con la Jurisprudencia reiterada de esta Sala, lo que ha de hacer en estos casos es proceder a una valoración detallada y cuidadosa de dicha declaración, exigiendo elementos corroboradores externos que afiancen su credibilidad; algo que, según lo dicho, se ha cumplido sobradamente en el caso de autos.

En definitiva, los argumentos utilizados por el Tribunal a quo para la condena del recurrente, lejos de poder ser calificados como circulares y falsarios son, según lo expuesto, plenamente lógicos y racionales. De hecho el propio recurrente, al margen de afirmar esa supuesta falta de lógica y negar contenido incriminatorio a la declaración de José Miguel Rodríguez Sánchez -lo que igualmente hemos descartado-, no combate tales argumentos. Particularmente, no combate la realidad de los datos fácticos puestos de manifiesto por las pruebas indicadas, entre ellos, como hemos reiterado, que las obras o prestaciones en cuestión por las que se presentaron facturas que fueron abonadas con cargo a los fondos públicos del Ayuntamiento de Arrecife, nunca se llevaron a cabo.

La conclusión del Tribunal de que el recurrente conocía este hecho es, por otro lado, lógica y racional. Según hemos expuesto con anterioridad, él mismo manifestó en el plenario que a él correspondía verificar este hecho y que de hecho lo hizo -aunque no pudo concretar dónde se hallaban las notas que afirmó haber tomado al respecto-, cuando la realidad es que, según consta acreditado en autos, a la vista de las pruebas ya reiteradas, las prestaciones no se realizaron por las entidades beneficiarias de los pagos.

Sobre este extremo, José Miguel Rodríguez Sánchez declaró, según lo ya indicado, que a él no le constaba que los trabajos se hubieran llevado a cabo y que firmó las facturas que el recurrente le dijo que eran necesarias, sin saber si el trabajo se había hecho o no; añadiendo que

firmaba porque el interventor le había ayudado en otras ocasiones a llevarse dinero.

En definitiva, la prueba practicada es suficiente para inferir la participación de recurrente en los hechos por los que ha sido condenado y particularmente para inferir de una manera lógica y racional, como lo ha hecho el Tribunal a quo, que se concertó con los demás acusados, José Daniel Hernández Arraez, Carlos Francisco Saenz Melero y José Miguel Rodríguez Sánchez para que, previa presentación de facturas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de las mismas con cargo a fondos públicos y a favor del Sr. Hernández Arraeza o de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L.

Particularmente los indicios que valora el Tribunal a quo para estimar acreditado este concierto, y que se detallan en los folios 50 y 51 de la resolución dictada son plurales y suficientes a estos efectos, siendo lógica y racional la inferencia que se extrae de los mismos. En efecto, en línea con lo que allí se concluye, la presentación de los presupuestos en cuestión, o más exactamente la aparente presentación de los mismos - carecen de sello de entrada en registro municipal alguno- por parte del acusado José Daniel Hernández Arraez -final destinatario de los abonos realizados- correspondientes a unas prestaciones que nunca se realizaron, como la emisión de las facturas posteriores a cargo del Ayuntamiento, difícilmente hubieran conseguido su propósito sin el concierto de los demás acusados, cuya intervención era absolutamente necesaria en los términos y por las razones que se describen en la resolución recurrida.

Cabe añadir una consideración. Precisamente porque los acusados se concertaron a los efectos ya expuestos, de manera que las prestaciones que se abonaron nunca se realizaron, limitándose aquellos a crear una apariencia que les permitiera hacer efectiva la finalidad de menoscabar los fondos públicos, resulta, ciertamente, baladí, tal y como destaca el Tribunal

a quo, si la naturaleza de dichas prestaciones exigía la tramitación de uno y otro tipo de contrato administrativo y, con ello, la tramitación o no de un determinado tipo de expediente administrativo. Tanto la emisión de las facturas, como la de los presupuestos que le servían de soporte, como cualquier tramitación administrativa que se llevara a cabo no era sino parte de las maniobras realizadas por los acusados para, tal y como se declara probado, obtener ilícitamente fondos públicos.

En definitiva, se ha practicado prueba de cargo suficiente contra Juan Rafael Arrocha Arrocha, por lo que el primer motivo de su recurso se desestima.

CUARTO.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, formula el recurrente los motivos segundo a quinto de su recurso. En ellos denuncia la aplicación indebida, respectivamente, de los artículos 404, 432, 74 y 28 del Código Penal.

1. Según el recurrente los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito continuado de prevaricación administrativa. Se sostiene, en síntesis, que no dictó ninguna resolución que implicara la imposición de su voluntad, como tampoco existe acto administrativo decisorio y ejecutivo por él emitido, limitándose a estampar su firma a la recepción de las facturas por las obras realizadas por José Daniel Hernández cuando fueron presentadas en el Ayuntamiento. No existió tampoco arbitrariedad alguna. El procedimiento administrativo aplicable a la naturaleza del contrato en cuestión era cuando menos discutible y desde luego, se alega, jurídicamente interpretable.

Asimismo los hechos tampoco serían constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP. Él no tenía competencia o capacidad de gestión o disposición de fondos públicos, por lo que difícilmente podía malversarlos. Tampoco ha sido acreditado, se alega, el

ánimo de lucro. El único beneficiario de las cantidades abonadas fue José Daniel Hernández.

En cuanto a la indebida aplicación del artículo 74 CP, se alega que se trataría de un solo delito. Aunque la acción se concrete en varios documentos es tan solo porque se da la circunstancia de que los diferentes trabajos fueron incorporados en varias facturas. No se trata de acciones múltiples e independientes. Se trata de una contratación concreta a la empresa del Sr. Hernández que se fraccionó en varios presupuestos y facturas distintas. El resultado hubiera sido el mismo si solo hubiera existido una factura.

Se sostiene asimismo que, en todo caso, debería responder como cómplice. Su aportación, según los hechos probados, no puede calificarse como autoría o cooperación necesaria. Su participación fue meramente auxiliar puesto que no tenía competencia para contratar ni para disponer de fondos públicos.

2. En esta ocasión, el cauce casacional utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, en todo caso, ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que inicialmente le es propia.

3. Los motivos segundo a quinto del recurso, que se examinan conjuntamente, han de ser desestimados.

Partiendo, según lo expuesto, de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, es clara la

improcedencia de los motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para considera al recurrente autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos en concurso con un delito continuado de prevaricación.

La conducta del recurrente, tal como se describe en el “factum”, ha de subsumirse, en primer lugar, en el artículo 404 del CP.

Tal como se declara acreditado, el recurrente se concierta con los demás acusados para, previa presentación de unas facturas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de las mismas con cargo a fondos públicos y a favor del Sr. Hernández Arraez o de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L.

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

Como igualmente se declara probado, los acusados, siempre guiados por la finalidad ya indicada, crearon la apariencia de que se iban a ejecutar diversas prestaciones a favor del Ayuntamiento de Arrecife, sin

que en el citado Ayuntamiento se tramitara expediente administrativo alguno para la adjudicación de las referidas prestaciones.

Con este fin, el acusado José Daniel Hernández Arraez, a nombre de Instaladora Eléctrica José Daniel Hernández Arraez, y a fin de aparentar la realidad de la contratación, confeccionó una serie de presupuestos -que se detallan en el “*factum*”-, que no respondían a proyecto alguno de obra, documentos que no fueron presentados en Registro alguno del Ayuntamiento de Arrecife, constando en los mismos únicamente la firma de su redactor, así como, a fin de aparentar la regularidad administrativa de su presentación, la firma del recurrente, Juan Rafael Arrocha Arrocha, así como el sello de la Oficina Técnica, careciendo, en cualquier caso, de fecha de registro.

Asimismo, según el “*factum*” de la sentencia dictada, que necesariamente hemos de respetar dado el cauce casacional elegido, el acusado José Daniel Hernández Arraez, bien a nombre de Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez, bien al de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L. (Proselan), presentó en la Intervención del Ayuntamiento de Arrecife durante el ejercicio 2008 las facturas que igualmente allí se detallan. Estas facturas, como este acusado conocía, no se correspondían a la prestación de servicio alguno. Con carácter previo a su presentación ni se había formalizado expediente de contratación alguno, ni se había redactado contrato alguno para la ejecución de la prestación, amparándose la presentación en exclusiva en el concierto alcanzado por los acusados. En estas facturas figuraba la firma del recurrente y del también acusado José Miguel Rodríguez Sánchez, que conocían de la inexistencia de prestación o de contrato alguno que justificase su conformidad con dichas facturas.

Las citadas facturas, según el “*factum*” de la resolución recurrida, habían sido fraccionadas, facturando separadamente las labores de montaje y desmontaje, pese a que respondían a una misma operación, con la única

finalidad de no sobrepasar las cantidades que las Leyes de Contratos de las Administraciones Públicas y de Contratos del Sector Público fijan como límite para el contrato menor, impidiéndose de esta manera la correcta fiscalización de los pagos indebidamente efectuados.

En abril del año 2009, declara probado la sentencia dictada, el acusado José Daniel Hernández Arraez presentó en la intervención municipal otra serie de facturas, que se describen en el “*factum*”. De nuevo, las citadas facturas fueron firmadas por el recurrente, siendo perfecto conocedor de la inexistente prestación de los servicios.

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

En definitiva, concluye el “*factum*” de la sentencia recurrida, a través de tal proceder, prescindiéndose a conciencia del deber de servicio público y de gestión leal de los fondos públicos que estaban bajo su custodia, se presentaron catorce facturas al cobro por un importe total de 349.159,90 euros entre el 2 de diciembre de 2008 y el 21 de abril de 2009, abonándose, con el consiguiente quebranto para las arcas públicas, el día 26 de diciembre de 2008 por el Ayuntamiento de Arrecife cinco facturas al acusado José Daniel Hernández Arraez por la cantidad total de 124.619,50 euros, y otras cinco facturas a la sociedad, administrada por él, “Proyectos y servicios de Lanzarote 2008 S.L.U.” (Proselan 2008 S.L.) por la cantidad total de 126.674,10 euros, haciendo un total de 251.293,60 euros abonados por tales servicios de electricidad; los cuales efectivamente nunca se ejecutaron, con el consiguiente lucro personal y correlativo quebranto para las arcas públicas municipales, sin que fueran abonadas cuatro facturas por importe total de 97.866,30 euros al detectarse por la Concejalía de Festejos

dichas ilegalidades y suspenderse el pago material de esas facturas en virtud del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de julio de 2009.

Los hechos descritos han de ser calificados, tal como hemos adelantado, en primer lugar, como un delito de prevaricación del artículo 404 CP, toda vez que el recurrente se concierta con los demás acusados para permitir, con la única finalidad de menoscabar los fondos públicos, el pago indebido de unos trabajos que realmente no se habían realizado. Para ello, crean la escena ya descrita, soslayando toda normativa administrativa y sin tramitar expediente alguno de adjudicación de las referidas prestaciones, con la única finalidad, según hemos dicho, de permitir un pago, el cual acuerdan pese a tener conocimiento de que no se corresponde con ninguna contraprestación real y lícita.

La comisión pues por parte del recurrente, funcionario de Ayuntamiento de Arrecife, de un delito de prevaricación está fuera de toda duda.

A este respecto cabe añadir dos precisiones, de conformidad con la Jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre el delito de prevaricación.

La primera que por resolución administrativa a estos efectos 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 – STS 506/2014, de 4 de junio, con cita de otras muchas-.

La segunda que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos como un delito de prevaricación, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. El

procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones, y si bien no toda prescindencia de procedimiento aboca al tipo penal, la misma tendrá relevancia penal si de esa forma lo que se procura es eliminar los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales.

Pues bien, en el caso de autos, concurren particularmente estos dos presupuestos, que son precisamente los que discute el recurrente. En efecto, el acuerdo de este y los demás acusados supone una clara declaración de voluntad de contenido decisorio, destinada a realizar pagos indebidos a terceros, sin ningún tipo de contraprestación y en ausencia, como hemos dicho, de cualquier procedimiento, y por tanto, de cualquier procedimiento de control, que se materializa finalmente en las distintos abonos que se realizan y que se detallan en el “*factum*”.

Como decíamos en la STS 508/2015, de 31 de julio, con cita de la STS 815/2014, de 24 de noviembre, se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino pura y simplemente producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de prevaricación administrativa. Esta es la manifestación sustancial de la conducta delictiva que viene al caso específicamente, porque por encima de la contradicción con la legalidad o de la ausencia de cualquier procedimiento establecido para dictar la

resolución, lo que se constata es la desviación de poder basada en seguir como fuente normativa de la decisión la propia voluntad de los autores.

Además de un delito de prevaricación administrativa -continuado, como luego veremos-, los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos -también continuado- previsto y penado en el artículo 432 CP.

En el caso de autos, es patente que los acusados, entre ellos el recurrente, con su actuación, dieron un destino irregular y contrario a la Ley a los fondos públicos de los que se disponía, lo que integra el delito de malversación citado.

De hecho, todos ellos, según se declara probado, se conciertan con esta finalidad, concretamente con la finalidad de obtener el abono de facturas correspondientes a prestaciones no realizadas con cargo a fondos públicos y a favor del Sr. Hernández Arraez o de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L.

En este marco el recurrente, según el “*factum*” de la resolución recurrida, firma, primero, los presupuestos y, luego, las facturas que el Sr. Hernández Arraez presenta. Estas últimas se presentan en la Intervención del Ayuntamiento de Arrecife durante el ejercicio 2008 y 2009, figurando en ellas su firma y, en el caso de las presentadas en diciembre del año 2008 –que fueron las finalmente abonadas- la del también acusado José Miguel Rodríguez Sánchez. Uno y otro conocían de la inexistencia de prestación o contrato alguno que justificase su conformidad con dichas facturas.

Las facturas correspondientes al ejercicio 2008, según el “*factum*” de la resolución recurrida, habían sido fraccionadas, facturando separadamente las labores de montaje y desmontaje, pese a que respondían a una misma operación, con la única finalidad de no sobrepasar las cantidades que las Leyes de Contratos de las Administraciones Públicas y de Contratos del Sector Público ponen como límite para el contrato menor,

impidiéndose de esta manera la correcta fiscalización de los pagos indebidamente efectuados.

La obtención de un beneficio económico con cargo a fondos públicos no admite dudas, por otro lado, como no lo admite el carácter esencial de la intervención del recurrente para ello.

En este sentido cabe indicar, al hilo de las alegaciones de que se hacen en su recurso, que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala –STS 806/2014, de 6 de diciembre, con citación de otras muchas- para la comisión del delito de malversación no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Decíamos en la STS 821/2014, de 27 de noviembre: *“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. Como recuerda la STS 360/2014 de 21 de abril, la jurisprudencia de esta Sala considera que sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 de 22 de febrero y 132/2010 de 18 de febrero), 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 (STS 749/2008 de 24 de noviembre). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga (STS 429/2012 de 21 de mayo)”*.

También a la vista de la Jurisprudencia reiterada de esta Sala -STS 797/2015, de 10 de noviembre, entre otras muchas-, la concurrencia en el recurrente del ánimo de lucro exigido por el delito de malversación es clara. Lo que exige dicho ánimo es un propósito de enriquecimiento o ganancia que puede ser bien directa para el sujeto público implicado, o bien indirecta cuando su interés radique en propiciar el lucro de un tercero a costa del erario público, ya que tal interés tendría en todo caso una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos.

En el caso de autos, tal como declara probado la resolución recurrida, el recurrente se concertó con los demás acusados para obtener fondos públicos a favor de José Daniel Hernández o de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote S.L.

También es ajustada a derecho, en tercer lugar, la decisión del Tribunal a quo de apreciar la continuidad delictiva en los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos.

A la vista del “*factum*” de la resolución recurrida se evidencia que concurren los elementos necesarios para apreciar esta continuidad, pues se realizan por el recurrente una pluralidad de acciones bajo el paraguas de un concierto previo con los demás acusados, con un propósito común.

En efecto, de acuerdo con una Jurisprudencia reiterada de esta Sala -STS 625/2015, de 22 de diciembre, con citas de otras muchas- para apreciar la continuidad delictiva, será necesario: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) elemento normativo de infracción de la

misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal.

Todos estos presupuestos, según hemos dicho, concurren en el caso de autos.

Asimismo, y por último, es ajustada a derecho la condena del recurrente como autor de los delitos descritos.

De conformidad con el “*factum*” de la resolución recurrida, el recurrente se concierta con los demás acusados para la finalidad ya reiterada, realizando todos ellos una contribución esencial a su consecución. En modo alguno, dados los hechos probados puede afirmarse que realizara labores secundarias o accesorias respecto de los demás acusados que pudiera amparar su condena como cómplice.

En conclusión, los motivos segundo a quinto del recurso de Juan Rafael Arrocha Arrocha se desestiman.

QUINTO.- Pasamos a continuación a analizar el recurso de Carlos Francisco Saenz Melero, con la salvedad de aquellos motivos por quebrantamiento de forma que ya han sido objeto de análisis en el fundamento segundo de esta resolución.

Este recurrente ampara el primer motivo de su recurso en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artº. 5.4º de la L.O.P.J., por vulneración del artº. 24. 2º de la Constitución española, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, relativo al delito de malversación de caudales públicos y prevaricación.

1. Se alega que no se ha practicado prueba de cargo para su condena. Esta alegación se sustenta, en síntesis, en las siguientes consideraciones: a) no conocía al Sr. Hernández Arraez; b) aplicó las leyes administrativas vigentes en el momento de los hechos; y c) la confesión de José Miguel Rodríguez carece de apoyo probatorio.

Asimismo se sostiene que no se ha demostrado que las obras no se realizaron.

2. También con respecto a Carlos Francisco Saenz Melero, la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal a quo, que, como dijimos, no puede ser sustituida sin más por esta Sala.

El Tribunal a quo declara probado que este recurrente participó en el concierto al que reiteradamente hemos aludido en el fundamento anterior de esta resolución. Él era el interventor del Ayuntamiento de Arrecife y, según el “*factum*” de la sentencia dictada, redactó los documentos contables de reconocimiento de la obligación y de ordenación de pago, que firmó junto al también acusado José Miguel Rodríguez Sánchez. Ambos y particularmente el recurrente conocían la inexistencia de prestación o de contrato alguno que justificase su conformidad con dichas facturas, ejecutándose la orden de transferencia de la respectiva cuantía a la cuenta corriente del BBVA n° 01826360410201515759, titularidad del acusado José Daniel Hernández Arraez, el día 26 de diciembre de 2008, sin que se hubiera elaborado por parte del recurrente, con carácter previo a este abono, el documento de retención de crédito.

Pues bien, los argumentos vertidos en la resolución recurrida para concluir la participación del recurrente en los hechos enjuiciados han de ser calificados, como hemos adelantado, como lógicos y racionales.

A este respecto damos por reproducidas todas las consideraciones realizadas al analizar el motivo primero del recurso formulado por Juan Rafael Arrocha Arrocha, en el que ya hemos declarado la suficiencia de la prueba practicada en estos autos y la racionalidad de la valoración que de la misma ha realizado el Tribunal de instancia, con especial atención a la relacionada con el concierto de voluntades entre los distintos acusados que dicho Tribunal declara probado.

En efecto, como en definitiva concluye el Tribunal de instancia, la propia mecánica diseñada para la distracción de fondos públicos y la manera en la que la misma se llevó a cabo permite inferir que el recurrente se concertó con los demás acusados a estos efectos. Él era el interventor del Ayuntamiento y para materializar los «cobros» pretendidos era necesario que firmase los documentos contables que lo harían posible. De hecho, según hemos señalado, estos documentos los firmó finalmente junto al también acusado José Miguel Rodríguez. Este, según expusimos con anterioridad, manifestó que firmó las facturas que el Sr. Arrocha le dijo que eran necesarias, sin saber si el trabajo se había hecho o no; añadiendo que firmaba porque el interventor le había ayudado en otras ocasiones a llevarse dinero. Asimismo declaró que era el modo de operar en el Ayuntamiento de Arrecife en esa época para enriquecerse y que firmó las facturas falsas porque sabía que con ello se lucraba gente de su partido y en otras ocasiones el interventor. Eran facturaciones, dijo, por obras innecesarias.

Sobre el contenido incriminatorio de esta declaración nos remitimos a las consideraciones expuestas con anterioridad en esta resolución, donde también hemos analizado como la misma ha resultado corroborada por el resto de las pruebas practicadas.

Cabe aquí insistir que estas pruebas permiten estimar probado que los trabajos en cuestión nunca se realizaron de manera que tanto la elaboración de los presupuestos y facturas como su presentación fue un ardid para crear una apariencia que permitiera menoscabar los fondos públicos. Las facturas correspondientes al año 2008, por otro lado, según también hemos referido con anterioridad, se presentaron en la intervención en diciembre del año 2008 y habían sido fraccionadas de la manera descrita en el “factum” de la resolución recurrida. El recurrente, como destaca el Tribunal a quo, asumió dicho fraccionamiento y no formuló reparo alguno respecto a la ausencia de contrato alguno de manera que, en definitiva,

como se concluye en la sentencia de instancia, autorizó el pago aun cuando no se había seguido el procedimiento en ninguno de sus trámites.

En definitiva, la conclusión del Tribunal de instancia tal y como hemos dicho, es razonable y está suficientemente motivada y apoyada en prueba de cargo lícita, por lo que debe ser confirmada por esta Sala.

Cabe añadir una última consideración.

El recurrente, en este primer motivo, imputa a la Sala sentenciadora una supuesta falta de objetividad e imparcialidad en este asunto porque, según se alega, habría estado influenciada por una sentencia dictada un año antes.

La falta de fundamento de esta alegación es patente a la vista de sus propios argumentos.

El motivo primero del recurso interpuesto por Carlos Francisco Saenz Melero se desestima.

SEXTO.- Al amparo del artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formula este recurrente el segundo motivo de su recurso, denunciando un error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

1. A estos efectos reseña el recurrente los siguientes documentos: a) certificado de la Junta de Gobierno local obrante a los folios 9-10; b) informe del coordinador de festejos obrante al folio 14; c) informe del departamento de obras y servicios obrante a los folios 16 a 19; d) folios 20 a 49 relativos a normativa administrativa; y, e) informe de la Audiencia de Cuentas de Canarias obrante a los folios 872 a 888.

Estos documentos demostrarían, según el recurrente, el error que se denuncia, habiendo realizado el Tribunal a quo una interpretación perjudicial en su contra.

2. Dado el cauce casacional elegido, hay que recordar que es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperidad (SsTS de 901/1997, de 23 de Junio y 1187/1997, de 3 de Octubre, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "*litosuficiente*", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (SsTS 955/1997, de 1 julio y 1048/1997, de 18 de julio, hasta las más recientes 642/14, de 29 de septiembre ó 314/15, de 4 de mayo, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "*documentada*" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "*documento*" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de diciembre de 1992 (rec. 4538/1990) y

67/1997, de 24 de enero, hasta las recientes 494/15, de 22 de julio y 515/16, de 13 de junio, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS 1112/2001, de 12 de junio y 1649/2001, de 24 de septiembre).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

3. De conformidad con la doctrina expuesta, el motivo debe ser desestimado.

Dada la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia que incluye, según ya dijimos en el segundo fundamento de esta resolución al resolver el quebrantamiento de forma por incongruencia omisiva, los informes reseñados en este motivo por el recurrente -junto con las manifestaciones vertidas por sus autores en el acto del plenario-, en modo alguno puede afirmarse la existencia de errores evidentes, obvios e incuestionables en los criterios seguidos por dicho órgano, que pudieran

modificar los hechos por él declarados como probados y, con ello, la conclusión condenatoria.

En particular, dichos errores no se derivarían por sí, como exige el cauce casacional elegido, de los documentos mencionados por el recurrente. En este sentido, dichos documentos no reúnen el carácter de literosuficientes como exigiría la estimación del motivo.

El recurrente defiende, con respecto a los mismos, una valoración distinta a la sostenida por el Tribunal a quo, pero ello queda al margen del error denunciado conforme a la interpretación jurisprudencial del artículo 849.2 de la LECRIM, que exige, según hemos expuesto, que las afirmaciones contenidas en la resolución recurrida contradigan de una manera insalvable y fehaciente ciertos particulares de los documentos reseñados, lo que desde luego, no es el caso de autos.

El motivo segundo del recurso de Carlos Francisco Saenz Melero se desestima.

SÉPTIMO.- El recurrente ampara los motivos tercero, cuarto y quinto de su recurso en el artículo 849.1 de la LECRIM, denunciando, respectivamente, la infracción de los artículos 404, 432 y 74 del Código Penal.

1. Según el recurrente no concurren en el caso de autos los elementos del tipo del artículo 404 CP. Ni se ha concretado qué resolución dictó, ni consta cuál fue la arbitrariedad o injusticia de la misma. Tampoco se ha acreditado que concorra el tipo subjetivo.

Respecto a la indebida aplicación del artículo 432 CP, se sostiene que él se limitó a cumplir sus obligaciones, sin que le constase duda alguna de que las obras se habían realizado, puesto que el técnico competente para ello lo había avalado con su firma. No existió por otro lado ánimo de lucro propio o ajeno, lo que no consta probado.

Por otro lado, era al Concejal delegado, José Miguel Rodríguez, al que correspondía la responsabilidad y disponibilidad sobre los fondos públicos en cuestión, de las que él, como interventor, carecía.

Se impugna asimismo la apreciación de la continuidad delictiva. No puede existir esta desde el momento en el que se han negado los hechos, no existiendo prueba de cargo que desvirtúe su presunción de inocencia.

2. De nuevo, dado el cauce casacional elegido, hemos de partir de la intangibilidad de los hechos declarados probados. Cabe reiterar en este sentido, dada algunas de las alegaciones que se realizan por el recurrente, que aquellas referidas a la suficiencia de la prueba practicada o a su valoración quedan al margen de dicha cauce y han sido analizadas en fundamentos anteriores de esta resolución. Partimos pues, para examinar la corrección o no de la subsunción jurídica realizada en la resolución recurrida, del “*factum*” de esta última.

En él, como hemos reiterado a lo largo de esta resolución, se declara probado que el recurrente se concierta con los demás acusados para, previa presentación de unas facturas que no se correspondían con la realización de servicio alguno para el Ayuntamiento de Arrecife, obtener el abono de las mismas con cargo a fondos públicos y a favor del Sr. Hernández Arraez o de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L.

A este fin, y guiados por la finalidad de menoscabar los fondos públicos, los acusados aparentaron la contratación directa de Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez, al calificar las prestaciones que dicha entidad simularía ejecutar como contrato menor de obras, evitando de esta manera la tramitación ordinaria del expediente de contratación y la necesidad de la externalización de tales servicios y la consiguiente contratación pública, de forma que se enmascarase el verdadero fin pretendido, sin tramitar realmente para ello ningún expediente administrativo de contratación legalmente exigible que garantizase la

transparencia, objetividad, igualdad, concurrencia y legalidad en su adjudicación, y soslayando íntegramente la normativa administrativa reguladora del abono de obligaciones contraídas por el Ayuntamiento establecidas en las Bases de Ejecución del Presupuesto Municipal.

Como igualmente se declara probado, los acusados, siempre guiados por la finalidad ya indicada, crearon la apariencia de que se iban a ejecutar diversas prestaciones a favor del Ayuntamiento de Arrecife, sin que en el citado Ayuntamiento se tramitara expediente administrativo alguno para la adjudicación de las referidas prestaciones.

Con este fin, el acusado José Daniel Hernández Arraez, a nombre de Instaladora Eléctrica José Daniel Hernández Arraez, y a fin de aparentar la realidad de la contratación, confeccionó una serie de presupuestos –que se detallan en el “*factum*”–, que no respondían a proyecto alguno de obra, documentos que no fueron presentados en Registro alguno del Ayuntamiento de Arrecife, constando en los mismos únicamente la firma de su redactor, así como, a fin de aparentar la regularidad administrativa de su presentación, la firma del recurrente, Juan Rafael Arrocha Arrocha, así como el sello de la Oficina Técnica, careciendo, en cualquier caso, de fecha de registro.

Asimismo, según el “*factum*” de la sentencia dictada, el acusado José Daniel Hernández Arraez, bien a nombre de Instalaciones Eléctricas José Daniel Hernández Arraez, bien al de la mercantil Proyectos y Servicios de Lanzarote 2008 S.L. (Proselan), presentó en la Intervención del Ayuntamiento de Arrecife durante el ejercicio 2008 las facturas que igualmente allí se detallan. Estas facturas, como este acusado conocía, no se correspondían a la prestación de servicio alguno. Con carácter previo a su presentación ni se había formalizado expediente de contratación alguno, ni se había redactado contrato alguno para la ejecución de la prestación, amparándose la presentación en exclusiva en el concierto alcanzado por los acusados. En estas facturas figuraba la firma del recurrente y del también

acusado José Miguel Rodríguez Sánchez, que conocían de la inexistencia de prestación ni de contrato alguno que justificase su conformidad con dichas facturas.

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

Igualmente se declara probado que el recurrente y José Miguel Rodríguez Sánchez firmaron los documentos contables, que habían sido redactados por el primero, de reconocimiento de la obligación y de ordenación de pago, siendo conocedores de la inexistencia de prestación ni de contrato alguno que justificase su conformidad con dichas facturas, ejecutándose la orden de transferencia de la respectiva cuantía a la cuenta corriente del BBVA n° 01826360410201515759 titularidad del acusado José Daniel Hernández Arraez el día 26 de diciembre de 2008, sin que se hubiera elaborado por parte del recurrente con carácter previo a este abono el documento de retención de crédito. La cantidad transferida fue reintegrada en Caja por parte del acusado José Daniel Hernández Arraez, desconociéndose el destino dado a dicha cantidad.

Con carácter previo al abono de dichas facturas, continúa el “*factum*”, no se había formalizado expediente de contratación alguno, ni tampoco se había redactado contrato alguno para la ejecución de la prestación por parte del acusado José Daniel Hernández Arraez, amparándose el abono, que no respondía a obra o servicio alguno, en exclusiva en el concierto alcanzado por los acusados.

Se declara también probado que con fecha 21 de abril de 2009 el acusado

José Daniel Hernández Arraez, presentó en la intervención municipal otra serie de facturas, que se detallan debidamente. Estas fueron firmadas por el acusado Juan Rafael Arrocha Arrocha siendo perfecto conocedor de la inexistente prestación de los servicios.

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

A través de tal proceder, concluye el Tribunal a quo, prescindiéndose a conciencia del deber de servicio público y de gestión leal de los fondos públicos que estaban bajo su custodia, se presentaron catorce facturas al cobro por un importe total de 349.159,90 euros entre el 2 de diciembre de 2008 y el 21 de abril de 2009, abonándose, con el consiguiente quebranto para las arcas públicas, el día 26 de diciembre de 2008 por el Ayuntamiento de Arrecife cinco facturas al acusado José Daniel Hernández Arraez por la cantidad total de 124.619,50 euros, y otras cinco facturas a la sociedad administrada por él “Proyectos y servicios de Lanzarote 2008 S.L.U.” (PROSELAN 2008 S.L.) por la cantidad total de 126.674,10 euros, haciendo un total de 251.293,60 euros abonados por tales servicios de electricidad, los cuales efectivamente nunca se ejecutaron, con el consiguiente lucro personal y correlativo quebranto para las arcas públicas municipales, sin que fueran abonadas cuatro facturas por importe total de 97.866,30 euros al detectarse por la Concejalía de Festejos dichas ilegalidades y suspenderse el pago material de esas facturas en virtud del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de julio de 2009.

Partiendo del “*factum*” expuesto, la calificación jurídica de los hechos que se declaran probados respecto al recurrente es conforme a derecho.

Respecto al delito de prevaricación, damos por reproducidas todas las consideraciones realizadas al analizar idéntica infracción denunciada por el también recurrente Juan Rafael Arrocha Arrocha. Como allí expusimos, los acusados se conciertan con los demás acusados para realizar pagos a favor de terceros en ausencia de toda contraprestación; unos pagos que todos ellos acuerdan y que se hacen finalmente efectivos a través de los cauces indicados y por los importes detallados en el “*factum*” de la resolución recurrida. El contenido decisorio de su actuación, a los efectos de su subsunción en el artículo 404 CP, no admite duda. Tampoco su carácter injusto, en el sentido que dicho calificativo ha de ser entendido a los efectos del precepto citado. Estamos ante un supuesto claro de ejercicio arbitrario del poder, en el que el funcionario público no adopta sus decisiones con base en el ordenamiento jurídico sino exclusivamente con base en intereses personales y, por tanto, al margen de los principios que deben inspirar el funcionamiento de las Administraciones públicas.

Precisamente con base en lo expuesto, concurre en el recurrente el tipo subjetivo del delito de prevaricación. El mismo conoce, según se declara probado, la inexistencia de contrato alguno o prestación que pudiera justificar los pagos en cuestión y aun así, firma los documentos contables de reconocimiento de la obligación y orden de pago, porque, como hemos reiterado, se había concertado previamente con los demás acusados a estos efectos.

En cuanto al delito de malversación, procede también dar por reproducidas las consideraciones realizadas al analizar el recurso formulado por el Sr. Arrocha Arrocha.

El recurrente tenía a su cargo los fondos públicos en cuestión y ello de conformidad con la forma en la que esta expresión debe ser entendida

según una jurisprudencia reiterada de esta Sala ya citada. De hecho, según hemos reiterado, es el recurrente quien en su condición de interventor municipal firma, junto con el Concejal también acusado, los documentos contables necesarios para que se procedieran a realizar los pagos indebidos, esto es, el reconocimiento de la obligación y la orden de pago.

En cuanto a la continuidad delictiva, nos remitimos igualmente a las consideraciones realizadas con anterioridad. Ningún argumento distinto sobre este particular se aporta en el recurso, en el que el recurrente se limita a negar la existencia de esta continuidad con base en lo que considera una insuficiente prueba de cargo.

En definitiva, se desestiman los motivos segundo a quinto del recurso interpuesto por Carlos Francisco Sáenz Melero.

OCTAVO.- El sexto motivo del recurso formulado por Carlos Francisco Sáenz Melero se ampara también en el artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, denunciándose la indebida aplicación el artº. 77 CP.

1. Se impugna la individualización de la pena llevada a cabo por el Tribunal sentenciador que se estima perjudicial para el recurrente. Primero porque no ha cometido ningún delito y, segundo, si se mantuviese la condena, porque aquellos por los que ha sido condenado deberían pensarse por separado, sin superar en ningún caso la pena solicitada por el Ministerio Fiscal. Así, al no constarle antecedentes peales y dada la lejanía de los hechos debería imponérsele la pena mínima, aplicándole la atenuante de dilaciones indebidas, que debería conducir a rebajar la pena en un grado. De esta forma la pena debería ser un año y seis meses de prisión y tres años de inhabilitación.

Se alega además que la sentencia recurrida parte de la premisa de la existencia de un concurso medial entre el delito de fraude y la malversación; lo que, según el recurrente, no es correcto. No se debe

entender en estos casos que existe el citado concurso sino aplicar el principio de absorción o consunción.

2. El motivo formulado debe ser estimado en el siguiente sentido.

El recurrente ha sido condenado como autor responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, en concurso medial con un delito continuado de prevaricación administrativa a las penas de cinco años y tres meses de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta.

Cabe precisar, dadas las alegaciones del recurrente, por un lado, que el Tribunal a quo ha aplicado el artículo 8.3 CP respecto a la malversación y el delito de fraude que se le imputaban por las acusaciones. Por otro, que dicho órgano, apreciando la existencia de un concurso medial entre el delito de malversación y de prevaricación, y aplicando el artículo 77 CP vigente a la fecha de los hechos, ha impuesto al recurrente la pena mínima, valorando, precisamente, la carencia de antecedentes penales y la lejanía de los hechos. Asimismo, cabe señalar que no se ha aplicado en la sentencia recurrida la atenuante de dilaciones indebidas, y ello de una manera conforme a derecho, tal y como analizaremos en el fundamento siguiente de esta resolución.

Dicho lo anterior, las penas impuestas al recurrente deben ser rebajadas por aplicación del nuevo apartado tres del artículo 77 CP.

En efecto, el nuevo apartado tres del artículo 77 CP establece que cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro “se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada delito. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.”

Como hemos señalado entre otras en STS 863/2015, de 30 diciembre, STS 786/2016, de 20 octubre o STS 330/2016, de 20 abril, este nuevo régimen punitivo es más favorable para el penado y, en consecuencia, debe aplicarse retroactivamente.

Este nuevo régimen punitivo para los casos de concurso medial consiste, decíamos en la primera de las sentencias mencionadas, *“en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo. El límite mínimo no se refiere a la pena "superior en grado", lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena que correspondería tomando en consideración las circunstancias concurrentes e incluso los factores de individualización punitiva, se estima que correspondería, por ejemplo, la pena de cinco años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de cinco años y un día. El límite máximo de la pena procedente por el concurso no podrá exceder de la "suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito". Es preciso determinar, en consecuencia, la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes. Si, por ejemplo, dicha pena fuese de cuatro años, el marco punitivo del concurso irá de cinco años y un día como pena mínima, a nueve años (cinco del delito más grave, más cuatro del segundo delito) como pena máxima.*

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art 66 CP, debiendo tomarse en consideración, como señala acertadamente la Circular 4/2015 de la FGE, que sigue este mismo sistema, que en ese momento ya no debemos tener en cuenta las "reglas

dosimétricas" del artículo 66 CP, que ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo por lo que, caso de hacerlo, se incurriría en un "bis in ídem" prohibido en el artículo 67 CP. Deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado, por ejemplo, el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada dos veces".

En el caso de autos nos encontramos ante un concurso medial entre un delito de malversación continuada y un delito de prevaricación continuada. La pena correspondiente, en concreto, para el primero de los delitos, que es el más grave, sería la de cuatro años, seis meses de prisión y ocho años de inhabilitación. No concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y el Tribunal de instancia, según hemos expuesto, muestra expresamente su intención de imponer la pena mínima.

Aplicando la regla del concurso, el límite mínimo de la pena correspondiente al recurrente tendría que ser superior a esta última pena – que es, según lo expuesto, la que corresponde, en concreto, a la infracción más grave- esto es, cuatro años, seis meses y un día de prisión y ocho años y un día de inhabilitación.

La pena correspondiente por su parte al delito de prevaricación continuada, concurriendo idénticas circunstancias, sería la de 8 años y seis meses de inhabilitación especial. La suma de esta con la correspondiente al delito de malversación sería la pena máxima para el concurso.

A la vista de lo expuesto y reiterando que es clara la intención del Tribunal a quo de imponer la pena mínima, esta debe quedar fijada en cuatro años, seis meses y un día de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y un día.

En consecuencia se estima el motivo sexto del recurso formulado por Carlos Francisco Sáenz Melero.

La estimación de este motivo debe beneficiar igualmente a los demás recurrentes, ex artículo 903 LECRIM, de manera que sus penas quedan también fijadas en cuatro años, seis meses y un día de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y un día.

NOVENO.- La indebida aplicación del artículo 21.6 CP, denuncia Carlos Francisco Sáenz Melero en el motivo séptimo de su recurso.

1. Se insta, subsidiariamente, la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Esta causa, se alega, deviene de las Diligencias Previas 697/2008, formándose pieza separada en agosto de 2012, por lo que han transcurrido más de siete años.

2. Conviene recordar cómo esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de Mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de Junio de 1999, 28 de Junio de 2000, 1 de Diciembre de 2001, 21 de Marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen, lo que se traduce en la fórmula “derecho a un juicio en tiempo razonable”, mencionada en estos términos en los instrumentos internacionales suscritos por nuestra Nación. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas “*paralizaciones*” del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Aunque semejante derecho no debe, por otra

parte, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La “*dilación indebida*” es, por tanto, 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, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (Ss. del TC 133/1988, de 4 de Junio, y del TS de 14 de Noviembre de 1994, entre otras).

Doctrina la anterior que ha sido ya definitivamente incorporada a nuestro ordenamiento, con rango legal, tras la Reforma operada por la LO 5/2010, al introducir, como apartado 6º del artículo 21 del Código Penal, la atenuante de dilaciones indebidas.

3. De acuerdo con lo expuesto, se comprueba que, en el caso de autos, no concurren los elementos fácticos para considerar la referida atenuante de dilaciones indebidas.

Este procedimiento es una pieza separada de las Diligencias Previas número 697/2008, cuya complejidad derivó precisamente en la formación de la misma y de otras piezas separadas. Concretamente la que da lugar a estos autos se desgaja de la causa principal, tal y como relata el Tribunal a quo, en agosto del año 2012, dirigiéndose el procedimiento contra el recurrente el 25 de marzo de 2013, tomándosele declaración el 29 de mayo del mismo año.

A partir de ese momento, tal y como señala la resolución recurrida, no se advierten dilaciones en la tramitación de la causa, compleja sin duda y que exigió la práctica de múltiples diligencias. El recurrente, por su parte, tampoco concreta paralización alguna.

En cuanto al cierto retraso en la celebración del juicio oral, que el propio Tribunal a quo reconoce, la duración del mismo, como concluye

dicho tribunal, impide calificarlo como dilación extraordinaria e indebida. Se trataría en todo caso de una cierta ralentización que, como tal, no justifica la aplicación de la atenuante pretendida.

Debe valorarse así mismo la duración total de la causa desde el año 2008 -si partimos de la fecha de incoación de la causa principal- hasta el año 2015, que, dada precisamente su naturaleza y complejidad, tampoco puede calificarse de extraordinaria, amparando así la aplicación del artículo 21.6 CP.

En conclusión, se desestima el motivo séptimo del recurso de Carlos Francisco Sáenz Melero.

DÉCIMO.- Respecto al recurso formulado por Carlos Francisco Sáenz Melero, resta por examinar el motivo octavo, en el que, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del artº. 28 CP.

1. Se alega, en primer lugar, que no ha existido ningún hecho típico, antijurídico y culpable, por lo que no puede ser condenado como autor de ningún delito. En segundo lugar, se sostiene que se ha vulnerado su derecho de defensa, el principio de contradicción, así como el derecho a un proceso con todas las garantías porque la acusación le consideró cooperador necesario y no autor, en sentido, estricto, que es por lo que, en vulneración de tales derechos, ha sido condenado por el Tribunal de instancia.

2. El motivo formulado ha de ser desestimado.

En cuanto a la alegación relativa a la inexistencia del hecho, es patente que la misma no respeta los hechos declarados probados que, según hemos razonado en fundamentos anteriores de esta resolución, permiten entender que el recurrente es autor de los delitos por los que ha sido condenado.

Respecto a la vulneración de sus derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías, así como del principio acusatorio, por el hecho de que la sentencia de instancia le haya condenado como autor cuando la acusación contra él se formuló en concepto de cooperador necesario, se han de confirmar las consideraciones al respecto formuladas por el Tribunal a quo, que fue consciente de dicha modificación y justificó debidamente por qué la misma no implicaba la vulneración ahora denunciada.

En efecto, tal y como esta Sala tiene dicho con reiteración (vid. SsTS de 2 de Abril de 1993, 15 de Marzo de 1997 o 4 de Marzo y 12 de Abril de 1999, por ej.), la verdadera infracción del principio acusatorio, que ha de ser entendido como el envés del derecho de defensa, se produce fundamentalmente cuando al acusado se le impide ejercer debidamente su derecho de defensa, tanto de probar como de alegar, y sorpresivamente se le condena con base en hechos que no han sido objeto de debate por no venir incorporados a la tesis acusatoria.

Pues bien, obviamente, esto no sucede en el caso de autos. Por un lado, no especifica el recurrente de qué aspecto concreto, que no estuviera cubierto por los hechos objeto de acusación, no ha podido defenderse. La indefensión, según una jurisprudencia reiteradísima de esta Sala, no puede ser meramente formal o retórica sino que ha de ser material, real, algo que no se puede inferir de las alegaciones que se formulan.

Por otro lado, la línea defensiva del recurrente, en línea con lo manifestado el Tribunal a quo, ha girado fundamentalmente en torno a tres ejes fundamentales: la realidad de la prestación de servicios; el cumplimiento por su parte de las obligaciones legales que le correspondían, insistiendo en la calificación como contrato menor; y en la negación de cualquier concierto con los demás acusados.

Es patente, como lo demuestra las propias alegaciones que se formulan ante esta Instancia, que el recurrente ha podido desarrollar

debidamente la citada línea defensiva, como ha podido defenderse y someter a contradicción todos los hechos que se le imputaban y la calificación jurídica de los mismos. En este sentido, la circunstancia de que el Tribunal de instancia le haya condenado como autor y no como cooperador necesario no le ha generado ninguna indefensión real puesto que no ha limitado en modo alguno su derecho de defensa, habiendo respectado el Tribunal a quo el relato de hechos formulado por la acusación. La consecuencia penal, por otro lado, es la misma.

En definitiva, no se advierten las vulneraciones denunciadas, por lo que el motivo debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- Examinamos a continuación el recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez, con la excepción de aquellos motivos por quebrantamientos de forma que han sido objeto de análisis en el fundamento segundo de esta resolución.

Asimismo por razones sistemáticas, analizaremos en primer lugar, aquellos motivos en los que se alega la supuesta existencia de un error de hecho, para, a continuación, examinar aquellos en los que se alegue un error de derecho.

El recurrente ampara en el artículo 849.2 LECRIM los motivos, quinto, séptimo, octavo, noveno y décimo, que analizamos a continuación.

1. Los errores que denuncia el recurrente y los documentos que los apoyan serían, en síntesis, los siguientes:

i) La página 51 de la sentencia dice que no hay prueba bastante de que las prestaciones contenidas en las facturas, es decir, las obras, se ejecutasen por el recurrente o por la compañía Proselan puesto que fueron realizadas bien por terceros, bien por técnicos municipales, sin que se haya aportado prueba de ello más allá de los presupuestos y facturas que obran en autos.

Tal conclusión de la Sala Juzgadora es, según el recurrente, completamente errónea y se llega a ella sin valorar debidamente los siguientes documentos: a) certificación expedida por la Técnico del Departamento de Contratación del Ayuntamiento de Arrecife, Sheila Aguiar, de 8 de abril de 2013; b) certificación librada por el Concejal de Festejos del Ayuntamiento de Arrecife, Victor Sanginés Tresp, de 4 de abril de 2013; c) certificación librada por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Arrecife, Manuel Fajardo Feo, de 19 de marzo de 2015; d) escrito certificado firmado por Bernardo Montelongo Batista, oficial del Ayuntamiento de Arrecife de 26 de marzo de 2015; e) certificación librada el 23 de marzo de 2015 por el Concejal de Festejos del Ayuntamiento de Arrecife, Víctor Sanginés Tremps; f) certificación librada por el Alcalde de Arrecife Manuel Fajardo Feo, librada el 27 de marzo de 2015; g) carta de 15 de julio de 2009 remitida por Víctor Sangines Tremps dirigida al Coordinador de Festejos del Ayuntamiento de Arrecife; h) certificación librada por José Nieves Carballo, Coordinador de Festejos del Ayuntamiento de Arrecife, el 17 de julio de 2009; i) documento suscrito en fecha 15 de julio de 2009 por Penélope Tabares y Alberto Morales dirigida al encargado del alumbrado del Ayuntamiento de Arrecife; y j) informe del Departamento de obras y servicios del Ayuntamiento de Arrecife suscrito por Alberto Morales en fecha 15 de julio de 2009.

Toda esta documentación demuestra que las obras que se predicen fueron realizadas por el recurrente.

ii) La sentencia recurrida incurre en un error craso en la apreciación de la prueba pues manifiesta que el recurrente jamás había trabajado para el Ayuntamiento, lo que no es cierto.

Así se derivaría: del documento de la Agencia Tributaria obrante en los folios 848 a 853, del folio 6 del informe pericial obrante en autos y de los folios 1699 y siguientes de las actuaciones.

iii) Ha existido error en la apreciación de prueba cuando en la sentencia se manifiesta que el recurrente "*sacó el dinero de golpe*", sin dar por válidas sus explicaciones sobre el particular y llegando a la conclusión de que la operación fue fraudulenta, sin tener en cuenta que, extraídas o no extraídas aquellas sumas de su cuenta, la percepción de las mismas fue declarada a la Agencia Tributaria, según consta al folio 1682 de las actuaciones, dotando así a la actuación de la más plena legalidad.

iv) La sentencia no ha recogido la realidad de los presupuestos que obran en autos, haciendo una somera descripción de los mismos.

Los documentos que apoyaría este error serían los propios presupuestos, obrantes a los folios 52 y ss.

La cuestión, según el recurrente, no es baladí, porque de la descripción y el relato que efectúa la Sala de la Audiencia Provincial de las Palmas parece como que se trata de documentos simples y sencillos creados "*ad hoc*" para una defraudación cuando en realidad, presupuesto y factura, son documentos mercantiles perfectamente confeccionados, cumpliendo todos los requisitos de nuestra legislación tributaria y que permiten a la Administración Local, en este caso al Ayuntamiento, efectuar una ponderada y exhaustiva valoración de la conveniencia o no de aceptar el presupuesto y el pago de su importe.

v) En la página 44 de la sentencia recurrida, concretamente en su último párrafo se alude, erróneamente, a que el Sr. Larrocha no tenía competencia para la contratación, siendo éste quien estampó su firma y el sello de la Oficina Técnica del Ayuntamiento. Entiende la sentencia que sólo tenía competencia para tal contratación bien el Alcalde, bien el Concejal a quien correspondiera, haciendo mención de que la otra firma obrante es la del acusado que se autoimputa quien, además, no es ni el Concejal de festejos ni del alumbrado público. De ello deduce que el Sr. Larrocha no tenía facultades contractuales y sí estos otros.

La documentación que apoyaría el error señalado sería el informe de fecha 23 de marzo de 2015, suscrito por el Concejal de Festejos Sr. Sanginés, que manifiesta que el control de las tareas de alumbrado de las fiestas son responsabilidad de la Concejalía de obras y servicios a la que pertenece la oficina técnica de la que es jefe el Sr. Larrocha.

2. Dando por reproducidas las consideraciones realizadas con anterioridad en esta resolución sobre los márgenes del cauce casacional del artículo 849.2 de la LECRIM, los motivos citados han de ser desestimados.

Basta analizar las alegaciones concretas que sustentan tales motivos para concluir que el recurrente excede con ellas los citados márgenes, pretendiendo una nueva valoración de la prueba practicada y especialmente de los documentos que menciona, lo que está vetado en esta instancia.

En cualquier caso, al hilo de tales alegaciones, cabría realizar las siguientes consideraciones.

El Tribunal a quo, tal y como hemos dicho con anterioridad en esta resolución, ha concluido de forma lógica y racional, después de una valoración detallada de la prueba practicada sobre el particular, que incluye prueba documental, testifical y pericial, que las obras en cuestión no se realizaron por el recurrente o por las entidades que él mismo representaba. Particularmente, se tienen en cuenta y se valoran en la resolución recurrida, las pruebas de descargo presentadas por las defensas sobre este particular. En este sentido cabe destacar como uno de los testimonios presentados al respecto, el de José Manuel Padillo Rivadimar, que declaró que los presupuestos eran conformes a la realidad y que vio en persona como se ejecutaban ciertas instalaciones, ha dado lugar a que la Sala de instancia acuerde deducir testimonio por la posible comisión de un delito contra la Administración de Justicia, al entender que aquel, dice el Tribunal a quo, faltó groseramente a la verdad.

En cuanto al hecho de si el recurrente había trabajado o no para la Corporación Municipal, cabe señalar que, aun cuando ello fuera así,

ninguna relevancia tendría en el fallo dictado puesto que es patente que los delitos por los que el recurrente ha sido condenados se habrían cometido igualmente hubiera este o no trabajado con anterioridad para el Ayuntamiento.

Idéntica irrelevancia debe predicarse del hecho de que el recurrente declarara o no a la Hacienda Pública las cantidades que le fueron abonadas por el Ayuntamiento, en ausencia, como venimos reiterando, de toda contraprestación. Nada aporta ello a los hechos objeto de condena.

Tampoco lo hace la circunstancia, también denunciada, de que la sentencia recurrida incorpore o no en su integridad los presupuestos presentados por el recurrente o que incluso estos fueran confeccionados, como las facturas, siguiendo los requisitos formales impuestos por la normativa aplicable. Lo relevante no es esta cuestión sino que ni unos ni otros se correspondían con la realidad. De hecho el recurrente ha sido condenado por su elaboración como autor de un delito continuado de falsificación en documento mercantil.

Por último, en cuanto a si el Sr. Larrocha era o no competente para la contratación, hemos de indicar que, en realidad lo que existió, tal y como se declara probado, fue una apariencia de contratación, toda vez que los acusados se concertaron para obtener indebidamente fondos públicos mediante la simulación que reiteradamente ha sido descrita en esta resolución.

En definitiva, se desestiman los motivos quinto, séptimo, octavo noveno y décimo del recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez.

DUODÉCIMO.- Se examinan a continuación los motivos del recurso de José Daniel Hernández Arraez que se amparan en el artículo 849.1 de la LECRIM.

Este recurrente, con base en el precepto citado, denuncia en el primer motivo de su recurso la infracción del artículo 21.6 del Código Penal.

1. Alega el recurrente, en síntesis, que, frente a las afirmaciones que se contienen en la sentencia dictada, debe entenderse que el procedimiento se dirigió contra él en el año 2008, cuando prestó declaración ante la Fiscalía en calidad de imputado y con asistencia de letrado. Sin embargo no es hasta el año 2009 cuando las actuaciones del Ministerio Fiscal llegan hasta el Juzgado, siendo en el año 2013 cuando se desgaja la pieza separada que da lugar a esta causa y se le toma de nueva declaración como imputado. Se ha producido pues una dilación de cinco años que justifica la aplicación de una atenuante de dilaciones indebidas.

2. El motivo debe ser desestimado por las mismas razones expuestas al examinar el motivo séptimo del recurso formulado por Carlos Francisco Saenz Melero.

Es la complejidad de la causa, que derivó en la formación de diversas piezas separadas, la que justifica la ralentización de ciertos trámites procesales. Pero más allá de dicha ralentización, no se observan, en la tramitación, dilaciones que merezcan los calificativos de extraordinarias e indebidas, amparando por ello la aplicación de la atenuante pretendida. De hecho el recurrente no señala la existencia de tales paralizaciones sino que hace referencia al tiempo transcurrido entre su primera declaración ante la Fiscalía como imputado y la que prestó en la misma condición ante el Juez de instrucción, ya en trámite esta pieza separada. Esta mera alegación sin embargo, no evidenciándose paralizaciones en la tramitación, no es suficiente a los efectos pretendidos.

Como ya dijimos con anterioridad, la duración total de la causa (desde el año 2008, si partimos de la fecha de incoación de la causa principal, hasta el año 2015), dada precisamente su naturaleza y

complejidad, no puede calificarse de extraordinaria, y justificar así la aplicación del artículo 21.6 CP.

En conclusión, se desestima el motivo primero del recurso de José Daniel Hernández Arraez.

DECIMOTERCERO.- José Daniel Hernández Arraez ampara el segundo motivo de su recurso en el artículo 849.1 de la LECRIM, denunciando la inaplicación del artículo 65.3 CP.

1. Se alega que, de acuerdo con la propia Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que ha atemperado la potestad prevista en el párrafo tercero del artículo 65 CP, se le debe rebajar la pena en un grado.

2. El artículo 65.3 CP, decíamos en la STS 494/2014, de 18 junio - con cita de otras muchas resoluciones de esta Sala-, fue añadido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, recogiendo de forma un tanto confusa la jurisprudencia que apreciaba la atenuante al partícipe no cualificado en los delitos especiales propios, extendiendo las posibilidades de atenuación por debajo de la pena ordinaria, concediendo a los Tribunales la facultad de reducirla en un grado.

Se trata, en fin, de una atenuante de carácter facultativo para aquellos extranei partícipes en delitos especiales propios. El fundamento de la atenuación aparece íntimamente ligado al principio de proporcionalidad, en la medida en que el contenido y la intensidad del injusto en la acción del extraneus que interviene en un delito de esta naturaleza es, por definición, menor que el predicable de la acción del intraneus. El legislador toma en consideración el hecho incuestionable de que el extraneus no infringe -no puede infringir- el deber jurídico especial que pesa sobre el intraneus.

Sobre la naturaleza facultativa de la degradación de la pena prevista en el art. 65.3 del CP, se ha pronunciado reiteradamente esta Sala. El que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena -

hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo podrán-, es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario o asimilado, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe.

3. La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto de autos conduce a la desestimación del motivo.

El Tribunal a quo explica suscita pero significativamente, tal y como resalta el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, por qué no aplica la rebaja de pena pretendida por el recurrente. Para dicho órgano la cuantía de las cantidades malversadas (y las que se intentaron malversar) justifica la no aplicación del párrafo tercero del artículo 65 CP.

Esta decisión que, como hemos dicho, es una facultad discrecional del órgano de instancia que ha sido, por otro lado, suficientemente motivada, ha de confirmarse.

En efecto, de acuerdo con el criterio seguido por el Órgano a quo, la naturaleza e intensidad de la participación del recurrente, absolutamente esencial, en los delitos por los que ha sido condenado no justifican la rebaja de su pena. Fue el que presentó los presupuestos y facturas falsos y a su favor se hicieron los pagos indebidos.

En definitiva, la sentencia recurrida hace una correcta aplicación del artículo 65.3 CP, por lo que el motivo segundo del recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez se desestima.

DECIMOCUARTO.- Examinamos a continuación los motivos tercero y cuarto del recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez que se amparan, respectivamente, en los artículos 849.1 y 849.2 LECRIM.

1. En ambos motivos, que el propio recurrente desarrolla simultáneamente, no obstante la diferencia patente entre los dos cauces casacionales mencionados, impugna la valoración de la declaración prestada por el también condenado José Manuel Rodríguez Sánchez.

Según recurrente, la declaración de este último, que ha resultado beneficiado penológicamente por su confesión, no está clara ni obedece a un reconocimiento expreso y objetivo. No ha existido además persistencia en la incriminación estableciendo una “*analogía*” con el modo de proceder en otra causa, tramitada ante el mismo juzgado, en el que también fue acusado y condenado. Destaca el recurrente que en el recurso de reforma y subsidiario de apelación que obra a los folios 316 y ss., este acusado manifestó que “*no era culpable*”, poniendo así de relieve la falta de continuidad en la incriminación y la existencia de motivos espurios para proferir las manifestaciones que contiene su declaración.

2. Sin perjuicio de señalar que el cauce casacional elegido es inadecuado para articular las alegaciones que se formulan, el motivo ha de ser desestimado.

Respecto a la posibilidad de que el Tribunal a quo valore la declaración de otro coimputado y los presupuestos para que dicha declaración, como ha sido en este caso, pueda ser valorada como prueba de cargo, nos remitimos a las consideraciones formuladas con anterioridad en esta resolución al resolver las alegaciones que en un sentido similar han sido formuladas por otros recurrentes.

Se desestiman los motivos tercero y cuarto del recurso formulado por José Daniel Hernández Arraez.

DECIMOQUINTO.- Resta por examinar el motivo sexto del recurso presentado por José Daniel Hernández Arraez, que se ampara en el artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido el art. 61 del real Decreto Legislativo 1/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias, así como el art. 63 apartados 1. c) y 4 en relación a la consideración de las obras, mayores, menores o servicios.

1. Según el recurrente, a diferencia de lo que considera el Tribunal a quo, la discusión sobre la calificación del contrato no es baladí puesto que si se concluye, como sería conforme a derecho, que el contrato concierne a obras menores, la confección del expediente es totalmente distinto a la que precisarían los expedientes para otro tipo de contratos, habiéndose ajustado el recurrente a la legalidad en cuanto a los documentos que debía de presentar ante la Administración, siéndole ajeno totalmente el comportamiento de la Administración (en este caso el Ayuntamiento) una vez con los documentos en su poder en cuanto a la acertada o no confección del expediente administrativo.

2. Reiterando la necesidad de respetar la intangibilidad de los hechos declarados probados, el motivo se desestima.

Como hemos indicado con anterioridad en esta resolución, de acuerdo precisamente, con el “*factum*” de la resolución administrativa, la “*contratación administrativa*” que los acusados iniciaron fue una mera apariencia como lo fue la ejecución de las diversas prestaciones a cargo de la cuales se libraron las distintas facturas. Lo único que se pretendía con ello era menoscabar los fondos públicos abonando unos servicios que nunca se realizaron.

La irrelevancia pues de la cuestión planteada por el recurrente es patente.

Se desestima el motivo sexto del recurso presentado por José Daniel Hernández Arraez.

DECIMOSEXTO.- Dada la conclusión parcialmente estimatoria del recurso formulado por Carlos Francisco Saenz Melero, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas procesales por él causadas.

Desestimados los demás recursos, las costas se imponen a las partes recurrentes.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la desestimación íntegra de los Recursos de Casación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales Dña Olga Romojaro Casado, en nombre y representación de Juan Rafael Arrocha Arrocha y por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Sánchez Vicente, en nombre y representación de José Daniel Hernández Arraez y a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Evencio Conde de Gregorio, en nombre y representación de Carlos Francisco Saenz Melero, contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria el 18 de enero de 2016, fijando una nueva pena para los recurrentes, debiéndose por ello casar en parte dicha Resolución y dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el recurso interpuesto por Carlos Francisco Saenz Melero, y se imponen a los recurrentes las derivadas de los recursos interpuestos por Juan Rafael Arrocha Arrocha y José Daniel Hernández Arraez.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

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

Manuel Marchena Gómez José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

903/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Vista: 16/11/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 891/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
D^a. Ana María Ferrer García
D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción num. 5 de los de Arrecife, Procedimiento Abreviado 3/2014 y seguida ante la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sección 6ª, contra JOSÉ DANIEL HERNÁNDEZ ARRAEZ, JUAN RAFAEL ARROCHA ARROCHA, CARLOS FRANCISCO SANEZ MELERO y JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, por **delito continuado de malversación de caudales públicos, en concurso con un delito continuado de prevaricación y con un delito continuado de falsificación en documento mercantil**, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6ª, en fecha 18 de enero de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico octavo de los de la Resolución que precede, por aplicación del nuevo apartado tres del artículo 77 CP, en su redacción dada por la Ley Orgánica

1/2015, procede rebajar la pena impuesta a los recurrentes, que queda fijada en cuatro años, seis meses y un día de prisión y ocho años y un día de inhabilitación absoluta.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos fijar la pena impuesta a Juan Rafael Arrocha Arrocha, Carlos Francisco Saenz Melero y José Daniel Hernández Herraéz por los delitos por los que han sido condenados en esta causa en cuatro años, seis meses y un día de prisión y ocho años y un día de inhabilitación absoluta.

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

**Manuel Marchena Gómez José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de
Luarca**

Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

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