



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 1
C/ Amigos del Arte. Plazoleta Domingo Díaz
Martín nº 13
Güímar
Teléfono: 922 474103 / 4
Fax.: 922 474114
eMail: mixto1.guimar@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Diligencias previas
Nº Procedimiento: 0000310/2019
Proc. origen: Diligencias preprocesales Fiscalía -
Diligencias de investigación Penal
Nº proc. origen: 0000100/2018-00
NIG: 3803870220180000445
Resolución: Auto 000614/2019

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Investigado	Jose Gumersindo Garcia Trujillo	Jorge Manuel Garcia Prieto	Lucia Del Carmen Perez Rodriguez
Investigado	Domingo Tomas Ramos Diaz		
Investigado	Alfredo Blas Arencibia Saavedra	Irene Villar Garcia De Paredes	
Investigado	Hilaria Cecilia Otazo Gonzalez	Jorge Manuel Garcia Prieto	Lucia Del Carmen Perez Rodriguez
Investigado	Olivia Concepcion Perez Diaz	Jorge Manuel Garcia Prieto	Lucia Del Carmen Perez Rodriguez
Investigado	Cirilo M Acevedo Bravo		
Investigado	Juan De La Cruz Torres Padron	Gerardo Perez Sanchez	Joaquin Cañibano Martin
Investigado	Marcos J Abreu		
Investigado	Victor M Hernandez Fernandez De Mesa		
Investigado	Cobra Instalaciones Y Servicios, S.l.		
Investigado	Ramon Gil Molina	Jorge Manuel Garcia Prieto	Lucia Del Carmen Perez Rodriguez
Denunciante	Octavio Manuel Fernandez Hernandez		

AUTO

En Güímar, a 21 de octubre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En este Juzgado fueron incoadas Diligencias Previas identificadas con el nº 310/2019, por presuntos delitos de PREVARICACIÓN administrativa, FALSEDAD DOCUMENTAL y ESTAFA en el marco de la licitación, promoción y ejecución de las obras de rehabilitación integral de las viviendas sociales en Antón Guanche, 1ª fase, siendo denunciante OCTAVIO MANUEL FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y resultando investigados JOSÉ GUMERSINDO GARCÍA TRUJILLO, DOMINGO TOMÁS RAMOS DÍAZ, RAMÓN GIL MOLINA, ALFREDO BLAS ARENCIBIA SAAVEDRA, HILARIA CECILIA OTAZO GONZÁLEZ, OLIVIA CONCEPCIÓN PÉREZ DÍAZ, CIRILO M. ACEVEDO BRAVO, COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS SA, JUAN DE LA CRUZ TORRES PADRÓN, MARCOS J. ABREU DÍAZ y VICTOR HERNÁNDEZ DE MESA.

SEGUNDO.- Sin perjuicio de la constatación de irregularidades administrativas, que han sido abordadas en los procedimientos oportunos a tal fin, y de vicios constructivos, que pueden ser



objeto de acciones específicamente previstas en tal sector y tendentes a dirimir las responsabilidades de los distintos agentes de la edificación, de la amplia documental recabada y de las testificales practicadas se desprende la inexistencia de datos indiciarios sobre los distintos elementos que conforman los tipos penales perseguidos, decayendo, por ello, la necesidad de practicar otras diligencias, en particular las declaraciones de investigados que, en valoración comparativa respecto a lo que supone someter a una persona a un procedimiento criminal, resultan injustificadas, precisamente por no encontrar soporte en lo actuado para realizar un juicio indiciario de criminalidad contra los mismos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Análisis indiciario de las diligencias instructoras y juicio de relevancia penal en relación a la continuación del procedimiento.* I/ De acuerdo con reiterada doctrina constitucional, compilada en STC 176/2006 de 5 de junio, la Constitución no reconoce ningún derecho fundamental a obtener condenas penales de modo que la decisión judicial de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal.

Como reconoce el Tribunal Constitucional (de nuevo STC 176/2006 que sintetiza la doctrina constitucional sobre el sobreseimiento) la instrucción tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden ser o no constitutivos de delito y tal finalidad se cumple cuando el material reunido en la investigación permite al Juez afirmar que el *factum* no es subsumible en ninguno de los tipos penales, de forma que la parte acusadora no tiene derecho a que el órgano judicial lleve a cabo una actividad investigadora exhaustiva o ilimitada, sino que una vez constatado que los hechos que se investigan no son subsumibles en ningún tipo penal, el deber del juez de Instrucción no es agotar las posibilidades de investigación, sino no alargar innecesariamente el proceso, para salvaguardar los derechos de los posibles implicados.

II/ Dispone el art. 779.1 LECRIM que “Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.”

A su vez, señala el art. 641 de la LECRIM que “Procederá el sobreseimiento provisional:



Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.

Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.”

SEGUNDO.- Principios penales aplicables. El principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad constituye uno de los principios generales del Derecho Público, y en estrecha relación con el mismo se encuentra el principio de la "menor injerencia posible" o de "intervención mínima", que implican que el hecho de que se recurra a la pena criminal tiene que tener una justificación en la necesidad de tutela; además, el Derecho Penal debe revestir un carácter fragmentario, en el sentido de que las conminaciones penales no tienen por qué extenderse a todas las infracciones, la protección penal no debe referirse a todos los ataques que pueda sufrir un bien jurídico, sino solamente a las más graves y más intolerables; y por último, el Derecho Penal tiene un carácter subsidiario, de tal modo que la reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal (STS Sala 28 de 21 junio 2006).

Además de no desprenderse de las actuaciones indicios bastantes que permitan perseguir los tipos penales enunciados, los hechos investigados pueden ser y han sido objeto de un tratamiento específico y adecuado en los correspondientes procesos administrativos, siendo las irregularidades denunciadas más propias de tal sector del ordenamiento jurídico. En particular, supuestos como el presente requieren de una especial cautela y de un juicio crítico pormenorizado, por innegables repercusiones sociales, políticas y administrativas que conlleva la investigación criminal en este tipo de asuntos, desgranado de los hechos denunciados aquellos ya respaldados con indicios sólidos y poniéndolos en relación a los tipos penales en que se puedan subsumir, interpretados conforme a los principios penales expuestos, pues el contexto político-social actual ha supuesto que afloren en los Juzgados de Instrucción todo tipo de denuncias y querellas dirigidas frente a altos cargos administrativos, en muchos casos justificadas y necesitadas de la correspondiente tutela y persecución penal, pero en otros el trasfondo puede obedecer a razones de mera conveniencia política, debiendo quedar limitada, se repite, la jurisdicción penal a aquellas conductas socialmente más reprochables y siempre que se reúnan indicios suficientes acerca de la perpetración de todos los elementos del tipo penal en cuestión, dejando las meras irregularidades administrativas para el ámbito que le es propio y donde también se puede obtener una tutela y respuesta adecuada, muchas veces de forma más rápida y efectiva (nulidad o anulabilidad del acto o contrato, responsabilidad civil o administrativa...), siendo la jurisdicción contencioso-administrativa la que mantiene la labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho. En esta dirección el Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 13-5-2015, rec. 20246/2014 *"La decisión de abrir el juicio oral debe ser una resolución judicial que ha de estar basada en serias evidencias de la comisión de delito, toda vez que las diferencias entre la aludida comisión delictiva y las posibles irregularidades administrativas que pudieran ser detectadas en la actuación del aforado, como Alcalde han de quedar suficientemente aclaradas, antes de tal*



continuidad procedimental."

TERCERO. Análisis indiciario de los hechos denunciados. Las presentes actuaciones traen causa de la denuncia presentada por Octavio Manuel Fernández Hernández en la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife por presuntos delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos adjuntando 2 archivadores con 5 tomos. El 16 de abril de 2019 se remitió la denuncia a los Juzgados de Güimar, donde tuvo entrada el 27 de mayo de 2019, incoándose la causa el 3 de junio de 2019 y declarándose compleja. De aquella denuncia, junto a la documental recabada y declaraciones testificales practicadas se desprende, en lo que importa a la presente causa, la siguiente concatenación de hechos:

I/ Dentro del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, la **Comisión Bilateral Estado-Comunidad Autónoma de Canarias** de 8 de febrero de 2010 aprobó la actuación de rehabilitación integral de las viviendas sociales en Antón Guanche, 1ª fase, comprensiva de la ejecución en 70 viviendas de obras de recuperación de elementos estructurales de los edificios, accesibilidad, adecuación de elementos comunes y habitabilidad de las viviendas por un coste de 875.000 €, con un coste total de las actuaciones del área en 1.024.100,00 €, incluyendo 93.100 € para financiar los gastos que generara el Equipo Técnico de Gestión y 56.000 € para infraestructuras y urbanización, todo ello a financiar entre el Ministerio, la Comunidad Autónoma, el Ayuntamiento, el Cabildo Insular de Tenerife y los particulares, designando al Ayuntamiento de Candelaria como gestor de las actuaciones (*folios 12 y ss*).

El 25 de febrero de 2010 el pleno del **Ayuntamiento** ratificó el acuerdo citado y encomendó a la Entidad Pública Empresarial de Gestión de Empresas y Servicios Públicos de la Villa de Candelaria (EPELCAN) la gestión de esta actuación (*folios 9 y ss*).

II/ Por Decreto n.º 425/2010, de 23 de febrero de 2010, se adjudicó definitivamente, mediante procedimiento negociado sin publicidad, el **proyecto** de la obra rehabilitación integral de las viviendas sociales en Antón Guanche, por el precio 30.010 €, incluido IGIC, a la empresa JTP Richard Arquitectos SLP (*folio 6*), firmándose en la misma fecha por José Gumersindo García Trujillo, en calidad de Alcalde del Ayuntamiento de Candelaria, y Juan De La Cruz Torres Padrón, en representación de la empresa JTP Richard Arquitectos SLP, un contrato administrativo de servicios (*folios 7 y ss*).

III/ El 30 de abril de 2010 se **constituyó el Consejo de Administración de EPELCAN** (*folios 2806 y ss*) presidido por el Alcalde José Gumersindo García Trujillo, siendo vicepresidente Domingo Tomás Ramos Díaz, Concejal e Infraestructura, Urbanismo, Vivienda y Agua, y vocales Ramón Gil Molina, Concejal de Obras, Servicios, Deportes y Mantenimiento de Vías Públicas, Edificios e Instalaciones Municipales, Alfredo Blas Arencibia Saavedra, Concejal de Cultura, Juventud, identidad canaria, Fiestas y Comunicación, Hilaria Cecilia Otazo González, Concejala de Desarrollo Rural y Pesquero, Medioambiente, Parques y Jardines, Olivia



Concepción Pérez Díaz, Concejala de Servicios Sociales, Drogodependencias, Mayores e Igualdad, José Ángel Díaz Ramos, Técnico Municipal, y Amelia María Riudavets de León, Técnico Municipal, actuando como Secretaria María Pilar Chico Delgado, que fue expresamente designada como tal por reunir los requisitos legales previstos en el art. 85 bis d) LBRL, funcionario público con titulación superior y que ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal. Se nombró también en tal acto como Director Gerente a Andrés Romeu de Lorenzo Cáceres. Se creó además una Comisión Asesora formada por Amelia María Riudavets de León, José Laureano Vargas Cruz, Nayra Guzmán Hernández y María Eugenia Barreto Rodríguez.

En el acta se detallan las actividades de EPELCAN previstas para el ejercicio 2010 consistentes en la gestión del área de rehabilitación integral de Antón Guanche y la edificación de viviendas de protección oficial en las promociones denominadas Amanece, La Viuda y La Cardonera, en las que ya se especifican los arquitectos que las acometerán, siendo De Felipe & de la Pinta SL (Amanece), OREO Consultores para la Edificación SL (Playa la Viuda) y JTP Richard Arquitectos SL (La Cardonera y Antón Guanche). Respecto a Antón Guanche se detallan los acuerdos de financiación ya expuestos.

En este mismo Consejo se aprobaron las Instrucciones Internas de Contratación de la Entidad (folios 2814 y ss) y se trataron modelos de pliegos de condiciones particulares para la adjudicación de obras (folios 2827 y ss) y de contratos de compraventa de viviendas protegidas (folios 2849 y ss).

IV/ El 11 de marzo de 2011 en el **Consejo de Administración** de EPELCAN, presidido por el Alcalde José Gumersindo García Trujillo, siendo vicepresidente Domingo Tomás Ramos Díaz, Concejal e Infraestructura, Urbanismo, Vivienda y Agua, y vocales Hilaria Cecilia Otazo González, Concejala de Desarrollo Rural y pesquero, Medioambiente, Parques y Jardines, y Olivia Concepción Pérez Díaz, Concejala de Servicios Sociales, Drogodependencias, Mayores e Igualdad, y Secretaria María Pilar Chico Delgado, concurriendo como invitado Octavio Manuel Fernández Hernández, en calidad de Secretario General del Ayuntamiento, se acordó iniciar los expedientes de contratación mediante procedimiento abierto para la adjudicación de rehabilitación integral de las viviendas sociales en Antón Guanche, se aprobaron los pliegos de condiciones particulares y el pliego de prescripciones técnicas, se facultó al Presidente, Vicepresidente y al Director Gerente para realizar los trámites necesarios para llevar a cabo las contrataciones de las direcciones de obra, organismos de control, seguro decenal y cualquier otro contrato para la ejecución de obra y se creó una Comisión Técnico Asesora para la apertura de ofertas, estudio y valoración de las mismas con la finalidad de elevar propuesta al Consejo de Administración, quien decidirá la adjudicación (folio 123 y 1512 y ss).

VI/ En el expediente se contiene un **pliego de condiciones particulares para la adjudicación** y un pliego de prescripciones técnicas para la ejecución de las obras del área de rehabilitación



integral Antón Guanche, 1ª fase (70 viviendas) (*folios 28 y ss y 50 y ss*), respondiendo el primero casi en su integridad al modelo de pliego de condiciones particulares para la adjudicación de obras tratado en el Consejo de 30 de abril de 2010 (*folios 2827 y ss*). Destaca que el objeto es la ejecución de las obras de rehabilitación descritas conforme al proyecto de edificación y estudio de seguridad y salud redactado por JTP Richard Arquitectos SLP, los proyectos de instalaciones eléctricas en baja tensión y protección contra incendios y de instalaciones de fontanería, saneamiento y agua caliente por energía solar redactados por el Ingeniero Técnico Industrial Marcos J. Abreu Díaz y el proyecto de infraestructuras común de telecomunicación redactado por el Ingeniero Técnico de Telecomunicaciones Miguel Delgado Hernández. El presupuesto de licitación se fijó en 876.409,08 €, incluyendo todos los conceptos, además del estudio de seguridad y salud, gastos generales, beneficio industrial e IGIC, tratándose de un sistema de precio a tanto alzado, sin que pudiera sufrir variación alguna por cambios durante el transcurso de las obras en los precios de materiales, mano de obra, unidades o medición, a salvo la parte de la obra correspondiente a excavaciones, cimentaciones y muros y urbanización, en que se mediría lo realmente ejecutado. El plazo de ejecución se fijó en 18 meses desde la suscripción del acta de comprobación y replanteo. El procedimiento de adjudicación establecido fue el abierto y el órgano de contratación el Consejo de Administración de EPELCAN. Se establecieron los requisitos que debían cumplir los licitadores y los distintos criterios de valoración de las ofertas. Tras la apertura de las distintas proposiciones habría de emitirse un informe de valoración y procederse por el órgano de contratación por resolución motivada y tras solicitar, en su caso, los informes técnicos convenientes, a la adjudicación provisional en el plazo máximo de 6 meses, debiendo formalizarse el contrato a los 10 días naturales siguientes a la notificación de la adjudicación. Los abonos al contratista se efectuarían contra certificaciones de obra mensuales expedidas por la dirección facultativa con una retención del 5 % en concepto de garantía y un 9 % para el seguro decenal y control técnico. Se excluyó, salvo circunstancias excepcionales, la revisión de precios, pero sí se previó la posibilidad de introducir modificaciones previa aprobación escrita.

VI/ El **anuncio** de licitación se publicó el 20 de marzo de 2011, previéndose la fecha límite de presentación de ofertas el 18 de abril de 2011 y su apertura el 25 de abril de 2011 (*folios 54 y ss*).

VII/ Juan De La Cruz Torres Padrón, en representación de la empresa JTP Richard Arquitectos SLP, evacuó un **informe el 2 de mayo de 2011 en relación a las mejoras económicas y plazos de ejecución** realizadas por las empresas licitadoras concluyendo que, de las tres presentadas, por Construcciones Cantefe, Perfersan y Grupo Cobra, la de ésta última empresa era la oferta más ventajosa (*folios 56 y ss*).

Por EPELCAN se realizó un **informe técnico de valoración de las ofertas** presentadas, proponiendo a la Mesa de Contratación que desechara a Perfersan por ser su proposición económica superior al presupuesto base de licitación y otorgando, en base a los criterios establecidos en el pliego de condiciones particulares, mayor puntuación a Grupo Cobra que a Construcciones Cantefe, habiendo presentado ambas igual proposición económica (*folios 58 y*



ss).

VIII/ El 20 de mayo de 2011 la **Comisión Técnica Asesora** de EPELCAN, formada por Domingo Tomás Ramos Díaz, Concejal e Infraestructura, Urbanismo, Vivienda y Agua, Andrés Rumeu de Lorenzo Cáceres, Director Gerente de EPELCAN, José Laureano Vargas Cruz, Adjunto a la gerencia de EPELCAN, y María Pilar Chico Delgado, Secretaria de EPELCAN, partiendo del informe técnico mencionado, elevaron propuesta al órgano de contratación de adjudicar la obras a la empresa Grupo Cobra (*folios 63 y ss*).

IX/ El mismo día 20 de mayo de 2011 el **Consejo de Administración** de EPELCAN, presidido por el Alcalde José Gumersindo García Trujillo, siendo vicepresidente Domingo Tomás Ramos Díaz, Concejal e Infraestructura, Urbanismo, Vivienda y Agua, y vocales Ramón Gil Molina, Concejal de Obras, Servicios, deportes y Mantenimiento de Vías Públicas, Edificios e Instalaciones Municipales, Alfredo Blas Arencibia Saavedra, Concejal de Cultura, Juventud, Identidad Canaria, Fiestas y Comunicación, Hilaria Cecilia Otazo González, Concejala de Desarrollo Rural y Pesquero, Medioambiente, Parques y Jardines, y Olivia Concepción Pérez Díaz, Concejala de Servicios Sociales, Drogodependencias, Mayores e Igualdad, actuando como Secretaria María Pilar Chico Delgado, previa propuesta del Presidente, aprobó por unanimidad la adjudicación de las obras de rehabilitación al Grupo Cobra al haber obtenido la mayor puntuación según los criterios de adjudicación recogidos en el pliego de condiciones particulares (*folios 232 y ss*).

X/ El 4 de julio de 2011 **se constituyó un nuevo Consejo de Administración** de EPELCAN con igual Presidente, Vicepresidente y Vocales, designándose como Secretario a Octavio Manuel Fernández Hernández, Secretario general del Ayuntamiento. En esta reunión no se trató nada acerca de la rehabilitación integral Antón Guanche (*folios 70 y ss*).

XI/ El 10 de septiembre de 2011 María Pilar Chico Delgado, Técnico de la Administración General, informó sobre el **proyecto de Ordenanza Municipal** para la rehabilitación integral Antón Guanche, aprobada inicialmente por el Pleno del Ayuntamiento el 28 de julio de 2011 (*folios 82 y ss*).

XII/ El 3 de octubre de 2011 EPELCAN, a través del Director Gerente Andrés Rumeu de Lorenzo Cáceres, **comunicó a Cobra** Instalaciones y Servicios SA, con CIF A46146387, que su propuesta había sido seleccionada (*folios 93 y ss*). Cobra, a requerimiento del órgano de contratación, aportó diversa documentación, entre la que destaca un programa de trabajos en 9 meses de ejecución (*folio 122*).

XIII/ El 16 de noviembre de 2011 se elaboró por EPELCAN un **informe técnico de valoración**



del contrato de dirección facultativa para el área rehabilitación integral Antón Guanche, 1ª fase, considerando que, de entre las tres ofertas presentadas, la más económica y que garantiza la correcta ejecución de las obras, era JTP Arquitectos SLP (*folio 123*).

XIV/ El 22 de noviembre de 2011 se firmó entre EPELCAN, representada por José Gumersindo García Trujillo, y Cobra Instalaciones y Servicios SA el **contrato de ejecución de obras** por precio alzado o cerrado de 876.409,08 €, IGIC incluido, en base al proyecto redactado por JTP Arquitectos SLP y la dirección facultativa de la misma mercantil, en la persona de Juan De La Cruz Torres Padrón. El plazo de ejecución se estableció en 9 meses desde la firma del acta de replanteo de la obra (*folios 124 y ss*).

El 27 de diciembre de 2011 se firmó una adenda al contrato anterior (*folios 134 y ss*).

XV/ El 13 de diciembre de 2011 Octavio Manuel Fernández Hernández, Secretario general del Ayuntamiento, elaboró un **informe** en el que constata que, en aquel momento, se tramitaba en el Ayuntamiento el expediente relativo a la aprobación del proyecto de obra, por lo que entendía incumplidos el art. 105 LCSP por no contar con previo proyecto aprobado para la adjudicación de un contrato de obras y el art. 93 y Disposición Adicional 2ª LCSP por ausencia de participación de Intervención y Secretaría en las fases de preparación y adjudicación del contrato y en la Mesa de Contratación, considerando el expediente nulo de pleno derecho por haber prescindido del procedimiento legalmente establecido (*folios 130 y ss*)

XVI/ El 2 de enero de 2012 se firmó el **acta de replanteo** (*folio 136*), comenzando el proceso de ejecución de las obras.

En informe de 28 de agosto de 2012 Juan De La Cruz Torres Padrón autorizó, como director de la obra, **cambios de materiales y sistemas constructivos** en cubiertas, en fachada y urbanización interior, constatando que ninguna de ellas suponían variación, al alza o a la baja, tanto económica como en el plazo. Además recoge la necesidad de acometer obras imprevistas e imprescindibles en cubierta, bajante de aguas pluviales, registros secundarios de telecomunicaciones, tuberías, revestimientos y escaleras (*folios 142 y ss*).

El 31 de marzo de 2013 el Arquitecto Técnico Alejandro Marfil González elaboró un informe sobre el estado en que se encontraba la obra tras 14 meses desde su inicio, constatando un porcentaje de ejecución de aproximadamente un 90 % (*folios 148 y ss*).

El 12 de abril de 2013 el jefe de obra de la contratista, Oscar Rafael del Molino Almazán, solicitó a la dirección facultativa que, a partir del 30 de abril de 2013, comenzara el proceso de recepción de la obra, señalando que, al hacer uso de las instalaciones los vecinos, sufrían



deterioros en pinturas, rejuntas y otros (*folio 151*).

El 17 de octubre de 2013 Cirilo M. Acevedo Bravo, como Director Gerente de EPELCAN, solicitó a Cobra que justificara la ejecución de las mejoras en pavimentos, barandillas, áreas de juego, mobiliario urbano y palmeras exteriores ofrecidas por la mercantil en su oferta (*folio 154*), a lo que se dio respuesta por Oscar Rafael del Molino Almazán el día siguiente, aportando mediciones y precios por un valor de mejora de 10.166,47 € (*folios 155 y ss*).

XVII/ El 17 de julio de 2013 se firmó por Cirilo M. Acevedo Bravo, Director Gerente de la promotora EPELCAN, por la contratista Cobra, por la dirección de obra compuesta por Juan De La Cruz Torres Padrón y Marcos J. Abreu Díaz y por la dirección de ejecución de la obra Víctor Hernández De Mesa, el **acta de recepción** de la terminación de la fase 1 del área de rehabilitación integral Antón Guanche, si bien la fecha del certificado final se encontraba pendiente de tramitación y se recibió la obra a reserva de la debida subsanación de los defectos cuyo detalle se consigna en informe a elaborar por la dirección facultativa, incorporándose un anexo de reservas técnicas al acta de recepción del edificio terminado por deficiencias apreciadas en cubiertas (conexión de canalizaciones, protección de lámina impermeable, sumideros, remates y sellados), fachadas, telecomunicaciones, fontanería (depósitos, canalizaciones, contadores), revestimientos (remates de pintura, rótulos y placas), electricidad y justificación del plan de control y gestión de residuos y control de calidad y ensayos, todo ello documentado con reportaje fotográfico (*folios 318 y ss*).

El 4 de noviembre de 2013 se firmó por Cirilo M. Acevedo Bravo, Director Gerente de la promotora EPELCAN, por la contratista Cobra, por la dirección de obra compuesta por Juan De La Cruz Torres Padrón y Marcos J. Abreu Díaz y por la dirección de ejecución de la obra Víctor Hernández De Mesa, **nueva acta de recepción** de la terminación de la fase 1 del área de rehabilitación integral Antón Guanche, recogiendo ya como fecha de certificación final el 26 de julio de 2013 por un coste final de la ejecución material de la obra de 876.409,08 €, sin que se recogieran reservas por debida subsanación de defectos (*folios 252 y ss*).

El 16 de octubre de 2014 el Arquitecto Juan De La Cruz Torres Padrón y el Aparejador Víctor Manuel Hernández De Mesa emitieron el **certificado final de obra**, que fue visado en el Colegio Oficial de Arquitectos e 17 de noviembre de 2014 (*folio 411*).

El 18 de noviembre de 2014 Juan De La Cruz Torres Padrón dio por entregadas en las oficinas de EPELCAN la documentación relativa a la finalización y liquidación de la obra, lo que tuvo sello de entrada el 25 de febrero de 2015 (*folio 412*).

XVIII/ El 8 de noviembre de 2013 Cobra entregó a EPELCAN documentación relativa a las subcontratas en la obras de referencia, la información técnica de las puertas metálicas,



cubierta y pinturas empleadas en fachadas e interiores, el original del libro de incidencias, la información técnica de depósitos, las garantías de impermeabilización y el esquema de cubierta (*folios 268 y ss*).

El 27 de noviembre de 2013 Cobra entregó a EPELCAN documentación relativa a justificación y precios descompuestos en los cambios de puertas de aluminio por puertas de entrada de acero, de la cubierta convencional por cubierta invertida, de las jaracandas por cactus y aloe vera, del batacheado, arquetas, buzones y bidones (*folios 285 y ss*).

XIX/ El 3 de enero de 2014 Cirilo M. Acevedo Bravo, Director Gerente de la promotora EPELCAN, informó que ésta había tenido que ejecutar una reparación en tapa de arqueta por valor de 204,03 € y en un termo por valor de 98,65 €, estando pendientes **reparaciones** en sellado en una caja general y en trampillas de acceso a cubierta, en desagüe de pluviales, tapado de tela de PVC con mortero en cubierta, defectos de impermeabilización y accesos peatonales a trampillas de ascensores (*folio 293*).

Este escrito mereció respuesta de Cobra el 10 de enero de 2014 negando tener constancia de tales incidencias, concretando que algunos defectos se debían al uso (tapa de arqueta) y que otros se localizaron en elementos que no resultaron afectados por las partidas contratadas, como el sellado de la hornacina, el desagüe de pluviales o los defectos en las trampillas, ofreciendo subsanación en las anomalías apreciadas en cubierta o impermeabilización (*folios 294 y ss*).

EPELCAN reiteró el 16 de enero de 2014 a Cobra la necesidad de que ésta interviniera para subsanar las deficiencias apreciadas (*folio 298*), siendo objeto de respuesta el 27 de enero de 2014 concretando que ya se habían ejecutado varias de las reparaciones interesadas (*folio 299*).

El 5 de marzo de 2014 Cirilo M. Acevedo Bravo, Director Gerente de la promotora EPELCAN, detalló nuevas incidencias a efectos de su subsanación por Cobra (*folios 308 y ss*), contestando la constructora, en líneas generales, negando la procedencia de la subsanación, entre otras razones, por estar ejecutadas las partidas contratadas, por caer fuera de las contempladas en proyecto y en contrato, por pertenecer a la fase 2 o por ser cuestiones de mantenimiento (*folios 312 y ss*).

El 3 de junio de 2014 Cobra emite nuevo escrito con reparaciones ejecutadas y comentarios a las incidencias planteadas (*folios 332 y ss*).

EPELCAN notificó a Cobra nuevas incidencias el 13 de junio de 2014 en materia de protección



de ascensores (folio 342), el 19 de agosto de 2014 por limpieza en arquetas y sumideros de aguas pluviales (*folio 344*), el 25 de agosto de 2014 por servicios de ascensores y de desatascado de redes de saneamiento y pluviales (*folio 354*), el 15 de octubre de 2014 por servicios de ascensores (*folio 395*), el 18 de marzo de 2015 por cableado (*folio 414*), el 30 de junio de 2015 por limpieza en colectores e impermeabilización de cubiertas de ascensores (*folio 417*) y el 21 de agosto de 2015 por servicios de ascensores (*folio 457*), anunciando en todos los casos el descuento de los gastos de las reparaciones (39.794,40 €) a cargo de las garantías que obraban en su poder.

Producido un rebosamiento de varias arquetas fecales con filtraciones hacia la red de pluviales, el Arquitecto Juan De La Cruz Torres Padrón, a petición del Concejal de Urbanismo Domingo Tomás Ramos Díaz, se personó el 8 de julio de 2014 en la zona de las obras de Antón Guanche, apreciando obstrucciones aparentemente producidas por escombros vertidos por roedores o arrastrados por las lluvias desde los jardines colindantes, restos de residuos como toallitas, trapos o paños, procediendo a la limpieza y concluyendo que una parte de las arquetas no se habían limpiado recientemente y que se vertían a la red de fecales restos no biodegradables, provocando el taponamiento de la red, si bien instó a la empresa constructora a subsanar la deficiencia apreciada en la conexión de dos sumideros de pluviales a la red de fecales (*folios 345 y ss*). Cobra no asumió responsabilidad por tal motivo, refiriendo que en la urbanización no existe red separativa de pluviales y fecales, pues cuenta con una única red de saneamiento, señalando además que desde la urbanización no se estaba realizando un mantenimiento mínimo (*folios 349 y ss*).

XX/ El 14 de septiembre de 2016 se elaboró por Federico J. López del Amo, Arquitecto Técnico, a petición de Fernando Alduán Guerra, Concejal de Urbanismo y Educación, un **informe sobre el estado de las obras** de rehabilitación en Antón Guanche en que detalla desperfectos en las viviendas rehabilitadas apreciados en visitas de 17 y 23 de noviembre de 2015, mencionando obstrucciones en conducciones y defectos de desagüe, entrada de agua y polvo en cerramientos, en el piso y cuarto trastero de la planta baja o en la trampilla de acceso a la cubierta, la existencia de humedades y filtraciones, defectos de acabado en la cubierta y la ausencia de extintores o de tapas en los bidones de agua. Analiza además el libro de órdenes, resaltando que sólo está firmado por la dirección facultativa, que no ha podido tener acceso a precios contradictorios con ocasión de imprevistos o reformados, que existen partidas de obra que no se han ejecutado y que en el certificado final de obra no se reseña la subsanación de desperfectos previamente apreciados. Respecto a las 15 certificaciones de obra emitidas, señala que se han certificado unidades de obra que no se han ejecutado, no se han modificado las partidas que se indicó por la dirección facultativa y que en la certificación n.º 14 existe exceso respecto al proyecto, por un total de 32.141,51 € en los capítulos actuaciones previas, demoliciones, acondicionamiento del terreno, cimentaciones, estructuras y aislamiento e impermeabilizaciones, lo que luego se corrige en la certificación n.º 15 en que se vuelven a cuadrar los capítulos con los valores recogidos en el Proyecto (*folios 165 y ss*). Se adjuntan las correspondientes certificaciones, en la que basta comparar los números del resumen por capítulos de las certificaciones firmadas el 18 de febrero y el 18 de julio de 2013 por la propiedad, la contratista, la dirección de obra y la dirección de ejecución (*folios 173 y 176*) y los



cuadrantes de la contratista (*folios 174 y 177*) para apreciar la disonancia expuesta.

El 26 de diciembre de 2016 el Arquitecto Técnico Federico J. López del Amo, nuevamente a petición de Fernando Alduán Guerra, Concejal de Urbanismo y Educación, elaboró otro **informe** (*folios 179 y ss*) concretando que los desperfectos apreciados en la construcción, de más de 38 años de antigüedad, estaban comprendidos dentro de las obras de rehabilitación y cuantificando los trabajos que consideró necesarios para subsanar tales desperfectos en 88.166,33 € (*folios 189 y ss*). Además, nuevamente, apreció importantes diferencias en la valoración económica comparada en los distintos capítulos recogidos en las certificaciones nº 14 y 15 y la liquidación final de obra, concluyendo que se había superado en 1.882,88 € el importe del proyecto original (*folios 181 y ss*).

Estos informes se remitieron a JTP Arquitectos SLP por el Director Gerente de EPELCAN Cirilo M. Acevedo Bravo (*folio 195*), evacuando Juan De La Cruz Torres Padrón **informe** el 3 de abril de 2017 (*folios 213 y ss*) refiriendo que dentro del acuerdo de la Comisión Bilateral Estado-Comunidad Autónoma de Canarias de 8 de febrero de 2010 en el marco del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, elaboró el proyecto visado nº 86329 para la rehabilitación y renovación de 19 bloques con un total de 140 viviendas sociales en Antón Guanche y las obras de urbanización, que se acometería en 2 fases, pero recogiendo en un único documento las mediciones y presupuesto, si bien detallando las obras que corresponden a cada una de las fases.

En lo que se refiere a la 1ª fase, comprensiva de ejecución en 70 viviendas de obras de recuperación de elementos estructurales de los edificios, accesibilidad, adecuación de elementos comunes y habitabilidad de las viviendas, relató que las comunidades de propietarios de uno de los bloques afectados renunciaron a la ejecución de las obras financiadas, obligando a redefinir la fase 1. Detalló ser consciente que las obras se contrataron por el sistema de precio alzado, a excepción de las partidas correspondientes a cimentaciones, excavaciones, muros y urbanización, en lo que insistió el Instituto Canario de la Vivienda y la contrata en el desarrollo de las obras, pese a lo que determinó, atendiendo a posibles imprevistos dadas las obras de rehabilitación a realizar con independencia de que no estuvieran en el proyecto de ejecución, que las certificaciones mensuales se realizaran a origen y con lo realmente ejecutado, esto es, no por un porcentaje de ejecución en relación al precio cerrado o alzado, sino con arreglo a medición real. Es más, concretó que, durante el desarrollo de las obras y dada la dificultad de las obras de rehabilitación y renovación y la presencia constante de usuarios, se modificaron actuaciones con la conformidad del promotor y del Instituto Canario de la Vivienda. Por ejemplo, concretó que no se sustituyeron los bajantes de aguas pluviales, salvo el último tramo, a fin de compensar los costes de los imprevistos y obras sobrevenidas.

Concretó que el 17 de julio de 2013 se firmó el acta de recepción de edificio terminado conforme al proyecto aprobado y la documentación técnica que lo desarrolla, si bien con



anexo de reservas técnicas de subsanación de defectos, lo que dio lugar a posterior informe de la dirección facultativa de 28 de agosto de 2013 en relación a aquellas reservas, solicitando a la contrata informe y reportaje fotográfico, y a visita de 4 de noviembre de 2013, emitiéndose por la dirección facultativa informe de subsanación de las reservas técnicas. La liquidación final de la obra se firmó por la dirección facultativa el 18 de septiembre de 2013. El certificado final se expidió el 16 de octubre y fue visado el 17 de noviembre de 2014.

En relación a los defectos apreciados por el técnico municipal, matizó que las redes de distribución de la urbanización presentaban un problema grave de salubridad, procediendo a su subsanación en la medida que el presupuesto objeto de financiación lo hacía posible, sin que en ningún caso las obras tuvieran por finalidad la subsanación total de los problemas preexistentes en la red de alcantarillado. Por otro lado, justificó las decisiones adoptadas en obra, concretando que los cerramientos perforados responden a proyecto y a las zonas comunes en que se sitúan, no habitables, que el escalón en planta baja no estaba prescrito y no cumpliría las condiciones básicas de seguridad y accesibilidad, que no se contempló en proyecto y en las obras financiadas actuación sobre bajantes de aguas negras ni en el suministro de agua en el interior de las viviendas, salvo llaves de corte de las nuevas bajantes con el contador y los depósitos de reserva de agua potable, que la rehabilitación parcial objeto de proyecto no justificaba extintores en zonas comunes y que la impermeabilización en cubierta fue certificada por la empresa instaladora. En cuanto a las diversas humedades y filtraciones precisó que deberían ser estudiadas a fin de valorar si respondían a falta de mantenimiento o a defectos de ejecución, en cuyo caso podría reclamarse a la contrata dentro del plazo de garantía.

En relación a las diferencias existentes en las certificaciones señaló que respondieron al cambio de los bloques inicialmente licitados para su ejecución, dado que una comunidad de propietarios renunció a la financiación, a las modificaciones de obras de conformidad al promotor y al Instituto Canario de Vivienda por imprevistos, obras sobrevenidas y presencia constante de usuarios y, en último lugar, a la medición y abono de lo realmente ejecutado, añadiendo la dificultad de justificar determinadas mediciones dada la ejecución en fases, sin continuidad entre las obras de urbanización y los bloques de las distintas fases.

Aseguró, en definitiva, que las actuaciones definidas en el proyecto fueron las determinadas en el pliego de prescripciones técnicas y respondieron al Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 así como al presupuesto objeto de financiación, sin que se pudieran acometer obras de rehabilitación u urbanización más allá del mismo.

Sobre el informe anterior, el Arquitecto Técnico Federico J. López del Amo concluyó el 12 de julio de 2017 que se habían tomado acuerdos entre las partes que ocasionaron una merma considerable en la calidad de la ejecución y que habían transcurrido tres años y medio desde la recepción definitiva, por lo que no procedía el resarcimiento de los daños causados por vicios



ocultos y mala ejecución (*folio 228*).

Tras la revisión del expediente entregado en el departamento de contratación a fin de reclamar a la empresa contratista Cobra por aquellas deficiencias apreciadas en el informe técnico municipal, la Técnico de la Administración General María del Pilar Chico Delgado devolvió el expediente en fecha 12 de julio de 2017 al referir el Concejal Delegado de Urbanismo que aquellas deficiencias iban a ser reparadas por el Cabildo Insular de Tenerife (*folio 227*).

XXI/ El 16 de octubre de 2017 se presentó moción para incoar la **revisión de oficio** del expediente de contratación del proyecto y de la adjudicación de las obras de la 1ª fase de rehabilitación de Antón Guanche, acorándose en Pleno Ordinario del Ayuntamiento celebrado el 25 de octubre de 2017 proceder a la incoación de expediente de revisión de oficio (*folios 1403 y ss*), elaborándose nuevo informe el 29 de enero de 2018 por el Secretario General Octavio Manuel Fernández Hernández en el que se vuelven a reproducir sus conclusiones del 3 de diciembre de 2011 (*folios 1408 y ss*), lo que dio lugar al Decreto nº 497/2018 acordando iniciar expediente de revisión de oficio de los acuerdos del Consejo de Administración de EPELCAN de 11 de marzo de 2011 por el que se aprueban los pliegos y se crea una comisión técnica asesora para la apertura de ofertas, estudio y valoración de las mismas, y del 20 de mayo de 2011 de adjudicación del contrato de obra a Cobra y del acta de recepción de 4 de noviembre de 2013 (*folios 1444 y ss*).

En el curso de dicho expediente Juan De La Cruz Torres Padrón formuló **alegaciones** el 16 de abril de 2018 (*folios 1788 y ss*) negando que existiera falsedad alguna en el acta de recepción de la obra, reiterando las manifestaciones que ya había efectuado en informe de 3 de abril de 2017, insistiendo que en fecha 17 de julio se firmó un acta de recepción de las obras con reservas técnicas, al no hallarse en estado de ser recibidas, elaborándose un informe por la dirección facultativa y fijándose un plazo de 24 días para su subsanación. El 28 de agosto de 2013 se emitió nuevo informe detallando las deficiencias que aún no habían sido subsanadas, fijando nuevo plazo para su solución. Finalmente el 4 de noviembre de 2013 se emitió por la dirección facultativa informe de subsanación de las reservas técnicas, haciéndose entrega formal al promotor de la obra completa y terminada mediante acta de recepción firmada por todos los intervinientes, que ni opusieron ningún reparo a la misma.

También la mercantil Cobra presentó el 17 de abril de 2019 escrito de alegaciones en el que negó la existencia de ningún tipo de falsedad en la recepción de las obras, y, en general, cualquier incumplimiento de la contratista, coincidiendo con el arquitecto director de la obra en los sucesivos actos de recepción, asegurando, por el contrario, que la promotora le adeuda 186,342,52 € pendientes de abono por las obras objeto de las actuaciones, adjuntando intercambio de emails entre las partes a fin de acreditarlo. Además cuestionó que, atendiendo al régimen jurídico aplicable a EPELCAN como entidad pública empresarial, se hubiera incumplido formalidad alguna, atendiendo a las instrucciones internas de contratación (*folios*



1827 y ss).

Federico J. del Amo elaboró **nuevo informe** el 12 de julio de 2018 ratificándose en los anteriores, si bien considerando ya que las obras de reparación de deficiencias debían ascender a 190.514,78 €, lo que en el informe no justifica o desarrolla (*folios 1936 y ss*). Adjunta un presupuesto (*folios 1937 y ss*) en que se puede observar que los tres primeros capítulos, sobre demoliciones (retirada picón en cubierta plana), cubierta (revisión impermeabilización y remate parapetos) y varios (pintura, picados y enfoscados, tapas de bidones), son los mismos que los recogidos en el presupuesto anterior de 26 de diciembre de 2016 (*folios 189 y ss*), añadiendo ahora nuevos capítulos relativos a saneamiento (zanjas y bajantes), abastecimiento de agua potable (canalización y llave de regulación) y urbanización interior de parcela (arquetas, tuberías de saneamiento, sumideros de recogida de aguas pluviales y pozo registro).

Octavio Manuel Fernández Hernández efectuó propuesta de resolución el 25 de julio de 2018, manteniendo las conclusiones ya expuestas en informes anteriores (*folios 1947 y ss*), que dio lugar al Decreto de Alcaldía nº 2344/2018, de 25 de julio de 2018, en el que se acuerda solicitar dictamen al **Consejo Consultivo de Canarias** (*folios 1973 y ss*), que evacuó el 28 de septiembre de 2018 (*folios 2191 y ss*) considerando a EPELCAN como una entidad pública empresarial local del Ayuntamiento de Candelaria, regida según el art. 2 de sus estatutos por el derecho privado excepto en lo que atañe a la formación de la voluntad de sus órganos, al ejercicio de las potestades administrativas que tenga atribuidas y a los aspectos específicamente regulados en la Ley 6/1997 (LOFACE) y en la legislación presupuestaria para las entidades públicas empresariales, por lo que concluye que EPELCAN queda dentro del ámbito de aplicación del art. 3 LCSP, en la versión de 2007, vigente al momento de la licitación, siendo considerada por ello poder adjudicador y sometiéndose sus contratos, en su preparación y adjudicación a la LCSP, según el art. 20.3 de tal Ley. En cuanto a las causas de nulidad expuestas en los previos informes del Secretario General, el Consejo Consultivo de Canarias no consideró relevantes la ausencia de aprobación del proyecto, por entender evidente que dicho proyecto existía y aclarando que la aprobación del proyecto debía darse no antes del inicio de la licitación, sino antes de la adjudicación, por lo que no alcanza al acuerdo del Consejo de Administración de EPELCAN de 11 de mayo de 2011, ni tampoco la pretendida vulneración de los arts. 23 CE y 14 y 15 del ROF. Sin embargo, sí entendió que concurría causa de nulidad en la aprobación de los pliegos por ausencia de los informes preceptivos de interventor y Secretario exigidos por el apartado 7 de la Disposición Adicional 2ª LCSP de 2007, entendiéndolo, además, que tuvo su repercusión por cuanto *“del análisis del contenido de los pliegos se deduce que, de haberse dictado los informes preceptivos omitidos, se habrían subsanado muchas de las vulneraciones de la normativa de contratación administrativa observadas de una simple lectura de los mismos”*. No se concretan tales vulneraciones, pero en su informe Octavio Manuel Fernández Hernández considera ilegales los criterios de adjudicación vinculados a la satisfacción de exigencias sociales (hasta 20 puntos en relación a aportación de dinero para proyectos sociales, culturales o deportivos), de fomento de empleo (hasta 20 puntos en razón del número de desempleados que se contraten para la obra) y de mejoras económicas (hasta 10 puntos en relación a la calidad objeto del contrato).



Tras este dictamen favorable, se dictó **Decreto de Alcaldía** n.º 3144/2018, de 1 de octubre de 2018, en el que se acordó declarar la nulidad de pleno de derecho de los acuerdos del Consejo de Administración de EPELCAN de 11 de marzo de 2011 y de 20 de mayo de 2011 y del acta de recepción de 4 de noviembre de 2013 (folios 2216 y ss).

Cobra interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución indicada, que fue desestimado en Sentencia del **Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2** de 1 de octubre de 2019 en la que se insiste en que el acuerdo de adjudicación de obras está sujeto al derecho administrativo y que la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares debió ir precedido de los informes de Secretario e Interventor.

Con ocasión del expediente analizado, diversos propietarios comenzaron a presentar reclamaciones en el consistorio municipal solicitando la devolución de las cantidades por ellos aportadas (folio 2633 y ss).

XXII/ Las 15 **certificaciones de obra** se contienen en expediente complementario (folios 729 y ss). Todas ellas parten de una certificación detallada por partidas, mediciones y precios y un resumen emitidos por la contrata, que dan lugar a la correspondiente certificación emitida por la dirección facultativa detallando el presupuesto aprobado, el porcentaje ejecutado y la cantidad a abonar en la correspondiente certificación, la cantidad ya ejecutada y certificada y el importe pendiente de ejecutar, tras lo que se expide por la contrata la correspondiente factura contra la que se entrega pagaré o talón por la promotora, si bien aplicando las retenciones pactadas. Además, se incluyeron resúmenes comparativos por capítulos con diferencias de lo certificado en relación a lo presupuestado en proyecto por los modificados de obra.

En **informe de Intervención** realizado el 30 de agosto de 2019 por Nicolás Rojo (folios 2728 y ss) se detalla que los pagos realizados a Cobra por la realización de esta obra ascendieron a 610.384,51 €, detallando los pagos efectuados desde el 20 de junio de 2012 hasta el 20 de junio de 2017. Las certificaciones de obra se expidieron, por el contrario, entre el 29 de febrero de 2012 y el 19 de agosto de 2013, siendo la cantidad total certificada 876.409,09 €, mientras que, descontado el 5% de garantía y el 9 % de seguro decenal y control técnico, la cantidad facturada ascendió a 753,711,84 €, a lo que se añadieron otros 38,191,88 € por trabajos extras facturados.

En informe de 12 de septiembre de 2019, Octavio Manuel Fernández Hernández aclara que no existe ningún Decreto de pago a la contratista (folios 2724 y ss).



CUARTO. *Insuficiencia de indicios racionales acerca de la perpetración de un presunto delito de prevaricación administrativa.* De las diligencias instructoras, analizadas en la forma arriba expuesta, no resultan indicios bastantes para perseguir el delito del art. 404 CP investigado, que castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

A) Según SSTs n.º 548/2017, de 12 de Julio, 358/2016, de 26 de Abril, 152/2015 de 24-2-2015, 18/2014, de 23 de enero, 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, 502/2012, de 8 de junio, 1160/2011, de 8 de noviembre, o 49/2010, de 4 de febrero, entre otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. El delito de prevaricación, por otro lado, no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona. Desde esta perspectiva, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- Una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo. Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo 225/2015, de 22 de Abril, *"por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno* (SSTs. 38/98 de 29.1, 813/98 de 12.6, 943/98 de 10.7, 1463/98 de 24.11, 190/99 de 12.2, 1147/99 de 9.7, 460/2002 de 16.3, 647/2002 de 16.4, 504/2003 de 2.4, 857/2003 de 13.6, 927/2003 de 23.6, 406/2004 de 31.3, 627/2006 de 8.6, 443/2008 de 1.7, 866/2008 de 1.12). Por tanto, en principio son posibles las resoluciones orales pues, si bien el principio general en el procedimiento administrativo es la manifestación de los actos en forma escrita, la verbal no está excluida y así se infiere del art. 55 de la Ley del Reglamento Jurídico de las Administraciones Públicas. Asimismo es factible la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar una resolución, su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación (STS. 190/99 de 12.2, 65/2002 de 11.3, 647/2002 de 16.4, 1093/2006 de 18.10);

- Que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;

- Que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el



propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;

- Que ocasione un resultado materialmente injusto;
- Que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

I/ En particular, en cuanto al elemento objetivo de este tipo penal, la STS 18/2014, de 13 de enero, entiende 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"*, mientras que la STS 743/2013, de 11 de octubre, ha resaltado para apreciar este delito, *"que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se cumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales"*, excluyendo las meras ilegalidades o interpretaciones discutibles, o simplemente erróneas (SSTS 444/00, 861/08 o 49/10), señalando la STS 815/2014, de 24 de noviembre, remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo, que *"no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo)." En definitiva, como señala la STS 733/2014, de 28 de octubre, "se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; 766/1999, de 18 mayo; y 2340/2001, de 10 de diciembre)".*

II/ Pero, además, es preciso que se dé el elemento subjetivo legalmente expresado con la locución *"a sabiendas"*, esto es, la consciencia de la arbitrariedad de la resolución dictada. La STS 815/2014, de 24 de noviembre, dice, citando la STS 766/1999, de 18 mayo, que *"se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Bien entendido que, como se indica en la Sentencia de 29-10-1998, a la que también se remite, la intención dolosa o el conocimiento de la ilegalidad no cabe deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que necesariamente debe estar apoyada por*



una prueba evidente que no deje duda alguna sobre este dato anímico. Es, pues, precisa la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido." En la misma dirección la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, de 24-2-2015, nº 152/2015, rec. 20222/2012, que señala que el tipo subjetivo de este delito exige la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

III/ Ahora bien, no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al declarar que *"el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendi debe constituir la última ratio sancionadora"*. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que ya el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (que se corresponde con el actualmente en vigor artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (sentencia del Tribunal Supremo 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la sentencia 755/2007, de 25 de septiembre, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la



Ley basada en cánones interpretativos admitidos (sentencia del Tribunal Supremo 76/2002, de 25 de Enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, como la 627/2006, de 8 de Junio, en la que se dice que: *"La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal que, contingentemente, la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho"*.

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada sentencia 766/1999, de 18 Mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, es decir, concurriendo los elementos propios del dolo (Sentencia 443/2008 de 1 de Julio). Por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas



resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 2000 y de 21 de Octubre de 2004).

B) Ciertamente es que, tras el análisis de la licitación objeto de investigación resultan diversas irregularidades administrativas que han sido señaladas tanto en dictamen del Consejo Consultivo de Canarias como en Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo. Ahora bien, el análisis de las mismas no corresponde a esta jurisdicción sino en relación a su eventual subsunción en un tipo penal determinado, en este caso el tipificado en el art. 404 CP, que debe ser abordado desde los parámetros interpretativos que resultan de jurisprudencia expuesta, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, para tratar de deslindar el ilícito administrativo del criminal y adaptar, con ello, la respuesta sancionatoria. Y es que de los hechos expuestos a lo largo del fundamento anterior no se desprenden indicios ni de una voluntad consciente y deliberada en los investigados, en su calidad de presidentes y vocales del Consejo de Administración de EPELCAN, de infringir de forma obstinada, objetiva y flagrante las normas administrativas aplicables, eligiendo arbitrariamente a determinados contratistas en defecto de otros y con desatención a los intereses generales, ni resulta indicio alguno de un particular interés por parte de los investigados en las adjudicaciones objeto de investigación, ni se desprende que las declaradas irregularidades hayan producido un resultado materialmente injusto, ni perjuicios para la Corporación Municipal o para tercero.

I/ A efectos de valorar la denunciada prevaricación en la licitación de las obras de rehabilitación de Antón Guanche se debe partir del **incumplimiento normativo** que el Consejo Consultivo de Canarias ha considerado trascendente a efectos de dictaminar favorablemente la nulidad de la contratación, lo que posteriormente se ha confirmado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

Evidentemente no se pretende cuestionar aquí ni aquel dictamen ni aquella resolución, sino partir precisamente de las irregularidades en ellas apreciadas. En particular, como se ha tenido ocasión de ir exponiendo a lo largo del precedente fundamento, el dictamen y la Sentencia consideran aplicables a EPELCAN, como entidad pública empresarial y poder adjudicador, los arts. 85 y 85 bis LBRL y 53 a 60 LOFAGE, estando sometida en materia de contratación a la Ley de Contratos del sector Público (art. 57 LOFAGE), siendo aplicable la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, cuya Disposición Adicional 2ª Apartado 7º exige que la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares vaya precedida de los informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor. Es precisamente la ausencia en esta licitación de aquellos informes de Interventor y Secretario con carácter previo a la aprobación del pliego lo que determinó que prosperara el expediente de revisión de oficio.

Ahora bien, como se ha expuesto, la mera irregularidad administrativa no conforma, sin más, el tipo penal de prevaricación.



II/ El **elemento subjetivo del injusto** exige, como se ha expuesto, que la omisión de aquellos preceptivos trámites debe haberse adoptado a sabiendas, de forma consciente y voluntaria, lo que no puede predicarse del presente caso.

La licitación investigada se integró en un marco de actuaciones proyectadas en los ámbitos de vivienda y protección social, tres edificaciones de viviendas de protección social y un área de rehabilitación integral, para cuya ejecución se instrumentó, con mayor o menor acierto, una entidad pública empresarial, en lo que no existía, según declararon todos los testigos, ningún tipo de experiencia en el municipio, cuestión que no es baladí, pues para su constitución trataron de auxiliarse de los mecanismos y formas de funcionamiento de otras entidades públicas empresariales que se encontraban en funcionamiento en otras Comunidades Autónomas.

También tanto el Secretario General, como la funcionaria María Pilar Chico Delgado, el Director Gerente Andrés Romeu o el Interventor Nicolás Rojo, coincidieron en señalar que existía un convencimiento generalizado acerca del funcionamiento general de EPELCAN bajo el derecho privado, así como en la corrección de la normativa interna de contratación aprobada el 30 de abril de 2010, que habría de regir en todas las licitaciones de las obras que EPELCAN proyectaba acometer como promotora, sin que se hubiera presentado incidencia alguna en su aprobación y entendiendo su contenido correcto o adecuado a la Ley de Contratos tanto el Director Gerente Andrés Romeu como el Interventor Nicolás Rojo, destacando que éste último consideraba y considera en la actualidad que su labor en este tipo de licitaciones promovidas por EPELCAN debe limitarse a un control financiero, sin que considere que los pliegos hubieran de ser por él informados ni fiscalizar los gastos, cuestión ésta últimas que en la actualidad sí está efectuando.

III/ Partiendo de aquel convencimiento acerca de la validez, aplicabilidad y exigibilidad de las **Instrucciones Internas de Contratación de EPELCAN** (*folios 1862 y ss*), con independencia de las vulneraciones que luego se apreciarían en tal normativa en relación a la Ley de Contratos del Sector Público, es trascendente a efectos penales valorar su correcta aplicación a la licitación objeto de las actuaciones.

Tratándose de un contrato de obra menor a 5.150.000 €, no sujeto, por ello, a regulación armonizada, y siendo aplicable el apartado B de las Instrucciones, por el tipo de contrato, de obra, y por la cuantía, entre 50.000 y 999.999,99 €, y tramitación a través de procedimiento abierto, destaca, en líneas generales y en lo que aquí importa que habían de solicitarse ofertas al menos a tres empresas, que el órgano de contratación sería, en estos casos, el Consejo de Administración, concediéndose la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de proposiciones previstos en el pliego de condiciones particulares y previa propuesta motivada del personal técnico de la entidad y, en particular, que los pliegos de condiciones particulares y prescripciones técnicas habrían de ser



aprobados por el órgano de contratación,
precisando revisión e informe jurídico en la licitación de contratos de obra de cuantía superior a 200.000 €, que se entenderá cumplimentado cuando en el comité se haya incluido la asesoría jurídica.

Precisamente a estos fines, tal y como señaló en su testifical el Director Gerente Andrés Romeu, en el acuerdo del Constitución del Consejo de Administración de 30 de abril de 2010 había sido designada como Secretaria María Pilar Chico Delgado, con funciones expresas no sólo de fe pública, sino también de asesoramiento. María Pilar Chico Delgado también participó y estuvo presente en las reuniones de 11 de marzo de 2011 en que se aprobó la iniciación de la licitación y los pliegos y de 20 de mayo de 2011, en que se aprobó la adjudicación del Contrato, además de formar parte de la Comisión Técnico Asesora. Como ella misma manifestó en su testifical, no planteó en ninguna de todas esas reuniones objeción alguna.

Desde este punto de vista no es dudoso y ni siquiera se ha cuestionado que tales Instrucciones Internas de Contratación, de cuya validez y exigencia existía generalizado convencimiento, fueron seguidas, tanto en esta particular licitación como en las otras tres tramitadas a través de EPELCÁN, en las que se ha señalado por todos los testigos no ha existido incidencia alguna. En esta dirección, al igual que la funcionaria María Pilar Chico Delgado o el Director Gerente Andrés Romeu, el Secretario General admitió en su testifical que tales Instrucciones sí fueron seguidas.

Es más, al igual que en el expediente previo a la contratación, al Consejo de Administración de 11 de marzo de 2011 fue invitado el Secretario General Octavio Manuel Fernández Hernández, el cual en su testifical refirió haber planteado la necesaria presencia del interventor, pero no ningún tipo de vulneración ni incumplimiento ni en la Instrucción Interna de Contratación ni en los pliegos que en aquel Consejo se aprobaron. Por lo demás, el Interventor Nicolás Rojo aseguró que él no tenía por qué estar presente ni informar, mientras que el que era Director Gerente de EPELCAN, Andrés Romeu, aseguró que nadie en aquella reunión planteó incidencia o problema alguno, negando de forma expresa y con rotundidad y seguridad que Octavio Manuel hubiera hecho referencia a la preceptiva presencia del interventor.

De esta forma, no consta acreditada declaración o informe expreso contrario ni a las Instrucciones Internas de Contratación, ni a los pliegos, ni a la valoración de las ofertas, ni a la contratación, ni a la formación de la Comisión Asesora o del Consejo de Administración como órgano de contratación, hasta el 13 de diciembre de 2011, esto es, después de adjudicado y firmado el contrato y, también, después de aprobadas las subvenciones, aclarando el Secretario General en su testifical que el Alcalde le manifestó que la nulidad sobrevenida de la licitación podría llegar a afectar a éstas.



IV/ Pero no sólo la integración del tipo exige que la vulneración de la norma resulte flagrante y que se adopte a sabiendas, con conocimiento y voluntad, sino además el **elemento objeto** del tipo penal requiere que provoque una resolución materialmente injusta, lo que tampoco se da en el supuesto.

1º Como se ha señalado, **la financiación** para estas obras estaba previamente aprobada a través de diversas subvenciones, por lo que tal cuestión carece de relevancia a efectos de la fiscalización previa por el Interventor, sin que resultara discutible, tal y como admitió el Secretario General. Por lo demás, tanto éste como el Director Gerente Andrés Romeu, coincidieron en señalar que el Interventor, Nicolás Rojo, no iba a los Consejos por no considerarlo él preciso.

2º De las diversas vulneraciones denunciadas por el Secretario General, la cuestión de **ausencia de un proyecto previamente aprobado** conforme al art. 105 Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, resulta, a efectos penales, secundaria y tangencial. Por un lado en toda la documentación incorporada en el expediente, incluidos pliegos o contrato de obra, se hace referencia a la ejecución al proyecto elaborado por JTP Richard Arquitectos, por lo que es evidente que el mismo existía, habiendo sido adjudicada a aquella oficina, tras la correspondiente licitación, el proyecto para esta particular obra. En el mismo sentido declaró el Arquitecto Municipal Nayra Guzmán Hernández, que precisó en su testifical que fue ella la que elaboró un pliego para el equipo redactor en la licitación del proyecto y que éste fue elaborado, visado y presentado, elaborando ella un informe desfavorable únicamente por cuestiones técnicas respecto a la ubicación de los ascensores en atención a la clasificación del suelo. Por otro lado, sobre todo, como se ha expuesto en el fundamento 3º, el Consejo Consultivo de Canarias ha restado a esta cuestión cualquier tipo de importancia a efectos de valorar la posible nulidad de la contratación.

3º En lo que se refiere a las posibles vulneraciones normativas contenidas en los **criterios de valoración de proposiciones**, el pliego de condiciones particulares para la adjudicación de las obras del área de rehabilitación integral Antón Guanche, 1ª fase (70 viviendas) (*folios 28 y ss*), responde al modelo de pliegos de condiciones particulares para la adjudicación de obras tratado en el Consejo de 30 de abril de 2010 para guiar las distintas contrataciones que entonces ya se preveía acometería tal organismo: la edificación de viviendas de protección social en Playa la Viuda, la Cardonera y Amanece y el área de rehabilitación Antón Guanche (*folios 2827 y ss*), siguiendo no sólo la forma de precio alzado con las mismas excepciones, el plazo de duración en 18 meses, el procedimiento de licitación, o el órgano de contratación o adjudicación, sino también, en líneas generales, los mismos criterios de valoración de ofertas, en particular los de fomento del empleo, mejoras y exigencias sociales, variando las puntuaciones.



Octavio Manuel Fernández Hernández, María Pilar Chico Delgado y Andrés Romeu declararon como testigos que efectivamente se siguieron por EPELCAN otras tres licitaciones para acometer aquellas edificaciones de viviendas de protección social, siguiendo su normativa interna de contratación y los mismos tipos de pliegos, sin que en ninguna de ellas se haya planteado incidencia o problema alguno.

Octavio Manuel Fernández Hernández admitió que la normativa de contratación interna se había seguido también en la licitación objeto de investigación y que la misma era, en tanto no se anulara en expediente seguido al efecto, vinculante para EPELCAN. También precisó que el pliego de condiciones particulares empleado responde, como se ha visto, a los modelos tipo previamente autorizados en la sesión constitutiva del Consejo de Administración de EPELCAN. Por último, sin perjuicio de las vulneraciones que afirma existen por ausencia de los informes preceptivos que exige la Ley de Contratos del Sector Público, confirmó que la adjudicación se efectuó siguiendo los criterios de valoración contenidos en aquel pliego de condiciones, si bien considera varios de los criterios empleados incorrectos.

A ello se añade que, si bien aquellos criterios de valoración pueden no ser, en términos de legalidad administrativa, correctos, como confirmó en su testifical la funcionaria jurista María Pilar Chico Delgado, en ningún supuesto puede desprenderse de su lectura ni que busquen preponderar unas contratistas sobre otras, ni que favorezcan intereses particulares o ajenos a las finalidades públicas propias de la corporación. En particular, se consideran incorrectos en cuanto puntúan favorecer el desempleo, las inversiones en servicios sociales, aunque no tengan que ver con el objeto del contrato, y las mejoras en la propia rehabilitación programada, aunque genéricas.

Pero es que, además, si se repasan las 3 ofertas presentadas en la licitación, la de Pefersan SA supone una propuesta económica superior al presupuesto base de licitación, por lo que fue desechada conforme al art. 13 del Pliego de Condiciones Particulares. Las otras dos ofertas fueron con idéntica propuesta económica, 876.409,08 €, siendo mejor valorada la de Cobra, con 65 puntos, que la de Construcciones Cantefe, con 46,57 puntos. Si se excluyeran los criterios de valoración que el Secretario General considera ilícitos o inadecuados (fomento de empleo, mejoras económicas y exigencias sociales), el resultado habría sido el mismo, pues Cobra habría obtenido 15 puntos y Construcciones Cantefe 10,66 puntos. En realidad, Cobra obtuvo mejor puntuación en todos y cada uno de los criterios de valoración contenidos en el pliego.

4º El Secretario General también consideró que la **rebaja en el plazo de ejecución ofertada** por la contratista hubo de considerarse temeraria. Pese a ello, en su testifical admitió carecer de conocimiento alguno en materia de construcción o arquitectura. Esta reducción en el plazo de ejecución se planteó tanto por Cobra como por Construcciones Cantefe y fue expresamente valorada como viable por el arquitecto proyectista y luego director de obra en específico informe, por lo que no parece que pudiera, en aquel momento, considerarse el plazo propuesto por sí mismo temerario. Junto a ello, María Pilar Chico Delgado aclaró que, con la



nueva normativa de contratos del sector público, existen ciertos parámetros a tener en cuenta para declarar la temeridad en el plazo de ejecución propuesto por los distintos contratistas, lo que no existía con la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, aquí aplicable, sino que tales cuestiones se sometían al parecer del aparejador municipal. Por lo demás, ya se ha tenido ocasión de señalar que el plazo recogido en el pliego de condiciones particulares por 18 meses era el genérico previsto en los pliegos tipo aprobados en el acta constitutiva de 30 de abril de 2010.

5º Pero lo fundamental es que, tanto Octavio Manuel Fernández Hernández como María Pilar Chico Delgado, Andrés Romeu o Nicolás Rojo, coincidieron en señalar no haber tenido dato, indicio o sospecha alguna de cualquier tipo de interés de ningún miembro o allegado a APELCAN o a la Corporación Municipal en participaciones, acciones, actividades o labores de dirección, administración o representación del grupo Cobra, ni tampoco de haber existido ningún tipo de voluntad de favorecer la contratación de esta constructora sobre las demás, lo que además resulta de haber confirmado tanto el Secretario General como los demás testigos que las demás licitaciones seguidas por EPELCAN no fueron adjudicadas a esta constructora, sino a otras distintas.

6º Lo mismo sucede respecto a JTP Richard Arquitectos, sobre la que tampoco existe indicio alguno sobre un interés particular en su contratación, pudiendo observarse en el acta del 30 de abril de 2010 sobre la Constitución del Consejo de EPELCAN que las licitaciones para las edificaciones de viviendas de protección social en Playa la Viuda, la Cardonera y Amanece se atribuyeron a tres oficinas de arquitectos distintas, siendo sólo una de ellas también JTP Richard Arquitectos, donde necesariamente no pudo coincidir con grupo Cobra, a la vista de que todos los testigos señalaron que tal constructora no ejecutó más obras promovidas por EPELCAN que las de rehabilitación en Antón Guanche. Sólo se ha mencionado otra contratación donde hayan intervenido conjuntamente tal oficina de arquitectos y constructora, en las obras de edificación del Centro Tecnológico de Candelaria, ya promovidas por la Corporación y en las que se ha mencionado que no existió ningún problema en la licitación, sino sólo en la recepción de obras, no por contener datos falsos, sino más bien al contrario, por contener expresamente reservas por deficiencias, por lo que se anuló administrativamente aquella recepción.

VI/ En definitiva, ni se aprecia una particular voluntad en los investigados de imponer de forma consciente y deliberada una decisión manifiestamente injusta o contraria a derecho, ni resulta la confrontación a la legalidad de forma manifiesta o grosera, ni se desprende de las actuaciones la desatención de los intereses generales, cuya satisfacción sí resulta como finalidad de las decisiones objeto de investigación, ni se puede constatar que la resolución adoptada haya resultado arbitraria o injusta, ni ha resultado indicio alguno acerca de una eventual relación o vínculo entre los investigados y las personas o empresas adjudicatarias, ni un particular interés de los investigados en su contratación.



QUINTO. *Insuficiencia de indicios racionales acerca de la perpetración de presuntos delitos de falsedad documental, estafa o malversación.* Además, en torno a la recepción de obra en relación a los defectos constructivos luego apreciados, se recogen en el Decreto del Ministerio Fiscal presuntos delitos de falsedad documental y estafa. En la denuncia inicial se hizo mención a un presunto delito de malversación de caudales públicos, que no fue acogido en aquel Decreto que luego motivó las presentes Diligencias Previas y que, por tanto, no es propiamente un delito objeto de investigación en la presente instrucción.

I/ El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre la intrascendencia penal de las llamadas falsedades inocuas con fundamento en propio texto del art. 390. 1.1º CP, en el que se requiere que la alteración recaiga en un elemento esencial del documento y en la ausencia en la conducta del acusado del "ánimo tendencial de perjudicar a otro". Así la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, de 9-3-1995, nº 371/1995, rec. 2268/1994 señala que *"La doctrina jurisprudencial que, además de otras más alejadas, ha tenido próxima manifestación en las sentencias de 17 de diciembre de 1990, 11 de abril y 20 de mayo de 1994, viene manteniendo, en consideración al bien jurídico protegido que se añade a la descripción típica, ciertas exigencias atinentes a la antijuricidad material como son el daño efectivo para el tráfico jurídico, o, simplemente, su aptitud potencial para causar un perjuicio en la vida jurídica, poniendo en riesgo la fe pública y la confianza de la sociedad en el valor probatorio unas veces, o, constitutivo en otras, de los documentos."* O la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, de 19-6-2012, nº 539/2012, rec. 2009/2011, al referir que *"...esta Sala Casacional ha declarado que la «mutatio veritatis» ha de recaer sobre elementos capitales o esenciales del documento y que tengan suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, lo que conlleva a la exclusión de los mudamientos de verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento."*

II/ Dice la STS núm. 7161/2012, de 23 de octubre de 2012: *"En cuanto al delito de estafa, el tipo objetivo del delito exige la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error esencial que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial, con lo cual está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. De un lado, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta tanto su capacidad objetiva para hacer que el sujeto pasivo del mismo, como hombre medio, incurra en un error, como, al mismo tiempo, las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo, o dicho de otra forma, su capacidad concreta para resistirse al artificio organizado por el autor; y de otro, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el desplazamiento patrimonial que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal desplazamiento se origina. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial."*



III/ En cuanto a la presunta **falsedad en la recepción de obra**, como aclararon el secretario General Octavio Manuel Fernández Hernández, el Concejal de Urbanismo Fernando Alduán Guerra y el Aparejador Municipal Federico J. López del Amo, la revisión de la obra, finalizada a mediados de 2013, no tiene lugar hasta finales de 2015, más de dos años después, con motivo de una moción que secundaba diversas quejas vecinales.

El Aparejador Municipal Federico J. López del Amo nunca antes había inspeccionado, valorado o informado sobre la obra, admitiendo que no le era posible conocer si los defectos que luego apreció se habían manifestado al momento de la recepción de la obra, reconociendo que era posible hubieran surgido posteriormente.

Junto a ello, los desperfectos en la construcción obedecen, en líneas generales, a cuestiones de remates y acabados, como el mismo Técnico admitió en su testifical, sobre todo en materia de humedades y filtraciones, conducciones o desagües, en ningún caso a cuestiones relativas a estructuras, cimentaciones o instalaciones.

No se ha estudiado en dichos informes de forma suficiente si el origen de aquellas deficiencias se encuentra en una deficiente ejecución de las obras, en defectos de mantenimiento o si han surgido con posterioridad a la recepción de las obras, tratándose además de patologías cuyo origen en la ejecución de las obras de rehabilitación contratadas ha resultado cuestionado tanto por la contratista como por la dirección facultativa.

Debe además aclararse que no se trata de obra nueva, sino de actuaciones de rehabilitación en edificaciones preexistentes, de cierta antigüedad y que presentaban graves patologías, y ello dentro de un presupuesto concreto, objeto de financiación, sin que pudieran extenderse las tareas de rehabilitación o renovación más allá del mismo.

La valoración económica inicial de las tareas de reparación de tales desperfectos, atendiendo al informe del mismo técnico municipal, supone el 10.05% del presupuesto de la obra y el 10.03% de su liquidación final. Junto a ello, consta que la promotora aplicó las garantías retenidas para la subsanación de desperfectos por lo menos hasta la cuantía de 39.794,40 €.

Por otro lado, reconocieron tanto el Concejal de Urbanismo Fernando Alduán Guerra como el Aparejador Municipal, que la ampliación del segundo informe presentado por éste, en general en materia de abastecimiento y saneamiento, responde a cuestiones indicadas por el Concejal a fin de obtener una subvención del Cabildo, tratándose de partidas, si bien necesarias para los vecinos, ajenas a la recogidas en el presupuesto de la 1ª fase de rehabilitación integral de Antón Guanche, sin que se previera en éste las bajantes en redes separativas de fecales y pluviales, la canalización de agua potable o las tuberías, arquetas, sumideros o pozo registro.



Además, el Aparejador Municipal precisó que las partidas no certificadas obedecieron en líneas generales a reformados de obra autorizados por la dirección facultativa, tal y como resulta del fundamento 3º.

De esta forma, ni los defectos apreciados que pueden guardar relación con la obra contratada, en general en cuestiones de remate o acabado, presentan una entidad suficiente, ni económica ni funcional, como para entender falseada una recepción de obra, ni existe ningún tipo de indicio de su manifestación a dicho momento. En realidad, se trata de cuestiones propias de responsabilidad de los agentes de la edificación por vicios en la construcción, previstas en el art. 17 LOE.

Por lo demás, no ha existido, como pudiera desprenderse de la denuncia, una única recepción final de la obra. El primer acta de recepción de 17 de julio de 2013 es con reservas de la dirección facultativa por deficiencias, concediendo un plazo de subsanación. Es ya el 4 de noviembre de 2013 cuando se recibe la obra sin reservas y en 2014 cuando se certifica el final de obra y se visa en los colegios oficiales.

IV/ Expuesto lo anterior, la denunciada **estafa**, que parte de una irreal recepción de obra, queda vacía de contenido. Pero es que, además de no desprenderse de todas las diligencias instructoras en ninguno de los intervinientes una voluntad de lucrarse de forma ilícita a través del engaño, resulta del informe del Interventor que existe en la actualidad pendiente de pago por la promotora una importante cantidad respecto a la certificada y facturada, desprendiéndose además que la deuda era aún mayor al tiempo de la recepción, pues los pagos se efectuaron meses después de presentadas las certificaciones a cuyo abono se dirigían, de tal modo que, en ningún caso, el acta de recepción de obra pudo, por sí mismo y en aquel momento, originar un desplazamiento patrimonial distinto al pago de las cantidades entonces ya debidas.

V/ Lo mismo sucede, aunque finalmente no se haya incluido en el Decreto de Fiscalía, respecto a la pretendida **malversación** que, por otro lado, resulta comparativamente insignificante, pues la liquidación final en que se pretende justificar superó en el 0.21% el valor presupuestado. Además, tanto en el pliego de condiciones particulares como en el contrato de obra se recogió un sistema de precio a tanto alzado, sin que pudiera sufrir variación alguna por cambios durante el transcurso de las obras en los precios de materiales, mano de obra, unidades o medición, a salvo la parte de la obra correspondiente a excavaciones, cimentaciones y muros y urbanización, en que se mediría lo realmente ejecutado.

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



PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL y el ARCHIVO de la presente causa, dejando a salvo las acciones administrativas que pudieran proceder.

En consecuencia a lo anterior:

I/ Se INADMITE a trámite el RECURSO DE REPOSICIÓN y subsidiario de APELACIÓN planteado por la representación de JUAN DE LA CRUZ TORRES PADRÓN, al haber perdido su objeto.

II/ Se DEJAN SIN EFECTO LAS DEMÁS DILIGENCIAS acordadas y pendientes de practicar y, en particular, las declaraciones de investigados, por perder su objeto y por las razones apuntadas en el antecedente 2º de la presente.

Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal y demás partes personadas, previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, recurso de reforma en el plazo de tres días y/o apelación en el plazo de cinco días.

Así por este Auto lo pronuncia, manda y firma, Francisco Tuero González, Magistrado Titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Güimar y su Partido, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
FRANCISCO TUERO GONZÁLEZ - Magistrado-Juez	21/10/2019 - 10:22:49
El código interno del documento es: A05003250-3834cef0688468397784cf5f90f1571649933629	
El presente documento ha sido descargado el 21/10/2019 9:25:33	