



Roj: **STS 1886/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1886**

Id Cendoj: **28079120012019100368**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2019**

Nº de Recurso: **325/2018**

Nº de Resolución: **311/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 2338/2017,**
STS 1886/2019

RECURSO CASACION/325/2018

RECURSO CASACION núm.: 325/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Letrado de la Administración de Justicia:
Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 311/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 325/2018 por infracción de Ley y precepto Constitucional, interpuesto por **el Ministerio Fiscal** y por el acusado **D. Olegario**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, de 25 de octubre de 2017; estando representado el recurrente por la procuradora Dª. Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles, bajo la dirección letrada de D. José Zaforteza Fortuny. En calidad de parte recurrida, la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, representada y defendida por la Sra. Letrada de la Comunidad Autónoma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 8 de Palma de Mallorca, instruyó diligencias previas de procedimiento Abreviado con el nº 77/15, contra D. Olegario, por delito de prevaricación, y una vez decretada la apertura del juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que con fecha 25 de Octubre de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Probado y así se declara:

PRIMERO.- En fecha no determinada de comienzos de 2006, el Presidente del Govern Balear, Olegario , decidió de forma unilateral que durante la siguiente campaña electoral (elecciones al parlamento de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 27 de mayo de 2007), se debía presentar un gran proyecto de una futura obra pública para la ciudad de Palma, con el objetivo de favorecer su candidatura para ser reelegido Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares,

Adoptó tal decisión siendo consciente de que no existía ningún estudio económico del proyecto, ni siquiera una simple aproximación. Tampoco se contaba con un estudio sobre su ubicación. No constaba un simple análisis sobre la normativa urbanística aplicable a la zona donde se preveía la ubicación de dicho proyecto. La zona del Moll Vell, donde se preveía ubicar el proyecto ni siquiera era titularidad de la Comunidad, sino de la Autoridad Portuaria dependiente de la Administración Central del Estado. No existía ni un mínimo análisis sobre la viabilidad física de dicho proyecto en la zona elegida.

A efectos de llevar a la práctica la idea referida, en abril de 2006 se entrevistó con Sixto , conocido arquitecto e ingeniero, Posteriormente, en el primer trimestre de 2007, ambos mantuvieron en Palma una nueva reunión en la que se concretó la idea y acudieron a visitar la zona del Moll Vell de Palma donde se debía llevar a cabo la actuación. Llegaron a un acuerdo verbal que se concretó entre ambos al margen de cualquier procedimiento administrativo de contratación. Conforme a lo acordado el Sr. Sixto debía presentar un anteproyecto, un vídeo y dos maquetas de un edificio destinado a la ópera y artes escénicas para la ciudad de Palma de Mallorca, en un proyecto que incluía la remodelación del Moll Vell, repercutiendo sobre el dominio público marítimo terrestre. El precio de dicho servicio se estableció en 1.200.000 €.

SEGUNDO.- Para dar cumplimiento al acuerdo alcanzado se emprendieron una serie de actuaciones con el objetivo de dar apariencia de legalidad a la decisión y al acuerdo revistiéndolos de las formalidades jurídicas necesarias y simular la existencia de interés exclusivamente público en la contratación de Sixto .

Para lograr que el acuerdo ya cerrado se hiciese efectivo antes de las elecciones, el Presidente Sr. Olegario se puso en contacto con Luis Angel , Conseller de Educación y Cultura del Govern Balear a quien puso al corriente de su intención de elaborar un anteproyecto para la reordenación del Moll Vell y la construcción de un edificio emblemático. Le dijo que, para realizarlo, debía ser contratado el Sr. Sixto . Le hizo partícipe de su decisión y, aprovechándose de su ascendencia, le pidió que presentase la propuesta al Consell de Govern que se celebraría el 30 de marzo de 2007. En ella se debía incluir que el órgano de contratación sería el "IBISEC". Así delegó en el Conseller de Educación la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

El IBISEC -Instituto de Infraestructuras y Servicios Educativos y Culturales- fue creado por decreto 4/2004, de 16 de enero, se creó como empresa pública del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, con naturaleza de entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, cuyo objeto es la gestión de la realización de las tareas encaminadas a la construcción, la ampliación y conservación de las infraestructuras educativas y culturales, y de sus servicios, en el ámbito de las Islas Baleares. Se integra dicho organismo en la Conselleria de Educación y Cultura del Govern Balear.

Los órganos de gestión del 1BISEC son:

1.- El Presidente, cargo que ostenta Conseller de Educación y Cultura que es además Presidente del Consejo de Administración. 2.- El Consejo de Administración. 3.- El Gerente, nombrado por el consejo, es el órgano de contratación.

La contratación administrativa se rige por las disposiciones de la legislación de contratos de las administraciones públicas que sean de aplicación a las empresas públicas, en concreto el RD Legislativo 2/2000 en su redacción vigente en el momento de cometerse los hechos objeto de enjuiciamiento.

TERCERO.- El Conseller Sr. Luis Angel , siguiendo las instrucciones del acusado, encargó la redacción de la propuesta de acuerdo a Carmelo , gerente del "IBISEC", El 29 de marzo de 2007 la firmó y presentó al Consell de Govern del siguiente día, la propuesta de: "Encargar al IBISEC la contratación de la realización de un anteproyecto para una potencial ordenación de la bahía de Palma, urbanización del muelle viejo, y la construcción de un edificio singular destinado a artes escénicas".

De conformidad con tal propuesta, el Consell de Govern adoptó los acuerdos que se transcriben a continuación:

Acuerdo primero: otorgar autorización previa al Conseller de Educación y Cultura para ejercer la competencia en materia de autorización y disposición de 5.000.000 € correspondientes al expediente de transferencia a favor del IBISEC, para llevar a cabo las inversiones en infraestructuras educativas y culturales en las Islas Baleares.



Acuerdo segundo: Encargar al 1B1SEC la contratación de la realización de un anteproyecto para una potencial ordenación de la Bahía de Palma, Urbanización del Muelle Viejo y la construcción de un edificio singular destinado a las artes escénicas.

Acuerdo tercero: con la pretensión de que este edificio sea un referente y centro de atracción cultural por si mismo, tendrá que ser preferentemente proyectado sobre la base del uso de las más modernas técnicas y tendencias constructivas, así orientativamente: deberá suponer una construcción que, en la búsqueda de soluciones optimas al problema planteado trascienda las fronteras entre la arquitectura y la ingeniería, que diferenciando estructura de cerramiento y mediante el uso de fórmulas innovadoras, destaque por su eficacia estructural, de acuerdo con las últimas tendencias respecto a la concepción de grandes edificios, que dentro de este carácter innovador y de edificio de referencia, busque estéticamente la fusión entre estructura y movimiento.

Acuerdo cuarto: de los 5.000.000 € citados en apartado primero, irán destinados a financiar este encargo la cantidad máxima de 1.200.000 C.

El contenido del apartado tercero fue redactado por el secretario general de la Consellería de Educación Sr, Manuel recurriendo a la página de internet de Wikipedia donde obtuvo el perfil profesional del arquitecto Sr. Sixto a quien, según las instrucciones recibidas, debía adjudicársele el contrato.

El contenido de la propuesta y de los acuerdos adoptados por el Consell de Govern, siguiendo las órdenes expresas del Presidente Sr. Olegario , tienen un triple objetivo:

a.- Aparentar la existencia de un interés público en la realización del citado Anteproyecto bajo la falsa pretensión de ordenación de la Bahía de Palma y la urbanización del Muelle Viejo, ordenación que escapa de las competencias de la Comunidad Autónoma, siendo que no existía necesidad pública alguna en la referida contratación.

b.- Dotar de apariencia de legalidad la futura contratación del arquitecto Sr. Sixto , soslayando deliberadamente el procedimiento de concurso y, por tanto, los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, al inducir de forma directa la aplicación del procedimiento de adjudicación directa por exclusividad técnica o artística.

c.- Evitar informes técnicos sobre el precio de mercado del servicio que se pretendía, lo que podía interferir en el precio pactado verbalmente.

La anterior propuesta fue aprobada por el Consell de Govern, al ser conscientes todos los miembros de que se trataba de una decisión del Presidente Sr. Olegario , por lo que, dada su ascendencia, ninguno de los miembros se opuso a la misma.

Con anterioridad a la propuesta de 29 de marzo de 2007 y al acuerdo del Consell de Govern de 30 de marzo de 2007, el Consejo de Administración del IBISEC no había tratado la propuesta ni se había realizado estudio o informe alguno respecto a la misma. Se daba además la circunstancia de que el IBISEC no era titular de solares o terrenos en la Bahía de Palma sobre los que proyectar un edificio emblemático, ni tenía competencia alguna en materia de ordenación urbanística, ni recursos financieros para poder atender dicho proyecto.

CUARTO.- Para dar cumplimiento a las instrucciones dadas por el acusado, el Conseller de Educación y Cultura, Sr. Luis Angel , comunicó la decisión tomada por Olegario a Carmelo , Gerente del 1B1SEC y a Manuel , Secretario General de la Conselleria de Educación y Vocal del Consejo de Administración del IBISEC, para realizar través de dicho organismo, de forma urgente, las actuaciones administrativas necesarias para proceder a dar apariencia de legalidad a la contratación de Sixto y, así, poder llevar a cabo la exposición pública del anteproyecto antes de iniciarse el periodo de campaña electoral.

El 29 de marzo de 2007, por orden del Conseller Sr. Luis Angel , la Secretaria del Consejo de Administración de IBISEC, Felisa , convocó dicha reunión extraordinaria para el 2 de abril de 2007.

En la fecha señalada tuvo lugar la reunión extraordinaria del Consejo de Administración del 1B1SEC, en la que el único punto del orden del día fue la modificación del presupuesto del IBISEC aprobado en el Consejo de Administración de 29 de marzo de 2007 y la aprobación de la formalización de contratos que superen los 500.000 C por parte del Gerente del IBISEC.

Durante dicha reunión el Conseller Luis Angel explicó el acuerdo del Consell de Govern de 30 de marzo de 2007, que influía directamente en el presupuesto ya aprobado del IBISEC, y comentó, junto con el Sr. Manuel , que a la vista de ese acuerdo, convenía iniciar el oportuno expediente de contratación respecto al encargo efectuado.

Raúl , Director General de Presupuestos de la Conselleria de Economía y Hacienda y Romulo , Letrado de la Abogacía de la CAIB, vocales ambos del Consejo de Administración, manifestaron durante la reunión que,



a la vista de la especificidad del acuerdo, convendría encargar informes técnicos y jurídicos precisos para determinar el procedimiento de contratación a adoptar. Todos los miembros del Consejo de Administración mostraron su acuerdo con esta última sugerencia y se acordó por unanimidad pedir los informes oportunos y convocar un nuevo Consejo de Administración.

El Sr. Luis Angel para conseguir el objetivo que le había sido marcado, antes de que el Consejo de Administración del IBISEC se pronunciara al respecto, pidió a Manuel que solicitara a la consultora Landwel-Pricewaterhouse Coopers, la realización de un informe relativo a "estudio para la viabilidad de la contratación por parte del IBISEC de un equipo para la redacción de un proyecto emblemático a realizar en las 111es Balears". El 30 de marzo la consultora emitió un informe provisional que fue enviado a Manuel. En el informe definitivo, que carece de fecha de entrada en el IBISEC, se dice:

"Le remitimos nuestra opinión respecto de la posibilidad legal de que el IBISEC realice una adjudicación directa en un contrato de consultoría y asistencia para la elaboración de un estudio previo a un anteproyecto de una obra pública destinada a actividades culturales en un inmueble emblemático" ...

"Las causas legalmente previstas para un procedimiento restringido, son de interpretación estricta, no siendo la mera conveniencia u oportunidad, argumento suficiente para acudir a esta vía de contratación" ...

"En cuanto a las razones técnicas el problema es justificar que las mismas solo concurren en un empresario. Para ello el objeto del contrato deberá perfilar adecuadamente las características empresariales, personales, materiales, y operativas del contrato a licitar, justificando su concurrencia exclusivamente en el adjudicatario".

Landwel-Pricewaterhouse Coopers cobró la cantidad de 11.600, IVA incluido por la emisión del citado informe.

QUINTO.- Una segunda reunión extraordinaria del Consejo de Administración del "IBISEC" se celebró el 18 de abril de 2007. El orden del día era el mismo que el del anterior Consejo de Administración, o sea, el encargo al IBISEC por acuerdo del Consell de Govern de "la realización de un anteproyecto para una potencial ordenación de la bahía de Palma, urbanización del muelle viejo, y la construcción de un edificio singular destinado a artes escénicas".

El Conseller Sr. Luis Angel expuso que ya se contaba con informe jurídico de la consultora externa y que se esperaba contar a la mayor brevedad con los informes técnicos de dos arquitectos respecto de la contratación propuesta.

Se aprobó por unanimidad autorizar al órgano de contratación para iniciar el expediente de contratación y formalizar el contrato que corresponda para el cumplimiento del encargo del Consell de Govern de 30 de marzo de 2007.

Para conseguir los informes favorables de los arquitectos precisos para materializar la contratación del Sr. Sixto, el Conseller Sr. Luis Angel contactó con el jefe del departamento de arquitectura de la Conselleria de Vicepresidencia y Relaciones Institucionales, Jesús Ángel, al que le solicitaron la emisión de un informe en el expediente de contratación en el que textualmente debía manifestar que, en su opinión, el arquitecto Sixto era el único que podía ejecutar el objeto del contrato. El Sr. Jesús Ángel se negó a estampar su firma en un informe de estas características salvo que otro arquitecto del IBISEC lo suscribiera antes.

Por ello Carmelo contactó la mañana del 19 de abril con Victoria, que ocupaba el cargo de jefa del servicio de proyectos, obras y supervisión del IBISEC para exponerle el problema, que hasta entonces era absolutamente desconocido por ella. La convocó a una reunión para la tarde del día 19 de abril en la sede del IBISEC.

Asistieron a ella Manuel, Carmelo, Jesús Ángel, Felisa (del Departamento Jurídico del IBISEC), y Victoria. Tras discutir sobre los problemas del expediente de contratación, Manuel se dirigió a los presentes manifestando que si bien necesitaban estos informes, no tomaría represalias si los arquitectos presentes no los emitían. En ese momento se incorporó el Conseller Luis Angel a la reunión. Se creó un clima de tensión entre los asistentes al insistir el Conseller enérgicamente a los presentes en que los informes de los arquitectos tenían que emitirse por orden del Presidente Olegario.

Victoria, en un ambiente opresivo, se sintió presionada y accedió a realizar el informe siguiente: "Visto el apartado 3º del acuerdo del Consell de Govern, en su opinión el arquitecto Sixto, es el que presenta el perfil más adecuado a las características anteriores".

El día siguiente, 20 de abril de 2007, el Jefe del Departamento de Arquitectura de la Conselleria de Vicepresidencia y Relaciones Institucionales, Jesús Ángel, emitió el siguiente informe: "Visto el informe de la arquitecta Victoria, considero que Sixto es el que presenta el perfil más idóneo a las características del encargo".

SEXTO.- Tramitación del expediente de contratación.



En fecha 20 de abril de 2007 el Gerente del IBISEC Carmelo firmó la orden de inicio del expediente de contratación, en la cual señalaba que, atendido el contenido del encargo del Consell de Govern, las conclusiones del Consejo Extraordinario de fecha 18 abril 2007, el contenido del informe jurídico de la consultora externa y el contenido de los informes técnicos del Departamento de Arquitectura de la Conselleria de Relaciones Institucionales, ordenaba el inicio de la contratación con las siguientes particularidades: Objeto del contrato: redacción y presentación de un anteproyecto para la construcción de un edificio emblemático destinado a las artes escénicas. Forma y procedimiento de adjudicación: negociado sin publicidad. Tramitación: ordinaria. Presupuesto: 1.200.000 €

El objeto del contrato cambió respecto al encargo del Gonsell de Govern, que se refería a "realización de un anteproyecto para una potencial ordenación de la bahía de Palma, urbanización del muelle viejo, y la construcción de un edificio singular destinado a artes escénicas", puesto que el objeto del contrato del IBISEC se limita a la redacción y construcción de un anteproyecto de un edificio emblemático destinado a artes escénicas.

El mismo 20 de abril 2007, emitió informe el Gerente del 1B1SEC, Carmelo , sobre la justificación del procedimiento administrativo elegido y la forma de adjudicación.

El mismo día 20 de abril de 2007 emitió el Sr. Carmelo una memoria justificativa de la necesidad de contratar en los siguientes términos: "Vistos los informes relacionados en la orden de inicio de este expediente, que tienen causa en acuerdo del Consell de Govern de fecha 30 de marzo de 2007, queda justificada la necesidad de llevar a cabo la presente contratación para dar respuesta al encargo efectuado al IBISEC, que además viene provista de partida presupuestaria".

En fecha 20 de abril de 2007 emitió Carmelo certificación de la existencia del crédito.

El informe de la asesoría jurídica del IB1SEC lo suscribió Felisa en fecha 20 de abril de 2007. En sus consideraciones jurídicas, señala que:

"Primera: A la vista de las características técnicas planteadas en el acuerdo del Consell de Govern de 30 marzo 2007, y teniendo en cuenta los informes técnicos que delimitan en una persona determinada la capacidad de realización del objeto contractual, el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 210, b de ley de contratos, parece el más adecuado para proceder a la contratación.

Segunda: Todo lo anterior tiene que venir totalmente justificado en el expediente de contratación, siendo imposible proceder a la contratación sin los tramites inherentes a este tipo de procedimientos establecidos en la ley de contratos".

El 20 de abril de 2007, Carmelo aprobó el expediente, el gasto y los pliegos.

Todos los trámites se realizaron el mismo día 20 de abril de 2007, incluidos el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El objeto del contrato según dicho pliego es la redacción y presentación en 3D de un anteproyecto para la construcción de un edificio emblemático destinado a las artes escénicas, en el marco de la futura ordenación de la bahía de Palma, y urbanización del muelle viejo", Señala en relación a la propiedad de los trabajos: Cuando de la realización de los trabajos se deriven derechos de autor, el adjudicatario cede gratuitamente y con carácter exclusivo al órgano de contratación todos los derechos de explotación, sin límite de tiempo ni ámbito territorial. La firma del contrato correspondiente supone la formalización de esta cesión. El plazo de ejecución es de un mes.

En fecha 20 de abril de 2007, el gerente del IBISEC, Carmelo , realizó una invitación a Sixto para participar en un procedimiento negociado, en los siguientes términos: "Le invitamos a participar en la negociación para llevar a cabo la prestación del objeto del contrato de referencia, cuyo presupuesto máximo, IVA incluido, es de 1.200.000 €, remitiéndole pliego, informándole que tiene 7 días naturales para presentarla oferta inicial, desde la recepción de la invitación".

Se informó a Sixto que tenía que remitir escrito con la propuesta, la oferta y resto documentación y que, una vez presentada, sería remitida al servicio correspondiente para que iniciar la negociación. La invitación está fechada el 20 de abril de 2007, sin embargo el fax remitiendo la misma al Sr. Sixto es de fecha 25 de abril de 2007.

En fecha 25 de abril de 2007 Carmelo remitió correo electrónico a Narciso , empleado del Sr. Sixto , donde comunicaba: "Después de la conversación telefónica mantenida con usted esta mañana, le remito vía fax la invitación a participar en el procedimiento. Se trata de un trámite a cumplimentar para un expediente. Le adelantamos el borrador de contrato para que usted nos proporcione los datos de la persona que firmará el



mismo. En estos momentos sólo dispongo del contrato en catalán, por lo que si lo prefiere en castellano, le solicito me lo indique. Quedo a la espera de sus noticias para redactar el contrato definitivo".

El Sr. Sixto no presentó propuesta alguna en respuesta a la invitación efectuada, ya que todo estaba decidido de antemano.

En fecha 24 de abril de 2007 el Sr. Carmelo emitió propuesta de adjudicación del contrato en los siguientes términos: "La invitación ha sido recibida por el contratista, iniciándose las pertinentes negociaciones sobre lo que establecen los pliegos administrativos redactados al efecto. Dado que las negociaciones han sido satisfactorias para ambas partes, y visto que el tipo legal del presente contrato solo permite la invitación a un único empresario, se propone al órgano de contratación a favor de "Santiago Calatrava, S.L.".

El 24 de abril de 2007 el órgano de contratación, que es el propio Gerente del IBISEC Sr. Carmelo, acordó la adjudicación a "Santiago Calatrava, S.L." representada por el Sr. Sixto del contrato objeto del pliego por importe de 1.200.000 C.

En fecha 27 de abril de 2007 Carmelo, en representación del IBISEC, y Sixto, en representación de "Santiago Calatrava, S.L.", suscribieron un contrato de prestación de servicios conteniendo las siguientes cláusulas:

El objeto del contrato lo constituye el objeto señalado en el pliego, por tanto, "la redacción y presentación en 3D de un anteproyecto para la construcción de un edificio emblemático destinado a las artes escénicas, en el marco de la futura ordenación de la bahía de Palma, y urbanización del muelle viejo".

El precio será abonado mediante la presentación de las correspondientes facturas después de la entrega del objeto del contrato.

Desglose del precio: 1.000.000 € por la concepción del anteproyecto; 60.000 € por la maqueta de la Bahía de Palma; 60.000 € por la maqueta de la ordenación y proyección de un edificio emblemático; 80.000 € por un video explicativo de la presentación del anteproyecto.

Todo el material, maquetas y video, son propiedad intelectual y material de Sixto, si bien el IBISEC podrá contar con su utilización para la difusión del proyecto durante todo el tiempo que dure la ejecución de la obra.

SÉPTIMO.- Coincidiendo con la fecha del contrato con Sixto el Consell de Govern de fecha 27 de abril de 2007, acordó, como complemento de lo ya decidido por el mismo órgano en fecha 30 de marzo de 2007:

Confirmar que del expediente de gasto autorizado por importe de 5.000.000 €,

1.200.000 se destinaran a las finalidades que ya se manifiestan en los apartados 2, 3 y 4 del acuerdo aprobado.

1.800.000€ se destinaran a financiar el pago de liquidaciones, complementarios y modificados de obras realizadas por el IBISEC.

El Presidente Olegario fue quien ordenó la inclusión de este acuerdo en el Consell de Govern de fecha 27 de abril de 2007.

El mismo día de la firma del contrato, 27 de abril de 2007, el Presidente Olegario anunció ante los medios de comunicación la contratación de Sixto e informó que la presentación pública de dicho proyecto se realizaría cinco días después, el 2 de mayo de 2007. OCTAVO.- Ante el anuncio ante los medios de comunicación, el partido político PSIB-

PSOE acudió ante la Junta Electoral presentando una denuncia por uso partidista al anunciar desde la sede de la presidencia del Govern el proyecto de Sixto.

La Junta Electoral, atendiendo la denuncia interpuesta, decidió el 1 de mayo de 2007 suspender el acto de presentación del proyecto del arquitecto Sixto para un futuro teatro de la ópera en el Moll Vell anunciado por el Presidente Olegario.

En fecha 3 de mayo de 2007, ya suscrito el contrato entre el IBISEC y "Santiago Calatrava, S.L.", por parte de la Abogacía de la Comunidad se remitió a la Secretaria General de la Conselleria de Educación y Cultura un informe jurídico solicitado por este último organismo en fecha 25 de abril de 2007 relativo al "alcance que debe darse a la expresión "cuando por razones técnicas o artísticas tan solo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, contenida en el artículo 210.b) de la ley contratos".

Cuando el Secretario General de la Conselleria de Educación y Cultura pidió el informe a la Abogacía de la Comunidad el 25 de abril de 2007, ya acompañó a esta petición los distintos informes emitidos en relación con esta contratación, y la copia del acuerdo del Consell de Govern de fecha 30 de marzo de 2007.

NOVENO.- Se emitieron por Sixto contra el IBISEC, tres facturas en la misma fecha, 8 de mayo de 2007, por los siguientes importes y conceptos:



Factura sin numerar por importe de 120.000 € y concepto: una maqueta detallada, iluminada, escala 1/2000, medidas 1.633-1.633-500 mm, incluyendo caja embalaje. Otra maqueta detallada, iluminada, escala 11/50, el edificio de la ópera es movable, con motor, medidas 12.033-2.533-500 mm, incluyendo caja embalaje.

Factura sin numerar por importe de 80.000 € y concepto: animación edificio opera Palma de Mallorca.

Factura sin numerar por importe de 1.000.000 € y concepto: honorarios anteproyecto y concepción de la opera de Palma de Mallorca.

DÉCIMO.- A pesar de que el acto de presentación del proyecto no se produjo por haber sido suspendido por la Junta Electoral, desde la Conselleria de Presidencia, y por orden de Olegario , se tramitaron y pagaron numerosos contratos menores vinculados a dicho acto, por un importe total de 131.827, 93 euros con cargo a la Conselleria de Presidencia. Son los siguientes:

Contrato menor con "Clave de Publicidad, S.A.", por importe de 9.035 €, cuyo objeto es "Carpa presentación Calatrava, bastidores en aluminio para la sujeción de impresiones". La factura está fechada el 21.5.2007.

Contrato menor celebrado con "Base de Disseny, S.L.", por importe de 9.990 €, cuyo objeto es "Trabajos de expo Calatrava, impresiones en lona microperforada, frontal registrable y posterior".

Contrato menor celebrado con la misma entidad, por importe de 9.590 €, cuyo objeto es "Expo Calatrava, trabajos de diseño, artes finales e impresión expo".

Contrato menor celebrado con Herminio , por importe de 11.797,85 €, cuyo objeto es "Estructura y montaje truss trilito 20 mts, mesa control técnicos, portes y abastecimiento". La factura está fechada el 21.5.2007.

Contrato menor celebrado con "La Moderna Organización y Dirección de Acontecimientos, S.L.". Su objeto es "Presentación Calatrava, alquiler carpa especial". Su importe 11.900 C.

Contrato menor celebrado con "Carpintería Ebanistería Castro, S,L,", por importe de 9.235 €, cuyo objeto es "Tarima especial madera con refuerzo y anclaje". La factura está fechada el 22.5.2007.

Contrato menor celebrado con "Plan B Producciones y Marqueting de Servicios, por importe de 11.948 C. Su objeto es "Transporte especial estructura esférica desde Londres presentación 1 de mayo". Factura de fecha 25.4.2007.

Contrato menor celebrado con "Quid Grafic, S.L.", por importe de 10.960 €, cuyo objeto es "Trabajos de montaje y desmontaje carpa y elementos asociados. Ubicación plaza de España carpa Calatrava".

Contrato menor celebrado con "Backstage, S.L.", por importe de 11.849,40 €, con objeto: "Acto de presentación teatro ópera Santiago Calatrava". Factura de 22.5.2007.

Contrato menor celebrado con "Slavata Producciones, S.L.", por importe de 11.774 €, con objeto de "Acto presentación teatro ópera Santiago Calatrava". Factura emitida el 25.4.2007. Contrato menor celebrado con "Mírame Producciones, S.L.", por importe de 11.899,28€, cuyo objeto es "Acto presentación teatro ópera Santiago Calatrava". Factura emitida el 25.4.2007.

Contrato menor celebrado con "Backstage, S.L.", por importe de 11.849,40 €, con objeto: "Acto de presentación teatro ópera Santiago Calatrava". Factura de 25.4.2007.

Contrato menor celebrado con "Quid Grafic, S.L.", por importe de 11.994 €, cuyo objeto es "Lloguer, m-untatge i desmuntatge carpa al Consolat de Mar".

Contrato menor celebrado con "Clave, S.A.", por importe de 11.995 C, cuyo objeto es "Material per a roda de prensa (moqueta) lloguer e instalació(sic)".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

"Debemos condenar y CONDENAMOS al acusado Olegario como autor responsable de un delito prevaricación precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a la pena de 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y pago de la mitad de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

ABSOLVEMOS al mismo de la acusación de comisión de un delito de tráfico de influencias.

En concepto de responsabilidad civil debemos condenar al acusado Olegario a abonar a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares la cantidad de 1.200.000 € en concepto de principal, a la que se adicionarán los intereses legales desde el momento en que se formuló la reclamación hasta su total pago a la Comunidad Autónoma(sic)".

TERCERO.- Que en fecha se ha dictado auto aclaratorio, con la siguiente parte dispositiva:



"Rectificar la sentencia eliminando de la misma el último párrafo del cuarto fundamento en el que se dice: "Estos hechos no han sido investigados ni se ha formulado acusación por ellos ni constan elementos suficientes para hacerlo. Pero debemos dejar la cuestión apuntada por cuanto se va a remitir testimonio de ésta resolución al Decanato de los Juzgados de Instrucción para que, por el que corresponda, si lo considera pertinente, se proceda a la investigación de las personas y sociedades que pudieran resultar implicadas en un posible hecho delictivo(sic)".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **el Ministerio Fiscal y D. Olegario**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente **Ministerio Fiscal**, se basó en los siguientes motivos de casación:

Único.- Por infracción de ley penal sustantiva, al amparo de lo prevenido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 428 del Código Penal.

SEXTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Olegario**, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 404 del CP.

2.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por indebida aplicación de los arts. 109, 110 y 112 CP.

3.- Por infracción de precepto Constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ, en relación al artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y, a no sufrir indefensión.

SÉPTIMO.- Instruida la parte recurrida (Letrada de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares) de los recursos de casación presentados, se adhiere al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal; e interesa la inadmisión a trámite del interpuesto por la representación procesal del acusado, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró el mismo prevenido para el día 29 de Mayo de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, condenó al acusado Olegario como autor de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal (CP), con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y lo absolvió del delito de tráfico de influencias del que venía acusado. Contra la sentencia interponen recurso de casación Olegario y el Ministerio Fiscal.

Recurso interpuesto por Olegario

En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (LECrim), denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 CP, pues entiende que no concurren los elementos propios del delito de prevaricación. Sostiene que no se ha dictado por el recurrente una resolución, sino que dio la orden "política" de contratar al Sr. Sixto para la redacción de un proyecto de construcción de un edificio emblemático, pero no negoció con éste las condiciones de su contratación ni tuvo intervención alguna en el expediente administrativo. En cuanto al carácter arbitrario e injusto, señala que la sentencia recurrida lo entiende así "porque se prescindió de cualquier formalidad y proceso de contratación y se concertó en firme" (sic). Sin embargo, dice, la decisión de llevar a cabo una actividad de impulso para una potencial reordenación de parte de la Bahía de Palma, mediante la urbanización del Muelle Viejo y la construcción de un edificio emblemático, es una decisión política como Presidente del Gobierno de las Islas Baleares, encargando seguidamente al Consejero de Educación Sr. Luis Angel, la materialización administrativa del proyecto. Y, en cuanto al expediente administrativo, se llevó a cabo mediante el procedimiento negociado sin publicidad, que contó con informes jurídicos favorables internos y externos y se tramitó sin intervención del recurrente.

1. El cauce de impugnación elegido en el motivo impone el respeto a los hechos probados. Hemos dicho en numerosas ocasiones que este motivo de casación solamente permite verificar si se han aplicado y se han



interpretado correctamente los preceptos de pertinente aplicación, pero siempre en relación a los hechos que se han declarado probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes. El incumplimiento de estos límites puede conducir a la inadmisión del motivo y, ya en este trámite, a su desestimación.

Como declara la STS 363/2006, de 28 de marzo, recordando entre otras, la de 4 de diciembre de 2.003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de última ratio en la intervención del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras). (STS 340/2012). Con la tipificación de estas conductas no se pretende sustituir a la jurisdicción contencioso administrativa en su control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, sino sancionar con una pena los ataques más graves al bien jurídico protegido.

Para apreciar este delito será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en haber prescindido absolutamente de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Insistía en estos criterios doctrinales la STS 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. (STS 340/2012).

En algunas sentencias de esta Sala, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTs de 23- 5-1998; 4-12-1998 ; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). Estas tesis permiten incluir en la prevaricación casos en los que se reconoce a la autoridad o funcionario un cierto margen de discrecionalidad, que, sin embargo, en ningún caso autoriza a sustituir las finalidades propias de la acción de la Administración Pública por la satisfacción de intereses particulares.

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) 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 (STS núm. 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. (STS nº 1658/2003, de 4 de diciembre).

En cuanto al concepto de resolución en asunto administrativo, por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones



Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , que la define como "acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo". En este sentido, la STS nº 406/2004 y, entre otras muchas, la STS nº 597/2014, de 30 de Julio, en la que se dice: "*Decía esta Sala de lo Penal , en su STS 787/2013, de 23 de octubre , con citación de otras, que el concepto de resolución administrativa no está sujeto, a nuestros efectos prejudiciales debemos añadir, a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno **así como los denominados actos de trámite (vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva** "*

2. En el caso, no se trata de enjuiciar una decisión de contenido político relativa al impulso para el desarrollo de una determinada zona de la ciudad, como se alega en el motivo. La ejecución de un proyecto de esa clase hubiera necesitado, en primer lugar, la participación de la Autoridad Portuaria y del Ayuntamiento de Palma. Y, en segundo lugar, un procedimiento adecuado a la contratación que se pretendía, en el que se respetara el interés público y la libre concurrencia. Aspectos ambos, omitidos en la forma de proceder del recurrente. Con independencia de las competencias que tuviera el recurrente para proponer dicha iniciativa, no es eso lo que se enjuicia. Lo que se considera delictivo, desde la perspectiva del delito de prevaricación, es el proceso mediante el cual se decidió contratar y se contrató al arquitecto e ingeniero Sr. Sixto para la presentación de un anteproyecto de un edificio singular y emblemático para esa determinada zona de la bahía de Palma; es haber acordado con el mismo de forma verbal la realización de dicho anteproyecto, comprometiendo a la Administración sin ajustarse a los procedimientos administrativos de contratación que fueran aplicables; y es conseguir el dictado de las resoluciones formales que lo hicieran efectivo, imponiendo su voluntad a quienes se hallaban sujetos a su posición jerárquica. De los hechos probados se desprende con claridad que esa contratación se efectuó por el recurrente, directamente llegando a un acuerdo con el arquitecto, e indirectamente ordenando la confección del expediente que lo justificara aparentemente, sin ajustarse en modo alguno a dichos procedimientos administrativos de contratación, impidiendo la concurrencia de otros profesionales que pudieran estar capacitados para aquella finalidad, sin que existieran razones objetivas, más allá de sus propios deseos y de su voluntad, para sostener de forma razonable que solamente el Sr. Sixto era capaz de la ejecución de lo pretendido.

El que a continuación diera las instrucciones oportunas a sus subordinados jerárquicos para la formación de un expediente que procurara cobertura formal a aquella contratación, no suprime la existencia de una resolución previa, que es, precisamente, la que justifica el expediente del que obtiene su apariencia formal; ni hace desaparecer la arbitrariedad e injusticia de la misma. Ni tampoco permite obviar que el mismo expediente obedeció a la orden de hacer efectivos sus deseos.

En ese sentido, es claro que la forma de proceder suprimió toda posibilidad de libre concurrencia, necesaria en estos casos para la mejor defensa de los intereses públicos que pudieran verse comprometidos, y cuya defensa resultaba encomendada al recurrente como Presidente del Gobierno autonómico.

En cuanto a que no tuvo intervención en el expediente administrativo, según se recoge en la sentencia, todas las sucesivas actuaciones de distintos organismos públicos se realizaron con la conciencia de que se estaban ejecutando órdenes del recurrente, por lo que no pueden ser valorados sino como el resultado del intento de dotar de apariencia de legalidad a algo que ya se había acordado definitivamente de forma arbitraria.

3. Concurren, por lo tanto, los requisitos de la prevaricación. Se ha dictado una resolución, aunque sea verbalmente, mediante la que se contrata directamente, sin procedimiento alguno, al arquitecto Sr. Sixto para la elaboración de un anteproyecto de construcción de un edificio singular y emblemático destinado a artes escénicas. La adopción de la resolución se inicia con la decisión de contratar al Sr. Sixto y con el acuerdo con el mismo sobre los términos del contrato; y continúa con la adopción de las decisiones administrativas que permiten dar aparente forma legal a aquella contratación, ineficaz en la realidad si careciera de ella, las cuales son adoptadas por los organismos competentes para la contratación bajo la imposición del recurrente.

La resolución es arbitraria, pues el contrato se efectuó verbalmente y de forma directa con el profesional, y tanto en ese momento como en el mismo expediente, se hizo sin que concurrieran las condiciones necesarias para acudir al procedimiento negociado sin publicidad, que tampoco se respetaron, ya que la confección del expediente se hizo en momento posterior al acuerdo y solo como forma de dotarlo de apariencia de legalidad.

El precio, 1.200.000 euros, se acordó directamente entre el recurrente y el Sr. Sixto .



Y, finalmente, siguiendo sus instrucciones, se confeccionó un expediente administrativo para dotar de apariencia de legalidad a lo que ya se había acordado en firme con anterioridad, manteniendo las condiciones acordadas verbalmente.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, por la misma vía, denuncia la infracción de los artículos 109, 110 y 112 CP, pues entiende que se le ha condenado a indemnizar a la Comunidad Autónoma en la cantidad de 1.200.000 euros, a pesar de que no se deriva responsabilidad civil de este delito de prevaricación y de que la Comunidad Autónoma, que se personó como acusación particular solicitó el sobreseimiento, por lo que ha de entenderse que renunció a la acción civil, que no puede entonces ser sostenida por el Ministerio Fiscal.

1. En la sentencia impugnada, el Tribunal razona que la Comunidad Autónoma pagó al Sr. Sixto 1.200.000 euros sin recibir nada a cambio, pues solo se transmitió una idea de la que ni siquiera se obtenía la propiedad intelectual.

Efectivamente, de la sentencia se desprende que la Comunidad Autónoma sufragó con ese importe los intereses electorales del recurrente, sin que adquiriera la propiedad intelectual del anteproyecto, que se mantenía en poder del Sr. Sixto según las cláusulas del contrato firmado con el mismo. Los perjuicios derivados de la comisión de un delito de prevaricación pueden identificarse con los efectos del acto nulo. Aunque ordinariamente sea suficiente con la declaración de nulidad, privando de efectos al acto prevaricador, puede haber ocasiones en que tal nulidad no es posible, o, puede suceder que no todos los perjuicios se reparen con aquella declaración.

En el caso, al no ser posible la declaración de nulidad, tal como se argumenta en la sentencia impugnada, debe acudir a la indemnización para evitar que sea la Administración Pública y, en definitiva, la ciudadanía, quien sufra las consecuencias de una resolución que se ha calificado como prevaricadora.

2. En cuanto a la posición procesal de la Comunidad Autónoma, el hecho de solicitar el sobreseimiento no implica necesariamente la renuncia a la acción civil, si no media una declaración expresa y lo suficientemente clara, mediante la que se comunique al órgano jurisdiccional la renuncia o la reserva de las acciones civiles, lo cual debe realizarse de forma expresa y terminante (STS nº 908/2014, de 30 de diciembre, y STS nº 1045/2005, de 29 de setiembre, entre otras). Aunque se entendiera que la Comunidad Autónoma había renunciado al ejercicio de acciones penales, ello no supondría la renuncia a la indemnización que pudiera corresponderle. El razonamiento del recurrente, al sostener que, si se solicita el sobreseimiento porque se entiende que no hay delito, no es posible reclamar indemnización por tal delito, no es correcto. Pues lo que origina la responsabilidad civil es un hecho, que la acusación particular pueden entender que no es delictivo, aunque así lo entienda el Ministerio Fiscal. Si se considera que es constitutivo de delito y no se ha renunciado a la acción civil, esta se ejercitará al mismo tiempo que la penal por el Ministerio Fiscal. Por lo tanto, aunque la acusación haya solicitado el sobreseimiento, ello no excluye la posibilidad de presentar escrito de acusación (artículo 783.1 LECrim), ni supone una renuncia a la indemnización que, en su caso, pudiera corresponderle.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Señala que en las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, al que posteriormente se adhirió la acusación particular, se interesaba una indemnización de 120.000 euros, que modificó sorpresivamente en las conclusiones definitivas a la cantidad de 1.200.000 euros. Entiende que de esta forma se alteró sustancialmente el pedimento de responsabilidad civil respecto del contenido en las conclusiones provisionales.

1. La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé expresamente la posibilidad de modificar las conclusiones provisionales en el momento de presentar las que se califican como conclusiones definitivas tras la práctica de las pruebas en el juicio oral. Según decíamos en la STS nº 715/2016, de 29 de setiembre, citada por el recurrente, que " *Las conclusiones provisionales [...] pueden ser modificadas tras la práctica de la prueba (art.788.3 LECrim). En principio, las partes gozan de la más absoluta libertad para realizar en sus conclusiones las alteraciones que estimen convenientes. Tratándose de las partes activas han de fijarse algunos límites. No caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal y como quedó plasmada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral* ".

La idea se reitera en sentencias posteriores, entre ellas, la STS nº 704/2018, de 15 de enero de 2019.

2. En el caso, lo que se modifica no es la pretensión penal, sino la cuantía de la indemnización. Si la parte recurrente entendió que la modificación le impedía una defensa adecuada en ese punto concreto, debió ponerlo en conocimiento del Tribunal y solicitar una suspensión a los efectos de preparar la defensa, lo cual omitió.



Por otro lado, dados los hechos imputados y, concretamente, el importe satisfecho al Sr. Sixto con la única finalidad de satisfacer los intereses electorales del recurrente, puede entenderse que la solicitud de 120.000 euros consignada en las conclusiones provisionales obedecía a un mero error numérico, pues no se corresponde con la cantidad desembolsada, que se corrige en las definitivas al solicitar la cantidad coincidente con lo efectivamente pagado.

No se aprecia, pues, la indefensión que se denuncia, por lo que el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal

CUARTO.- En un único motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación del artículo 428 CP, pues entiende que en los hechos probados se contienen los elementos del delito de tráfico de influencias. Sostiene el recurrente que, en la sentencia, no solo se declara probado que dictó una resolución injusta a sabiendas de su injusticia al contratar al arquitecto para la realización de un anteproyecto, sino que influyó en el Consejero de Educación, Sr. Luis Angel, para que dictase una resolución que asegurase la ejecución de sus diseños y para que llevase a término lo que había decidido. Señala que el acusado influyó en el Sr. Luis Angel, aprovechando la ascendencia derivada de su relación jerárquica, para que cumpliera la decisión adoptada tras el acuerdo alcanzado con el Sr. Sixto, de modo que se dictase una propuesta de resolución que debía ser aprobada por el Consejo de Gobierno. Y afirma que existía una finalidad de alcanzar un beneficio económico. Por ello, considera incorrecta la fundamentación de la sentencia que absuelve de este delito por entender que no concurre el beneficio económico, como elemento del tipo, ya que lo que se pretendía era un beneficio electoral o político sin contenido económico.

1. El artículo 428 CP, en la redacción original, vigente al tiempo de los hechos, castiga a la autoridad o funcionario público que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. La pena prevista es de seis meses a un año de prisión, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Las penas se impondrán en su mitad superior si se obtuviere el beneficio perseguido.

Por lo tanto, la influencia debe estar orientada a conseguir una resolución, por lo que quedan excluidos los casos en los que lo que se persigue no es una resolución sino otra clase de actuación administrativa, como informes, actos de mero trámite, etc.; en segundo lugar, la resolución debe poder generar para el autor un beneficio; y el beneficio ha de ser de naturaleza económica, de manera que, por muy ampliamente que se interprete el término, ha de ser mensurable en dinero, como se desprende de la previsión de la pena de multa directamente relacionada con su importe.

2. Según el contenido del motivo, en los hechos probados se dice: "para lograr que el acuerdo ya cerrado se hiciese efectivo antes de las elecciones, el Presidente Señor Olegario se puso en contacto con Luis Angel...Le dijo que para realizarlo debía ser contratado el señor Sixto. Le hizo partícipe de su decisión, y aprovechándose de su ascendencia, le pidió que presentase la propuesta al Consell de Govern...Así delegó en el Conseller de Educación la tramitación del correspondiente expediente".

Y, más adelante, según el Ministerio Fiscal, se dice: "El Conseller...siguiendo las instrucciones del acusado, encargó la redacción de la propuesta de acuerdo a Carmelo...El contenido de la propuesta y de los acuerdos adoptados por el Consell...siguiendo las órdenes expresas del Presidente...La anterior propuesta fue aprobada por el Consell...al ser conscientes todos los miembros de que se trataba de una decisión del Presidente".

En la sentencia impugnada, sobre esta concreta cuestión, se razona, en relación al beneficio económico, que "Se trata de dinero o de un bien o servicio económicamente evaluable. No es necesario conseguir ni la resolución pretendida ni el beneficio económico. Se trata de un delito de resultado cortado en el que la finalidad perseguida no es necesario que llegue a conseguirse. Pero lo que sí exige la norma es que se pretenda conseguir una resolución mediante la influencia con prevalimiento que pueda generar un beneficio económico para el autor o para un tercero. En el presente caso no concurre dicho elemento del tipo. Se pretendía obtener un beneficio político o electoral sin contenido económico".

Lo único que se discute, por lo tanto, es la existencia del beneficio económico, con independencia de que llegara o no a obtenerse. Ha de señalarse, en primer lugar, que el que se persiguiera un beneficio de tipo electoral no excluye por sí mismo, la existencia de un beneficio económico.

Sostiene el Ministerio Fiscal que debe hacerse una interpretación en sentido amplio de este elemento del tipo. Argumenta citando la discusión parlamentaria. Y dice, en primer lugar, que el acusado influyó en el Consejero para que dictase una resolución que asegurase la ejecución de su diseño, que era la contratación



administrativa de Sixto . En segundo lugar, que para ello se aprovechó de la ascendencia derivada de su posición jerárquica sobre aquel, como se dice textualmente en la narración fáctica. En tercer lugar, que el beneficio económico consiste en la retribución que percibiría como Presidente. En cuarto lugar, que la adjudicación del anteproyecto al arquitecto elegido, afectaba a los intereses económicos de los administrados, dada la retribución pactada con aquel. En quinto lugar, dice que la sentencia expone conceptos de carácter económico y menciona los gastos propios de la presentación pública del anteproyecto y los contratos menores celebrados para ello, que fueron abonados aunque la presentación fuera finalmente suspendida por decisión de la Junta Electoral.

En su calificación definitiva, el Ministerio Fiscal solicitó una multa de 211.827,93 euros, cantidad que solamente es coincidente con el importe de los contratos menores, sumados los 80.000 euros facturados por el arquitecto para la presentación pública del anteproyecto. Es decir, se hacía referencia implícita a los gastos del acto de presentación pública, que es al que se atribuye significado o valor electoral. Por lo tanto, aunque ahora la parte recurrente no identifique con la adecuada precisión cual era el beneficio económico pretendido, ha de concluirse, en coincidencia con las apreciaciones de la acusación particular expuestas en el acto de la vista pública de este recurso de casación, que solo es posible identificarlo con aquellas cantidades, pues ni la retribución que percibiría el acusado ha sido determinada, ni coincide con el importe de la multa, y tampoco coincide el importe de ésta y la retribución percibida por el arquitecto Sr. Sixto .

Así, de los hechos resulta que el acusado Sr. Olegario , que ideó la contratación del arquitecto Sr. Sixto como propuesta orientada a obtener un mejor resultado electoral, siendo éste el único interés que pretendía satisfacer, y que trasladaría tal propuesta a los ciudadanos a través del acto de presentación pública, no tendría que afrontar, bien él mismo o bien el partido político bajo cuyas siglas concurriera, los gastos de presentación del anteproyecto, sino que éstos correrían a cargo de la Administración Pública como consecuencia directa de que era ella quien contrataba formalmente con el Sr. Sixto . Fueran los beneficios para el propio acusado Olegario , o fueran para el partido político, el requisito del tipo se cumple.

Además, dado que todas esas cantidades fueron efectivamente abonadas, ha de entenderse que el beneficio económico fue totalmente obtenido.

Se alega por la dirección letrada del acusado Sr. Olegario , que, según se recoge en el Auto de aclaración dictado con fecha 17 de noviembre, los hechos relativos a los contratos menores por importe de 131.827,93 euros fueron investigados y respecto de ellos se acordó el sobreseimiento libre. En consecuencia, no podrían ser incorporados al relato fáctico de modo que integren un elemento del delito por el que se acusa, que, además, configura directamente el importe de la pena de multa procedente.

Sin embargo, del referido auto de aclaración se desprende que se admite la pretensión aclaratoria del Ministerio Fiscal, que se constreñía a la supresión del párrafo de la fundamentación jurídica donde se decía que esos hechos no habían sido investigados, argumentando no solo que sí lo habían sido, sino que el importe total del precio abonado por los contratos menores fue valorado por la acusación pública como beneficio económico indirecto perseguido por los acusados y en función a ese precio se fijó el importe de la pena de multa solicitada por el delito de tráfico de influencias. Alegación que, por lo tanto, debe ser desestimada.

En consecuencia, el motivo se estima.

FALLO

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

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Olegario , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, de fecha 25 de octubre de 2.017 , en causa seguida por delito de prevaricación y otro.

2º. Condenar a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

3º. Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, de fecha 25 de octubre de 2.017 , en causa seguida por delito de prevaricación y otro.

4º. Declarar de oficio las costas de su respectivo recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 325/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 325/2018, interpuesto por **el Ministerio Fiscal y D. Olegario**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, de fecha 25 de octubre de 2017, dimanante del procedimiento abreviado número 77/2015 por el Juzgado de Instrucción número 3 de Palma, que condenó al acusado Olegario como autor responsable de un delito prevaricación precedentemente definido, sin la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a la pena de 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y pago de la mitad de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular y absolvió al mismo de la acusación de comisión de un delito de tráfico de influencias. En concepto de responsabilidad civil condenó al acusado Olegario a abonar a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares la cantidad de 1.200.000 euros en concepto de principal, a la que se adicionarán los intereses legales desde el momento en que se formuló la reclamación hasta su total pago a la Comunidad Autónoma.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del acusado y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por los fundamentos contenidos en nuestra sentencia de casación, procede condenar al acusado Olegario como autor de un delito de tráfico de influencias del artículo 428 CP, último inciso, con la atenuante de dilaciones indebidas, imponiéndole la pena de 7 meses de prisión, multa de 211.827,93 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres años. Accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y responsabilidad personal subsidiaria de 60 días en caso de impago. Manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

FALLO

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



1º. Condenamos al acusado D. Olegario como autor de un delito de tráfico de influencias, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 7 meses de prisión, multa de 211.827,93 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres años. Accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y responsabilidad personal subsidiaria de 60 días en caso de impago de la multa.

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ