



Informe sobre la posible responsabilidad penal de los miembros del Consejo de Administración de la EPEL CACT en el caso de que los mismos votaran a favor de un acuerdo cuyo contenido es contrario a la Ley.

16 de octubre de 2017

INFORME SOBRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA EPEL CACT EN EL CASO DE QUE LOS MISMOS VOTARAN A FAVOR DE UN ACUERDO CUYO CONTENIDO ES CONTRARIO A LA LEY

I.-ANTECEDENTES.

Los trabajadores de los Centros de Arte, Cultura y Turismo del Cabildo de Lanzarote (CACTS) iniciaron el martes 15 de agosto De 2015 una huelga indefinida, al no alcanzar un acuerdo sobre el Convenio Colectivo y la interpretación del cumplimiento del fallo establecido en las siguientes resoluciones judiciales:

- Sentencia de lo Social nº3 de Arrecife, de 31 de marzo de 2016:

“1. En cuanto al artículo 11.3 del Convenio, se incluirán los conceptos el salario base, el plus de convenio, el complemento y, en su caso, para los trabajadores que lo perciban el Complemento Personal, excluyendo el plus, de transporte y distancia, el plus lavado de ropa y el plus disponibilidad.

2. En cuanto al artículo 23, tendrán derecho a percibir el Complemento Personal aquellos trabajadores que tras el cálculo de su retribución anual con el nuevo convenio, la misma sea inferior a la que venía percibiendo, en cuyo caso se le abona la diferencia, y en caso contrario, percibirá la cantidad que resulte del nuevo Convenio sin modificación alguna.”

- Sentencia del TSJ de Canarias, de fecha 30 de noviembre de 2016, resolviendo recurso de suplicación de contra la de fecha 31 de marzo de 2016:

“Se estima el recurso de suplicación interpuesto por el Comité de empresa de la Entidad Pública Empresarial Local Centros de Arte, Cultura y Turismo del Cabildo de Lanzarote contra la Sentencia del Juzgado de los Social nº 3 de Arrecife de fecha 31/03/2016 dictada en Autos nº 232/2015, sentencia de cuyo falla revocamos el apartado primero, declarando en su lugar que los pluses de transporte, lavado de ropa y disponibilidad se han de abonar a los trabajadores conforme a lo establecido en la tabla salarial del Convenio de empresa, es decir, en 12 pagas mensuales y por los importes que en dicha tabla constan, con independencia de que se esté disfrutando de vacaciones.

Y con desestimación del recurso interpuesto por la Entidad Pública Empresarial Local Centros de Arte Cultura y Turismo del Cabildo de Lanzarote contra dicha sentencia, se confirma el pronunciamiento declarativo del apartado segundo del fallo de la misma”

A la vista de la situación, fue convocada sesión plenaria con carácter extraordinario, teniendo como único punto del orden del día la “*Propuesta de acuerdo para desbloquear la huelga de los CACTS*” de fecha 1 de septiembre de 2017, para su aprobación por el Pleno Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, rubricada por 14 Consejeros.

Los puntos Séptimo, Octavo y Noveno de la Propuesta de los 14 Consejeros del Cabildo determinan el contenido del acuerdo para desbloquear la definitivamente la huelga y mecanismos para el cumplimiento del contenido de las resoluciones judiciales, en cuanto a lo referido al plus de disponibilidad, de transporte y del lavado de ropa, así como al complemento personal de aquellos trabajadores que tuvieran derecho a percibirlo.

En fecha 11 de septiembre 2017 se emitieron informes desfavorables de los Servicios de Recursos Humanos y Asesoría Jurídica del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, concluyendo que los puntos Séptimo, Octavo y Noveno de la Propuesta constituyen un incremento de retribución anual individual de los trabajadores superior al límite legalmente permitido por la Ley General Presupuestaria, y por tanto contrario a lo establecido en el Ordenamiento Jurídico.

Concretamente, los citados informes concluyen que la aprobación de los puntos Séptimo, Octavo y Noveno, **no se ajustan a la legalidad vigente y sería NULO DE PLENO DERECHO.**

En fecha 20 de septiembre de 2017, la Interventora General del Cabildo Insular, emitió informe coincidiendo, en los puntos Cuarto y Quinto, con las conclusiones alcanzadas por los Servicios de Recursos Humanos y Asesoría Jurídica en sus respectivos informes.

En sesión del Pleno del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote de fecha 9 de octubre de 2017, se aprobaron por mayoría (14 votos a favor y 8 en contra) los siguientes Acuerdos:

- PROPUESTA 1.1): Aceptar las propuestas contenidas en el anexo, en las que se incluyen los puntos Séptimo, Octavo y Noveno sobre los que recayó informe desfavorable respecto lo referido al plus de disponibilidad, de transporte y del lavado de ropa, así como al complemento personal de aquellos trabajadores que tuvieran derecho a percibirlo.
- PROPUESTA 1.2): El pleno del Cabildo, mandata al Presidente del Consejo de Administración y al Consejero Delegados de la EPEL CACT's a formaliza, en el plazo improrrogable de 48 horas, el acuerdo al que hace alusión en el punto anterior, con el Coité de Huelga de los Centros que ponga fin con carácter

inmediato al conflicto que actualmente mantiene cerrados los Centros de Arte, Cultura y Turismo de Lanzarote, con la advertencia expresa de que su negativa a aceptar este mandato supondrá su cese como miembros del Consejo de Administración, en virtud de lo dispuesto en el At. 12 de los Estatutos de la Entidad Pública Empresarial.

Dentro del plazo de previsto en la Propuesta 1.2 del Pleno del Excmo. Cabildo Insular, EPEL CACT procedió a la convocatoria de Consejo de Administración, al objeto de proceder al cumplimiento de lo requerido, cuya celebración está prevista para el próximo 24 de octubre de 2017.

II.- OBJETO DEL INFORME

El presente informe se emite a petición de CENTROS DE ARTE, CULTURA Y TURISMO DE LANZAROTE (CACT), con la finalidad de valorar las responsabilidades penales derivadas para los miembros del Consejo de Administración la EPEL CACT en caso se emitieran voto favorable a un acuerdo cuyo contenido es contrario a la Ley en la sesión del Consejo prevista para el próximo 24 de octubre de 2017.

III.- INFORMACIÓN ANALIZADA

- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Arrecife de 31 de marzo de 2016 dictada en el procedimiento con nº de autos 232/2015
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 30 de noviembre de 2016 que resuelve los recursos de suplicación presentados por ambas partes.
- Solicitud de Convocatoria del Pleno del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, en la que se contiene "PROPUESTA DE ACUERDO PARA DESBLOQUEAR LA HUELGA DE LOS CACTS", de fecha 1 de septiembre de 2017.
- Informe de fecha 24 de febrero de 2017 emitido por GARRIGUES, sobre el fallo y aplicación de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Arrecife de 31 de marzo de 2016 dictada en el procedimiento con nº de autos 232/2015 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 30 de noviembre de 2016.
- Informe del Servicio de Recursos Humanos del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, de fecha 11 de septiembre de 2017.

- Informe del Servicio de Asesoría Jurídica del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, de fecha 11 de septiembre de 2017.
- Informe de Intervención del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, de fecha 11 de septiembre de 2017.
- Acuerdo del Pleno del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote de 9 de octubre de 2017.
- Estatutos en vigor de la EPEL, modificados por el Acuerdo del Pleno del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote de 31 de marzo de 2005

IV.- ANÁLISIS JURÍDICO PENAL. ESTUDIO DEL CASO:

Previamente a determinar la posible responsabilidad penal de los miembros del Consejo de Administración de la EPEL en caso de votar favorablemente respecto a un acuerdo que contrario al ordenamiento, y con ello, delimitar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de posibles conductas delictivas tipificadas en el Código Penal, deviene necesario concretar la naturaleza de la EPEL y la condición de sus integrantes.

4.1.- NATURALEZA CACT:

Centros de Arte Cultura y Turismo es una Entidad Pública Empresarial Local (EPEL), constituida por el Excmo. Cabildo de Lanzarote, adscrita al área de Centros Turísticos del Cabildo de Lanzarote (art. 6 de los Estatutos) sometida a derecho público en lo que atañe a la voluntad de sus órganos y ejercicio de potestades administrativas que tenga atribuidas.

Es un Organismo Público (*art. 43 LOFAGE, actualmente regulado en el art. 103 Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público*) al que se le encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptible de contraprestación.

Por tanto, tiene una naturaleza instrumental, derivada de la subordinación a la Administración matriz (el Cabildo de Lanzarote), lo que se traduce en una típica relación de tutela que coloca al organismo (EPEL) en una posición de subordinación y dependencia. (art. 85 bis.1.a) LRBRL).

El objeto de la EPEL CACT viene detallado en el Art. 5 de los Estatutos:

Artículo 5. OBJETO.

1.- Corresponde a la Entidad Pública Empresarial Local “Centros de Arte, Cultura y Turismo de Lanzarote”, en el ámbito de sus competencias, sin otras limitaciones que las determinadas en la Legislación de régimen local

y en el marco de este Estatuto, la realización de las actividades siguientes:

- a) Hostelería, restauración y turismo asumidas por el Cabildo Insular de Lanzarote como servicios públicos.
- b) Comercio mayor y menor de todo tipo de artículos relacionado con la actividad turística.
- c) Cultural de visitas a museos, lugares históricos y turísticos y jardines botánicos.
- d) Organización de congresos, eventos culturales y similares, así como la celebración de convenios a tal finalidad.
- e) Cualquiera otra relacionada con las expresadas en los apartados anteriores.

2.- Para el mejor cumplimiento de sus fines, la entidad pública empresarial local Centros de Arte, Cultura y Turismo de Lanzarote podrá realizar cuantas actividades comerciales e industriales estén relacionadas con su objeto, conforme a lo acordado por sus órganos de gobierno. En particular, podrá crear y participar en sociedades mercantiles, así como por sus entidades, fundaciones, asociaciones u otras personas jurídicas sin ánimo de lucro, cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados. De la misma forma podrá formalizar, gestionar y administrar fondos, subvenciones, créditos, avales u otras garantías, pudiendo realizar toda clase de operaciones financieras, todo ello sin perjuicio de las facultades de control y tutela que corresponda al Área de Centros Turísticos del Cabildo Insular de Lanzarote.

3.- La entidad se fija como objetivos, los siguientes:

- La Epel deberá actuar con el fin de lograr el óptimo beneficio empresarial derivado de la explotación del patrimonio natural de la isla y de los servicios prestados por la empresa y que estos reviertan de forma directa en la sociedad insular a través del desarrollo de proyectos socioeconómicos y culturales propios o de forma indirecta por medio del Cabildo Insular, único titular de la misma.
- Este objetivo estará condicionado inexorablemente al logro de un equilibrio entre beneficio empresarial y salvaguarda y mejora de la imagen turística insular, que evidentemente conlleva el respeto al medio ambiente y a una política y gestión económica razonable basada en la eficacia y eficiencia de la utilización de los recursos naturales, materiales y humanos disponibles.

Lo anterior nos lleva a concluir que la EPEL CACT cumple y participa en la función de pública y su actividad y objetivos afectan al interés general, teniendo una naturaleza instrumental y dependiente del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote por lo que debe considerarse que es una entidad que se integra en la Administración Pública.

4.2.- CONDICIÓN DE LOS MIEMBROS DE CACT

Los artículos 9. 10 y 11 de los Estatutos de la EPEL establecen que los órganos de gobierno y dirección serán:

- (i) Presidente: cuyo cargo lo ostentará que será el Excmo. Presidente del Cabildo Insular de Lanzarote.
- (ii) Consejo de Administración, cuyos miembros serán nombrados por el Pleno Insular a propuesta del Istmo. Sr. Presidente del Cabildo.
- (iii) Presidente del Consejo de Administración
- (iv) Director Gerente: nombrado por el Consejo de Administración a propuesta del Presidente. Será considerado Personal Directivo. (art. 30 Estatutos)
- (v) Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado: elegidos entre los miembros del Consejo de Administración.

Llegados a este punto, debemos valorar si los miembros de la EPEL, y concretamente, los miembros de los órganos rectores de la EPEL, o incluso su personal, tienen consideración de Autoridad o Funcionario Público, conforme a lo previsto en el art.24 CP.

Al analizar la condición de funcionario público, a efectos penales, son exponentes las [Sentencias 149/2015, de 11 de marzo \(RJ 2015, 2588\)](#) y [1590/2003, de 22 de abril \(RJ 2015, 1415\)](#) , que establecen: *"se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. Estamos ante un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 (RJ 2003, 1033) y 4 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 817)). **La condición de funcionario previsto en el Código Penal supone un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "la participación en la función pública"** (STS de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 295)), a la que debe*

accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 (RJ 2003, 1067) y 19 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10190)), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo".

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, **como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública"** (STS de 27 de enero de 2003).

Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7705)), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos (STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997 (RJ 1997, 3222)); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP (RCL 2003, 2753) , pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10085)).

Apoyándose en lo anterior, y a lo que a los efectos del presente informe interesa, el concepto de funcionario público se asienta en dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas sin que puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa para eludir la responsabilidad penal. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado.

La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada (p.ej: mediante la constitución de entidades privadas de capital público), no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela

penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material.

Llegados a este punto, no podemos dejar de citar la STS de 26 de Abril de 2016, en la que, precisamente se resuelve, en un supuesto similar al estudiado y acontecido en la Isla de Lanzarote, la naturaleza y condición de la empresa de capital público y sus miembros **(CASO INALSA)**:

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

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

Dicho cuanto antecede, siendo un claro exponente la reciente STS de 26 de abril de 2016 (CASO INALSA), no solo los miembros del Consejo de Administración de CACT tendrían condición de funcionarios públicos, sino también su personal adscrito.

4.3.- TIPOS DELICTIVOS:

Sentado lo anterior y conforme a la información suministrada para la elaboración del presente informe, pasamos a identificar las figuras delictivas que podrían concurrir en caso que sea aprobado por el Consejo de Administración de la EPEL CACT un acuerdo del que *a priori* sus miembros conocen su ilegalidad, plasmada en distintos informes jurídicos.

a) **Prevaricación administrativa (art.404 CP):**

El artículo 404 CP establece:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”

Se sanciona la conducta de la autoridad o funcionario que dicte una resolución arbitraria, en un asunto administrativo, a sabiendas de su injusticia. Es decir, no estamos ante un supuesto de mera ilegalidad que ser resuelto en la vía administrativa, sino que supone una manifiesta **desviación de poder**.

Dicho esto, pasamos a analizar la concurrencia de los elementos esenciales del tipo delictivo en el supuesto analizado, ante la eventual votación favorable en el seno del Consejo de Administración de la EPEL de un acuerdo cuya ejecución contravendría el ordenamiento jurídico.

Para apreciar la existencia de **un delito de prevaricación administrativa, en una empresa de capital público, la STS de 11 de marzo de 2015** (entre otras) establece que será necesaria la concurrencia de:

1. Resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo, que puede atribuirse, al presidente, consejero, consejero delgado, gerente, y cualquier miembro del órgano colegiado que no vote en contra del citado acuerdo;
2. se dicte una resolución que tenga carácter decisorio y ejecutivo, en un asunto administrativo;
3. la resolución dictada sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal. Que el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;

4. que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario (o miembros del órgano colegiado), y con el conocimiento de actuar en contra del derecho y que el autor lo haga con pleno conocimiento, a sabiendas, de la arbitrariedad de la resolución, con la intención de actuar contra derecho.

Las Sentencias del Tribunal Supremo [627/2006, de 8 de junio \(RJ 2006, 8203\)](#) , [755/2007, de 25 de mayo \(RJ 2007, 6285\)](#) , y [743/2013, de 11 de octubre \(RJ 2013, 6936\)](#) establecen argumentan que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere este tipo penal.

Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el [art.9.3](#) CE , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa.

El acuerdo que se pueda adoptar en el seno del Consejo de Administración de la EPEL, tiene carácter de acto/resolución administrativa ya que supone una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, sometida a normas administrativas.

Respecto al contenido del acuerdo a debatir y aprobar en el Consejo de Administración de la EPEL el 24 de octubre de 2017, **existen 3 informes desfavorables en los que se establece que los puntos Séptimo, Octavo y Noveno, de la Propuesta 1.1) aprobada en el Pleno del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, sin contrarios a derecho, ya que constituyen un incremento de retribución anual individual de los trabajadores superior al límite legalmente permitido por la Ley General Presupuestaria, y por tanto contrario a lo establecido en el Ordenamiento Jurídico¹.**

¹ Art. 46 de la Ley General Presupuestaria (L 47/2003) en virtud del cual, son nulos de pleno derecho los actos administrativos y disposiciones generales con rango de ley por los que se adquieran compromisos de gasto u obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en dicha norma presupuestaria

El informe de 11 de septiembre de 2017 del servicio de Asesoría Jurídica del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife establece:

*“ Que el abono del plus de transporte, plus de lavado de ropa, y plus de disponibilidad en 12 mensualidades a los trabajadores existentes en la plantilla antes de la entrada en vigor del Convenio sin un reajuste en el Complemento Personal, **CONSTITUIRÍA UN INCREMENTO DE LA MASA SALARIAL SUPERIOR AL LÍMITE LEGALMENTE PERMITIDO POR LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA, CONTRARIO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO** y, por tanto, **LA PROPUESTA DE DESBLOQUEO DE LA HUELGA, ASÍ REDACTADA NO SE AJUSTA A LA LEGALIDAD VIGENTE, SIENDO EN SU CASO, EL ACUERDO PLENARIO APROBATORIO NULO DE PLENO DERECHO.**”*

La adopción del citado acuerdo, como consecuencia del voto favorable suficiente para alcanzar la mayoría del órgano colegiado, pese a tener conocimiento de la existencia de informes jurídicos desfavorables el Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, advirtiendo de la nulidad por no ajustarse a la legalidad, desembocaría en una resolución injusta y arbitraria, con el correlativo perjuicio económico a la EPEL.

Lo expuesto haría factible que los hechos fueran subsumibles en un delito de prevaricación administrativa.

Respecto a la Autoría de este tipo delictivo se debe precisar que este delito se comete no solamente por los funcionarios que ejercen en un órgano unipersonal, sino también por todos los que, ostentando esta condición, están integrados en un órgano colegiado, bien en su condición de Presidente o de simple miembro de la corporación, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal de la prevaricación, es decir, que sus voluntades confluyan en la formación de la resolución injusta o arbitraria.

En los casos de órganos colegiados, pueden ser considerados autores directos **quienes hayan ejercido su derecho a voto o realizar conducta que influya en la adopción del acuerdo.**

b) Malversación de caudales públicos (art. 432 CP):

El artículo 432 CP establece:

“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. *Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*

a) *se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público,*
o

b) *el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.*

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

El delito de malversación de caudales públicos tiene como presupuestos:

- a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, *(como hemos analizado profusamente, a efectos penales, basta con la participación legítima en una función pública);*
- b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material;
- c) los caudales públicos han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y
- d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo. Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos

Si bien, el acuerdo del Consejo de Administración de la EPEL aprobando la ejecución de un acuerdo del Pleno del Excmo. Cabildo Insular manifiestamente arbitrario, puede suponer la concurrencia de un delito de prevaricación, para la valoración de la configuración del delito de malversación de caudales públicos habrá que estarse a que el Consejo de Administración o sus miembros tienen capacidad o poder de disposición sobre los caudales de dicha entidad o que estuvieran a su cargo.

Es decir, concurriría el tipo delictivo solo si por medio del voto favorable de los miembros del Consejo, se alcanza un acuerdo que permita un desplazamiento patrimonial, por ser quienes ostentan una capacidad de disposición e inversión, de tal manera que el caudal

público no pueda salir de la entidad sin la decisión del funcionario (órgano colegiado) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

Incurrirá en este tipo delictivo aquel funcionario que tenga disposición sobre los caudales públicos, autorizando que se realicen los pagos correspondientes respaldados por el

acuerdo del Consejo de Administración manifiestamente injusto/arbitrario y sobre el que se haya ejercido una relación de ascendencia o connivencia.

Así mismo, podrían incurrir en el delito de malversación de caudales públicos a título de inductores cooperadores necesario, aquellos que sin tener capacidad de disposición de ordenar gastos e inversiones, determine con su actuación en el autor (por su ascendencia o connivencia) la idea de que debe realizarlo.

VI.- CONCLUSIONES

- 1.- La EPEL CACT es una entidad que se integra en la Administración Pública.
- 2.- Los miembros de la EPEL, y concretamente, los miembros de los órganos rectores de la EPEL, o incluso su personal, tienen consideración de Autoridad o Funcionario Público, conforme a lo previsto en el art.24 CP.
- 3.- En caso de aprobarse en el Consejo de Administración el cumplimiento de la Propuesta 1.1) del Acuerdo del Pleno de Excmo. Cabildo de Lanzarote, pese conocerse la existencia de informes jurídicos desfavorables advirtiendo de su nulidad y del manifiesto desvío de las previsiones legales, podrían incurrir en delito de prevaricación previsto y penado en el art. 404 CP **quienes hayan ejercido su derecho a voto o realicen conducta que influya en la adopción del acuerdo.**
- 4.- Concurriría el tipo delictivo de malversación de caudales públicos si, además, quienes han votado en el Consejo favorablemente al acuerdo manifiestamente arbitrario, ostentan poder de disposición del patrimonio de la entidad, de tal manera que el caudal público pueda salir de la EPEL por la decisión (firma) del funcionario que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.



Noelia Afonso Marrero
Abogado

En Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de octubre de 2017.

Cuanto antecede, salvo error u omisión involuntarios, constituye nuestra opinión sobre el tema informado, con arreglo a nuestro leal saber y entender, que gustosamente sometemos a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho y subordinamos a los criterios que la jurisprudencia pudiese establecer en el futuro. En la medida en que sólo corresponde a los Jueces y Tribunales la decisión sobre las pretensiones de las partes y la valoración de los hechos y pruebas presentados, no deberá considerarse el presente documento como una valoración de las posibilidades de éxito de una demanda judicial, la cual deberá ser considerada en el momento oportuno a la luz de los hechos y circunstancias relativas al caso concreto.

Finalmente, se hace constar que el presente documento contiene información jurídica de carácter confidencial, representando el fruto del estudio y experiencia de este Despacho sobre las cuestiones que se analizan. En consecuencia, la información y conclusiones que en el mismo se detallan, deberán ser empleadas, con carácter exclusivo, por la persona o personas en cuyo interés se ha emitido la presente opinión, sin que la misma, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, pueda ser objeto de aplicación a otros supuestos ni de difusión a terceros sin la previa autorización de este Despacho. Todo ello a efectos de evitar la incorrecta o desleal utilización de la información, cuestiones y conclusiones en ella contenidas.

