

dado su importe, al menos debería haberse realizado un expediente de contratación por negociado sin publicidad, para la aprobación del órgano de contratación, según el art. 155 de la ley 7/2007, de CSP. Dice este precepto: “Además de en los casos previstos en el artículo 154, los contratos de obras podrán adjudicarse por procedimiento negociado en los siguientes supuestos:

b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del precio primitivo del contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente.”

Al día siguiente del día de recepción de la obra, el día 21 de septiembre de 2011, se emite por ECISA la certificación-liquidación nº 25 por importe de 574.840,52 euros, que fue rechazada por el Ayuntamiento, en virtud de la resolución de la Alcaldía de fecha 13 de marzo de 2012. Entre otras razones se indica que contenía partida de Seguridad y Salud que no estaba en el proyecto original pero sí en el modificado y había unidades de obra inexistentes conforme al proyecto modificado. Tras examinar el modificado, ECISA emitió una nueva certificación por valor de 338.915,85 euros, que fue abonada. Esta certificación nº 25 no se justificó en la cuenta de la CARM, sino que se pagó con dinero procedente de un préstamo concertado por el Ayuntamiento con el Fondo para la financiación de pago a proveedores.

Se ha hecho hincapié por las partes acusadoras sobre la certificación 25 y el proyecto de obras complementarias, al considerar que también forma parte de la defraudación que se cometió. Y ello porque el proyecto y la certificación nº 25 permitieron justificar ante la CA la inversión de la totalidad de la subvención; y ECISA pudo cobrar el 5,65% de rebaja de su precio de licitación. Tal acreditación es patente, desde el momento en que ECISA percibió el importe de 24 certificaciones, que asciende a 5.659.597,96€, que responde a la cuantía contratada. Y con la certificación nº 25 de 338.916,04€, que

se corresponde con el proyecto irregular de obras complementarias, ECISA cobró el importe de la subvención.

En escrito de 12 de noviembre de 2010 del secretario municipal Juan Antonio Morales Martínez, se intentó justificar los reparos que la CA había puesto para tener por justificada la anualidad de 2007 y se indicaba: *“el coste de honorarios y de seguridad y salud son inherentes al proyecto y deben contemplarse con cargo a la subvención, y que ya venían incluidos en el Proyecto básico de noviembre de 2006 (que se adjunta una vez más)”* Aunque este no era el proyecto que se había ejecutado, la jefa de Servicio de Promoción Cultural aceptó la justificación.

Existió un procedimiento posterior de justificación del gasto de la subvención. Así, en fecha de 25 de septiembre de 2013 se certificó por el consejero de Cultura la justificación de la subvención al considerar que el dinero de la subvención estaba en la obra, (folio 144 del anexo 9.2).

Llegados a este punto, debemos recordar que el Ministerio Fiscal solicita responsabilidad penal contra Pedro Antonio Sánchez como autor de un delito de fraude a la Administración del art. 436 del C.P., en concurso medial con un delito de prevaricación del art. 404 del C.P., concretado en la aprobación del proyecto modificado como solución para solventar los obstáculos administrativos existentes y limitar la exigencia de responsabilidad que el Ayuntamiento podía realizar frente al contratista. La acusación popular unificada únicamente acusa por un delito de fraude a la Administración del art. 436 del C.P.

Con respecto a este delito de fraude a la Administración, dice la STS de 8 de febrero de 2017: *“Respecto al delito de fraude a la administración, por el contrario, la tipicidad exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la administración, y no es preciso la existencia de un concreto perjuicio, sino su persecución por parte de los funcionarios públicos, encargados de un proceso de contratación pública que se conciertan con interesados en la actuación administrativa. Se trata de una finalidad perseguida, un elemento subjetivo del injusto que es identificado con la preposición “para”, describiendo la finalidad pretendida. En términos de la STS 682/1998, de 19 de mayo, “La defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza... no requiere que el funcionario se haya enriquecido personalmente, ni que el Estado haya sido sujeto pasivo de una acción que le haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito, por el contrario, se consume por el*

quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio del Estado. Se trata de un delito que protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio estatal frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar el mismo". En esta tipicidad no es precisa la efectiva realización del perjuicio, sino su persecución, y a esa declaración de concurrencia puede llegarse a partir de una prueba directa que acredite, por ejemplo, la venta por debajo de un precio procedente, o a través de un análisis de la situación concurrente en el hecho del que resulta esa intención, pudiendo darse la situación en que persiguiendo esa finalidad, la realidad, por variadas causas pueda ser distinta e, incluso, el precio satisfecho fuera superior al de mercado, pues lo relevante es la finalidad pretendida y el riesgo generado."

Los hechos relatados anteriormente no encajan en esta tipicidad, ya que la aprobación del proyecto modificado no tenía por objeto defraudar al Ayuntamiento. Como indicó el Ministerio Fiscal en fase de informe, no podemos olvidar que todo el contrato de obras está íntimamente relacionado con la subvención recibida. La única voluntad que se tenía cuando se aprobó el modificado era salvar los errores creados desde la redacción del proyecto y ello en aras a justificar la inversión de la subvención y evitar la exigencia del reintegro.

Ni siquiera se produce fraude por el hecho de que la obra quedara inacabada, (de lo que no hay duda), ya que tal posibilidad se contenía desde el inicio en el decreto de concesión de la subvención.

Pero sí consideramos que los trámites seguidos para la aprobación del modificado son constitutivos de un delito de prevaricación, alcanzado con el acuerdo de la JGL de 17 de septiembre de 2009, que lo aprobó. Recordemos una vez más: al conocer el acusado Pedro Antonio Sánchez López que el proyecto era inviable física y económicamente por múltiples errores del proyecto, lo que hubiera procedido era la suspensión temporal de la obra y el estudio de si procedía la resolución del contrato. En vez de ello, se inventó un proyecto modificado que conceptuaba la obra como *completa* simplemente por haberse ejecutado, que disminuía la cantidad de obra a realizar y que incluía conceptos que previamente no estaban en el proyecto original. Y a la vez, se decide ejecutar el modificado antes de ser aprobado por el órgano de contratación, a sabiendas de que necesariamente y a la vista de las partidas afectadas, superaba al alza un 10% de los precios originales. Tal proyecto podrá haberse utilizado para justificar la subvención, pero su tramitación y aprobación fue una grosera

afectación a los trámites previstos en la legislación administrativa, en el ámbito del proyecto de obras.

Se exige responsabilidad penal al alcalde, como presidente de la JGL que aprobó dicho modificado y por conocimiento propio de lo ocurrido. En este punto, el perito Antonio García Herrero intenta eximir de responsabilidad al alcalde indicando que del acta de la junta de 17 de diciembre de 2010, solamente se podía saber que *“la modificación del Proyecto no implica alteración del precio y está debidamente justificada por la Dirección Técnica de acuerdo con lo establecido en el artículo 217.3 de la Ley de Contratos del Sector Público”*; y que había un *“dictamen favorable de la Comisión Informativa de Economía, Hacienda y Régimen Interior celebrada en sesión de fecha 10 de septiembre de 2010.”* Por eso, el perito concluye: *“Resulta claro que, ante tal información procedente de los servicios en los que ha depositado la encomienda de desarrollar las obras y verificar y supervisar las mismas, con informes jurídicos técnicos y económicos favorables a la petición de la Dirección de la Obra y de la Empresa Constructora, la decisión de la Junta de Gobierno no podía ser otra que aprobar el Proyecto Modificado”*.

No obstante, no existe informe jurídico o técnico al respecto y el económico ya se ha analizado anteriormente: la interventora concluyó que no se pusieron reparos por ser el modificado a coste 0, sin examinar la obra. El acusado, como dicen las partes acusadoras, ya hacía años que ostentaba la condición de alcalde, lo cual le permitía conocer los trámites en los expedientes administrativos; más en este caso, que era la mayor obra pública de la localidad en volumen y presupuesto.

El acusado Pedro Antonio Sánchez, como cabeza visible del Consistorio, era la primera persona que debería haberse opuesto a la aprobación del Proyecto modificado por no concurrir los requisitos legalmente previstos para su aprobación. Incluso debió oponerse a su ejecución con anterioridad a ser sometida su aprobación al órgano de contratación. Si hubiera actuado así, todos los miembros de la JGL lo hubieran seguido y el acuerdo colegiado a tomar hubiera sido muy diferente en su contenido. Por tanto, debe responder en concepto de autor, conforme al art. 28.1 y 24 del C.P.

Obviamente, tampoco tenemos duda de la responsabilidad penal del acusado Martín Lejarraga Azcarreta. Fueron sus errores, cometidos desde el inicio de la redacción del proyecto de enero/febrero de 2008, lo que avocó a la inviabilidad económica del proyecto: se establecieron muchos más m² de obra que en los proyectos previos que

sirvieron de base para la concesión de la subvención; se determinó un erróneo PEM en la Memoria de Presupuesto; se obvió la partida de Seguridad y Salud; no se estudió el planeamiento urbanístico para concretar la ubicación del teatro auditorio y se utilizó un estudio geotécnico escaso e insuficiente para la magnitud de la obra. Debe responder como cooperador necesario, de acuerdo con el art. 28 b) del C.P.

Con respecto a Caridad García Vidal, funcionaria de carrera, tampoco tenemos duda de su responsabilidad, que ha sido descrita por ella misma en cuanto a que intentaron solucionar el problema para justificar la subvención. Sabía, sin género de dudas alguno, que el proyecto modificado no había sido informado por técnico municipal y que su finalidad era salvar los defectos detectados con el único fin de evitar el reintegro de la subvención. Ella misma se irrogó facultades de asesoramiento jurídico para evitar obtener informes preceptivos en este punto. Debe responder como cooperadora necesaria, conforme al art. 28b) y 24 del C.P., de acuerdo con la argumentación contenida en el anterior fundamento jurídico.

Por el contrario, no consideramos que exista responsabilidad para el acusado Vicente Gimeno Merino, como apoderado de ECISA que firmó el contrato de obra.

Es obvio que ECISA tenía conocimiento del error existente en las primeras 17 certificaciones. Así lo dijo el testigo Juan Pascual Alfaro. Por eso, no podemos compartir la conclusión del informe pericial de la arquitecta Belén Pallarés Navarro: *“Al inicio de las obras, ECISA únicamente dispone del documento de Mediciones y Presupuestos del Proyecto Básico y de Ejecución que sirve de documento de Contrato, con lo que únicamente puede realizar certificaciones en base a dicho documento. Debido a que dicho documento aparece un Presupuesto de Ejecución Material de 5.998.514 euros, las certificaciones se emiten en base a ese presupuesto añadiendo los Gastos Generales, el Beneficio Industrial y el IVA.”*

Incluso el perito arquitecto Antonio García Herrero narra: *“Resulta lógico considerar que la empresa constructora debió tener conocimiento de dicha contradicción entre el precio establecido de licitación y el que constaba en el detalle de presupuesto de ejecución material. En efecto: el proceso de licitación exige para el contratista un conocimiento y verificación de todas y cada una de las partidas constitutivas del presupuesto de ejecución material, con comprobación de mediciones y determinación de precios unitarios reales -al menos un intenso muestreo- a fin de poder ofertar un*

precio real de mercado acorde con las circunstancias particulares de cada empresa, que no tienen por qué coincidir de una a otra.”

Pero tal conocimiento no puede extrapolarse a la persona que firmó el contrato de obra simplemente como apoderado de la mercantil; principalmente porque no consta mayor participación en los hechos que la descrita como adyuvante de firmar la propuesta económica inicial (folios 721 y 736 del anexo 3.2).

El acusado Vicente Gimeno no firmó ninguna de las certificaciones, ni siquiera el escrito de 6 de febrero de 2009 remitido al Ayuntamiento para justificar el proyecto modificado.

Todo ello lleva a la conclusión que difícilmente podía conocer todos y cada uno de los errores cometidos y que el proyecto modificado se redactaba para salvarlos.

CUATRO. En trámite de conclusiones definitivas, la acusación popular unificada ha desgajado el delito de falsedad que inicialmente iba de alternativa al delito de fraude (y al de prevaricación) en el apartado c) y lo ha establecido como independiente. Así, considera que el acusado Pedro Antonio Sánchez es autor de un delito de falsedad ideológica del art. 390.1.4 del C.P., a partir de cuatro documentos:

- La comunicación de fecha 18 de diciembre de 2006 donde se expresa mendazmente que *“Actualmente se encuentra en trámite un Convenio de Cesión de Terrenos sobre la parcela objeto de la actuación a subvencionar por lo que tan pronto como el convenio sea substanciado se remitirá la certificación acreditativa a la Dirección General de Cultura para su incorporación al expediente.”* (folio 17 del anexo 9.1 y folio 2000 del tomo V). Se trata de los terrenos de la Rambla de Nogalte y no existía convenio, ni se tenía disponibilidad.

- El escrito de fecha 2 de julio de 2007 por la que se solicita ampliación del plazo para la justificación de la subvención: *“En relación al Decreto número 349/2006, de 22 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvención a este Ayuntamiento para la realización de las obras de “Construcción de Teatro Auditorio en Puerto Lumbreras”, te adjunto Informe de la Dirección Facultativa de la Obra, emitido pro D. Martín Lejarraga, expresivo de la existencia de demora en la ejecución de las obras. De esta manera, te solicito mediante manifestación expresa ampliación del plazo de ejecución y justificación de la cuantía resultante de la*

anualidad 2006 y la de 2007 hasta el 31 de octubre de 2008”; y se acompaña informe de quien dice ser es la Dirección facultativa de las obras, el arquitecto Martín Lejarraga, (folio 79 y 86 del anexo 9.1) En ese momento, no había contratado dirección facultativa de la obra, ni se había realizado el concurso de proyectos.

- El escrito de fecha 14 de diciembre de 2007 por el que se solicita al director General de Promoción Cultural el libramiento de la cantidad correspondiente a la anualidad de 2007, *“conforme al ritmo de ejecución de las obras previstas”*; (folio 83 del anexo 9.1); cuando las obras no habían comenzado.

- El escrito de fecha 1 de junio de 2010 dirigido al consejero de Cultura Don Pedro Alberto Cruz donde se remite el proyecto de Obras Complementarias, que ni estaba aprobado ni formaba parte de los trabajos subvencionados; (folio 18 Anexo 9.2 o folio 1333 del tomo V).

Al arquitecto Martín Lejarraga se le exige responsabilidad conforme al art. 392 del C.P. en relación con el art. 390.4 del C.P., por el informe fechado en junio de 2007, adjunto al escrito de fecha 2 de julio enviado por el alcalde a la Dirección General de Cultura (e incorporado por tanto a un expediente administrativo) y en el que solicita 18 meses más para la elaboración del Proyecto Básico de Ejecución del Teatro-Auditorio. Extremo que se afirma cuando, según los propios acusados, ni se le había encargado el proyecto ni se había celebrado el concurso.

Vista la forma en que se produjo la modificación de la calificación segunda por parte de la acusación popular unificada, no resulta ocioso referirse un momento al principio acusatorio. Dice la STS de 3 de diciembre de 2020: *“Esta Sala tiene declarado que el sistema acusatorio que informa el proceso penal español exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, de ahí que la acusación haya de ser además precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula.*

De este modo, el establecimiento de los hechos se constituye como la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio y deben mantenerse de manera sustancial e inalterable, además de deber ser la sentencia congruente respecto de estos y no introducir ningún nuevo elemento del que no haya existido posibilidad de defenderse

(SsTS de 8 de febrero de 1993, de 5 de febrero de 1994 y de 14 de febrero de 1995, entre otras).

Hemos dicho además que el objeto del proceso penal es de cristalización progresiva y se va formateando conforme avanzan las investigaciones, pero si bien las pretensiones de las acusaciones quedan fijadas con capacidad para condicionar el desenlace jurisdiccional del hecho enjuiciado en el trámite de conclusiones definitivas, el marco fáctico que el Tribunal sentenciador no puede sobrepasar se perfila de manera esencial con ocasión de la emisión de la calificación provisional. Dado que el principio acusatorio comporta que el acusado tiene derecho a conocer la acusación de tal manera que pueda ejercer una plena defensa y contradecir los hechos que se le imputan, el derecho solo se verá satisfecho cuando las conclusiones provisionales de las acusaciones pongan en su conocimiento las actuaciones por las que el acusado puede ser condenado.

Dicho de otro modo (SSTS de 30 de diciembre de 1992, de 8 de marzo de 1994 o de 9 de abril de 2005), aun cuando el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, sobre cuyo contenido ha de resolver la sentencia, pues de entenderse lo contrario privaría de sentido al artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y haría inútil, además, la actividad probatoria practicada en el juicio oral, lo cierto es que cuando se modifican las conclusiones provisionales es necesario respetar los hechos objeto de la acusación y la identidad de las personas acusadas, sin perjuicio de que puedan incorporarse hechos complementarios o accesorios cuando no alteren la realidad por la que se acusa y transformen a ésta en sorpresiva.”

En el presente caso, no hubo vulneración del principio acusatorio por el hecho de que una calificación provisional alternativa pasara a principal en el momento de las conclusiones definitivas: los hechos punibles contenidos en los dos escritos de acusación siempre se han referido a estos documentos atribuyéndoles la cualidad de falsos; y las defensas nunca han indicado que no pudieran defenderse de esta calificación principal y solicitaran el trámite del art. 788.5 de la LECR. Al revés, los informes de las acusaciones se realizaron el día 28 de noviembre de 2022 y los informes de las defensas al día siguiente, 29 de noviembre de 2022, con tiempo suficiente para su preparación.

En cuanto al ilícito penal planteado, la STS nº 331/2013, de 25 de abril dice: “*El delito de falsedad documental consiste en la plasmación gráfica de una mutación de la realidad que se apoya en una alteración objetiva de la verdad, de manera que*

será falso el documento que exprese un relato o contenga un dato que sea incompatible con la verdad de los hechos constatados.”

Y las STS nº 279/2010, de 22 de marzo, establece, como requisitos:

“a) Un elemento objetivo propio de toda falsedad, consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del C. P

b) Que dicha "mutatio veritatis" o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para perjudicar la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. De ahí que no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva.

c) Un elemento subjetivo consistente en la concurrencia del dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad ”.

Y, en cuanto al elemento del tipo subjetivo, se afirmaba que existe dolo falsario cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, cuando es consciente de que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos que no responden a la realidad.

La falsedad recogida en el artículo 390.1.4, faltar a la verdad en la narración de los hechos, es atribuible solamente a la autoridad o funcionario público y consiste en hacer constar hechos no verdaderos o en omitir hechos verdaderos que resultan relevantes a los efectos del documento de que se trate (STS nº 558/2018, de 15 de noviembre).

Todos estos elementos han quedado acreditados en el presente caso. De la exposición realizada en los anteriores fundamentos de derecho se infiere que el Ayuntamiento nunca tuvo convenio alguno con los posibles cedentes de los terrenos de la Rambla de Nogalte (a los que se refería el proyecto de noviembre 2006 que se acompañó con la carta de 18 de diciembre de 2006). Es obvio que dicho escrito tuvo efectos jurídicos, pues el jefe de servicio de coordinación jurídico-administrativa de la CA realizó informe sobre que se había cumplido el requisito de la disponibilidad del terreno (folio 739 del tomo II); y, con base en éste y otros informes, se dictó el Decreto 349/2006, de 22 de diciembre de concesión de la subvención.

También se cumplen tales requisitos en el escrito de 2 de julio de 2007 que contenía información inveraz tal y como ha sido descrita, pues su remisión tuvo el efecto de dictarse el Decreto 331/2007, de 26 de octubre, que permitió dilatar la justificación de la subvención.

También se faltó a la verdad cuando se remitió el escrito de 14 de diciembre de 2007 solicitando el libramiento de la anualidad de 2007. La razón descrita en dicho documento, respecto "*al ritmo de la ejecución de las obras previstas*", no existe.

Pero no es falso el escrito remitido en fecha 1 de junio de 2010, que reza: "*De conformidad con las conversaciones mantenidas recientemente, me complace adjuntarte el Proyecto de Obras Complementarias, elaborado por D. Martín Lejárraga.*" Aquí no apreciamos falsedad alguna, ya que lo narrado es cierto. Otra cosa distinta es que la contratación del arquitecto y la realización del proyecto no hayan seguido los trámites administrativos correctos.

Cabe recordar en este punto, que el funcionario está obligado a declarar verazmente y no puede incluir argumentos falsos en los documentos redactados por el mismo funcionario o adverado con su firma.

No tenemos duda, por tanto, de que el acusado Pedro Antonio Sánchez debe responder por este delito. En los tres primeros documentos, su actuación no se limitó a firmar un oficio de remisión, sin narración alguna, confiando en el trabajo de los técnicos. Al contrario, firmó cada uno de los documentos que describían una exposición de hechos que no era cierta y que, como consecuencia de tal narración, se produjeron efectos en el tráfico jurídico y económico. A la vista del proyecto en cuestión, es imposible que el acusado Pedro Antonio Sánchez no tuviera conocimiento de lo que estaba firmando; y más aún, es seguro que sabía que lo que se describía no era cierto.

No así el acusado Martín Lejárraga, cuya acusación se hace con base en el art. 392, en relación con el art. 390.1.4º del C.P. Recordemos que este apartado cuarto únicamente es penalmente sancionable para las autoridades o funcionarios públicos o asimilados, en el ejercicio de sus funciones, pero no cuando se realice por particulares.

Este delito de falsedad (que únicamente se ha solicitado como simple, sin continuidad delictiva) debe unirse al primer delito de prevaricación continuada, en concurso medial del art. 77 del C.P. Fueron estos documentos los que permitieron ir avanzando en la actuación prevaricadora, desde la primera carta de 16 de junio 2006 hasta la culminación con la publicación del concurso de proyectos y los actos posteriores de adjudicación del concurso al acusado Martín Lejarraga.

QUINTO. Únicamente la defensa del acusado Vicente Gimeno Melero ha solicitado la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del C.P. en su condición de muy cualificada. En el caso, obviamente, de que se dictara un pronunciamiento condenatorio.

No obstante la absolución de este acusado, sí nos planteamos la aplicación de esta circunstancia atenuante, teniendo en cuenta que el procedimiento ha estado parado durante un año desde el momento en que llegó a esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial.

La STS de 8 de noviembre de 2022 recuerda las SsTC 89/2014, de 9 de junio y 99/2014 de 23 de junio, cuando indican que *“no toda infracción de los plazos procesales ni cualquier excesiva duración temporal de unas actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Sobre las circunstancias específicas de cada supuesto han de proyectarse los criterios objetivos (complejidad, márgenes ordinarios de duración de litigios semejantes, intereses arriesgados, conducta de las autoridades...) que han de orientar al intérprete. Esas consideraciones guardan sintonía con las apreciaciones que encontramos en la doctrina del TEDH (por todas, STEDH de 21 de abril de 2015, asunto Piper v. Reino Unido: la complejidad del caso es uno -no el único- de los estándares para evaluar el carácter indebido o no de las dilaciones).”*

Y a la hora de aplicar esta atenuante como simple o como muy cualificada, la jurisprudencia señala que para considerar esta última se requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinaria, casos excepcionales y graves. Dicen las SsTS de 3-3-2009 y 17-3-2009 que *“se exige que se trate de una dilación extraordinaria e indebida, -lo que excluye los retrasos que no merezcan esta calificación-, y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Su apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta,*

dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple.”

No puede computarse el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos (desde 2006 a más o menos 2011) hasta que se incoó el procedimiento (en 2015). Precisamente, porque en dicho plazo no existía procedimiento alguno. A partir de aquí, del año 2015, el procedimiento se tramitó y terminó en cuatro años, en el año 2019. Plazo más que razonable si se tiene en cuenta la complejidad de los hechos investigados y las idas y venidas entre el juzgado de instrucción de Lorca y el Tribunal Superior de Justicia. La única dilación se produjo cuando la causa llegó a esta Sección 3ª, donde estuvo parado durante 1 año y se retomó su trámite con el nombramiento de una nueva magistrada ponente. Ese retraso debe únicamente calificarse de simple, no de extraordinario o cualificado.

SEXTO. Entramos ya en el apartado penológico, lo vamos a ir determinado de forma consecutiva por delitos y por acusados que van a ser condenados.

1.- En cuanto al primer delito continuado de prevaricación, la legislación aplicable es el art. 404 del C.P. con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015 por ser más favorable, ya que la pena se concretaba en inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años. Dado que dicho delito debe ser castigado en continuidad delictiva, debe establecerse en la mitad superior, que es de 8 años, 6 meses y 1 día a 10 años. No se aplica la pena superior en grado, en su mitad inferior, al no considerarse necesaria y no haber explicado las acusaciones la razón de su solicitud.

Como debe aplicarse una circunstancia atenuante, conforme al art. 66.1ª, la pena debe moverse en su mitad inferior, que va de 8 años, 6 meses y 1 día a 9 años, 3 meses y 1 día.

Esta determinación penológica general inicia la individualización de la pena para cada uno de los acusados. Pero para Pedro Antonio Sánchez López el análisis es más complicado al concurrir este delito de prevaricación continuada en concurso medial con el delito de falsedad ideológica, al encontrarse ambas infracciones en relación de medio a fin. Dada la fecha de comisión, sería de aplicación el artículo 77 del C.P. en su redacción anterior a la innovación penológica introducida con la Ley

Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que distingue el concurso ideal y el concurso medial/instrumental.

La anterior redacción del artículo 77 del Código Penal era la siguiente: “1. *Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

2. *En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.*

3. *Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.”*

Consideramos, ya desde el inicio, que ambas infracciones penales deben penarse por separado. Si utilizáramos la fórmula del apartado segundo del precepto citado, la pena más grave (por la privación de libertad que lleva consigo) sería la correspondiente al delito de falsedad documental (infracción más grave). Entonces, supondría imponer una pena de prisión de 4 años y 6 meses y 1 día a 6 años de prisión. E igual ocurriría con la pena de multa, que tendría una extensión de 15 a 24 meses de multa.

Pero la Acusación popular ha solicitado las penas mínimas por el delito de falsedad, por lo que está claro que beneficia al acusado su punición de forma separada.

Así, imponemos al acusado Pedro Antonio Sánchez, por el delito continuado de prevaricación, la pena máxima descrita (9 años, 3 meses y 1 día) de inhabilitación especial para empleo o cargo público, a la vista de la multitud de actos irregulares y prevaricadores llevados a cabo, que se fueron sucediendo durante varios años y nunca tuvo en cuenta los múltiples y reiterados reparos o quejas que se le estaban haciendo.

Por el delito de falsedad del art. 390.1.4 del C.P., le imponemos la pena de 3 años de prisión y multa de 6 meses, a razón de una cuota diaria de 20 euros. Si bien no se ha descrito expresamente la capacidad económica del acusado, es público y notorio que puede hacer pago a la cuota descrita, pues desde que abandonó la política ha estado trabajando en el extranjero.

La pena de inhabilitación especial será la mínima de 2 años, que nosotros también concretamos en inhabilitación especial para cargo o empleo público, a la vista de la descripción genérica del art. 390 del C.P. La punición debe ir íntimamente relacionada con el contenido concreto de los actos ilícitos cometidos, que además se ejecutaron mientras el acusado ostentaba cargo público.

La pena de prisión llevará aparejada la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme al art. 56 del C.P.

La STS de 24 de febrero de 2010 indica: *"... la redacción del texto legal conduce a entender que el empleo de la expresión "impondrán" referida a jueces y tribunales, supone que el órgano jurisdiccional debe imponer una penalidad accesoria en todo caso."* Su imposición, entonces, es obligatoria conforme estableció el Pleno de la sala de lo Penal del TS, en su reunión del día 27 de noviembre de 2007: *"El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena."*

Igualmente, nos decantamos por la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena porque el delito de falsedad ya tiene la inhabilitación especial para cargo o empleo público como pena principal. La STS de 13 de diciembre de 2018 estableció: *"Esta Sala ha expresado también la necesidad de diferenciar cuando la pena de inhabilitación especial reviste el carácter de pena principal (art. 42 del Código Penal), de aquellos otros supuestos en los que la inhabilitación especial se impone como pena accesoria (art. 56 Código Penal). Frente a una serie de infracciones penales para las que, por la mera satisfacción de sus exigencias típicas, el legislador ya ha contemplado la imposición de la pena de inhabilitación especial (pena principal), se contemplan otros supuestos en los que la operatividad de la inhabilitación queda sujeta a una discrecionalidad judicial (pena accesoria), en función de que la gravedad del hecho justifique ese mayor rigor punitivo, además de que la vinculación de la actuación ilícita justifique, en términos prevención general o especial, la imposición de la sanción elegida."*

La pena de multa llevará aparejada la responsabilidad personal subsidiaria establecida en el art. 53 del C.P.

A la acusada Caridad García Vidal, por el delito continuado de prevaricación, le imponemos y concretamos la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público en la mínima de 8 años, 6 meses y 1 día. Es cierto que también tuvo participación en multitud de actos, pero su situación no es idéntica a la del alcalde, que fue quien auspició y dirigió los actos ilícitos descritos.

Esta pena conllevará la pérdida de la condición de funcionaria que ella misma ha reconocido ostentar, conforme a los arts. 63 y 66 de la Ley 7/2007, y que no han sido modificados por el RDL 5/2015.

El Ministerio Fiscal ha solicitado la aplicación del art. 65.3 del C.P. para el acusado Martín Lejarraga Azcarreta. A propósito de este precepto, dice la STS nº 494/2014, de 18 de junio: *“Se trata, en fin, de una atenuante de carácter facultativo para aquellos extranei partícipes en delitos especiales propios. El fundamento de la atenuación aparece íntimamente ligado al principio de proporcionalidad, en la medida en que el contenido y la intensidad del injusto en la acción del extraneus que interviene en un delito de esta naturaleza es, por definición, menor que el predicable de la acción del intraneus. El legislador toma en consideración el hecho incuestionable de que el extraneus no infringe -no puede infringir- el deber jurídico especial que pesa sobre el intraneus.*

Sobre la naturaleza facultativa de la degradación de la pena prevista en el art. 65.3 del CP, ya se ha pronunciado esta misma Sala (cfr. SSTs 1394/2009, 25 de enero ; 1074/2004, 18 de octubre y 782/2005, 10 de junio). El que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena -hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo podrán-, es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario o asimilado, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe.”

En el presente caso, consideramos que el acusado Martín Lejarraga Azcarreta no puede ser beneficiario de una reducción de la pena y debe soportar la misma penalidad que Caridad: 8 años, 6 meses y 1 día de inhabilitación especial para cargo o empleo público. Su actuación en los hechos es determinante desde el momento en que se avino a realizar hasta 3 proyectos irregulares, a sabiendas de que no existía procedimiento administrativo alguno de concesión. Debía ser claramente consciente de que privaba a todos sus compañeros de profesión, como mínimo, de poder concurrir a un concurso libre y justo. Y, además, participó en todos los actos ilícitos que le propuso el alcalde para la obtención de la subvención, especialmente en lo que se refiere a la solicitud de prórroga del plazo de justificación.

Conforme al art. 42 del C.P. todas las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevarán aparejada la incapacidad para obtener cualquier cargo o empleo público, sea o no electivo, en el ámbito municipal, autonómico y estatal, durante el tiempo de la condena.

2.- Por el segundo delito de prevaricación, la pena debe quedar concretada de 7 años a 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, a tenor del antiguo art. 404 y el art. 66.1ª del C.P.

A los acusados Pedro Antonio Sánchez y Martín Lejarraga se les impondrá la pena de 8 años de inhabilitación, dada la importancia de su participación. Martín Lejarraga tuvo que ser consciente en algún momento de que su proyecto era completamente inviable, precisamente porque había cometido multitud de errores graves. Por eso, tampoco en este caso consideramos que deba ser beneficiario de la reducción penológica del art 65.3 de. C.P. Y Pedro Antonio Sánchez intentó tapar los errores del arquitecto acusado, amparándose en un proyecto modificado irregular y que dejaba la obra completamente inacabada. A él le correspondía paralizar el proyecto y examinar detalladamente qué errores se habían cometido e informar a la CA, como órgano concedente de la subvención, de la situación que se había producido en la obra.

A Caridad Vidal deberá imponerse la pena mínima de 7 años de inhabilitación para empleo o cargo público. Si bien no obviamos la irregularidad de su actuación, ésta se encaminó a la justificación de la subvención.

Esta pena conllevará la pérdida de la condición de funcionaria, conforme a los arts. 63 y 66 de la Ley 7/2007, que no han sido modificados por el RDL 5/2015.

Conforme al art. 42 del C.P. también todas las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevarán aparejada la incapacidad para obtener cualquier cargo o empleo público, sea o no electivo, en el ámbito municipal, autonómico y estatal, durante el tiempo de la condena.

SÉPTIMO. El Ministerio Fiscal ha solicitado la declaración de nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de septiembre 2010 del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras aprobando el Proyecto Modificado de la obra de construcción del Teatro-Auditorio, redactado por Martín Lejarraga y fechado en abril de 200; así como la nulidad de la documentación posterior que lo desarrolla (acta de recepción, certificación-liquidación definitiva). Considera el Ministerio Fiscal que debe subsistir el contrato de 4 de abril 2008 firmado por ECISA y el Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, pudiendo exigir el Ayuntamiento a la mercantil ECISA el importe que falte para terminar las obras del Teatro-Auditorio que fue contratada, hasta un máximo de 2.278.421,52€ con el incremento del interés legal que se estime procedente. Tal cantidad ha sido determinada en el informe del perito Andrés Checa Andrés.

En el mismo sentido, la acusación popular unificada se ha adherido a la declaración de nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de septiembre de 2010 y la posibilidad de ejercicio de acciones por parte del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras frente a ECISA.

En el primer pedimento, decía el antiguo art. 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común: “1. *Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.”

En el mismo sentido, el actual art. 47.1.d de la Ley 39/2015.

Por tanto, es procedente la declaración de nulidad interesada, en cuanto al acuerdo de la JGL de 17 de septiembre de 2010. Los posibles efectos de la declaración de nulidad no deben ser estudiados en esta jurisdicción, sino en la que le es propia. No

puede olvidarse que tal y como se ha indicado anteriormente, el TSJ ya determinó que el acta de recepción no es falsa en sí misma, pues se recepcionó lo que efectivamente se construyó. Igualmente ocurre con respecto a la certificación/liquidación nº 25, más cuando se inició en el año 2016 un procedimiento de liquidación que está pendiente de conclusión.

En cuanto a la posible acción a ejercitar por parte del Ayuntamiento, debemos recordar que, si bien la defensa de este Ente Público se adhirió en la primera sesión del juicio al escrito del Ministerio Fiscal, posteriormente, en fase de conclusiones definitivas, se retiró tanto la posible exigencia de responsabilidad penal como civil. La alcaldesa M^a Ángeles Túñez García declaró que su personación en el plenario no tenía ningún propósito, únicamente saber lo que había pasado y añadió expresamente que se reservaban el ejercicio de las posibles acciones.

Por tanto, no ejercitada acción civil por su titular, no ha lugar a pronunciarse al respecto, más cuando tampoco se ha determinado o exigido responsabilidad alguna para la mercantil ECISA, S.A. (artículo 107 y ss. de la LECR).

OCTAVO. En el ámbito de costas, la determinación de la condena y de la declaración de oficio debe realizarse a partir del número de delitos estudiados. Así, conforme al art. 123 del CP, procede declarar de oficio 6/13 partes de las costas; y ello porque existe pronunciamiento absolutorio para 4 delitos de fraude a la Administración, 1 delito de prevaricación y 1 delito de falsedad. Al acusado Pedro Antonio Sánchez López se le impone el pago de 3/13 partes de las costas causadas, al ser condenado por tres delitos. Al acusado Martin Lejarraga Azcarreta se le impone el pago de 2/13 partes de las costas causadas, al ser condenado por dos delitos. E igualmente, a la acusada Caridad García Vidal se le impone el pago de 2/13 partes de las costas causadas, al ser condenada por dos delitos.

Estas costas no incluyen las de la Acusación popular unificada. Dicen las SsTS de 28 de abril, nº 703/2001, y de 29 de marzo, nº 515/1999: *“se ha distinguido claramente las costas correspondientes a la acusación particular y las de la acusación popular, en el sentido de que procede la imposición de las primeras al condenado, siempre que la correspondiente actuación acusadora se haya desarrollado normalmente, sin que sus tesis e intervenciones en el proceso puedan tildarse de absolutamente irrelevantes, escandalosamente dispares con las mantenidas por la acusación pública, superfluas o incluso perturbadoras del normal*

desenvolvimiento del procedimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero y 3 de abril de 1995, de 2 de febrero de 1996, entre otras); en tanto que respecto de las segundas mantiene un criterio contrario, ya que no concurren en la acusación popular las características propias de la acusación particular, en la que existe un directo ofendido por la infracción que además suele intervenir en el proceso como actor civil en su condición de perjudicado por la infracción penal (SsTS nº 464/2007 de 30 de mayo, nº 717/2007 de 17 de septiembre, nº 750/2008 de 12 de noviembre)."

Es cierto que el TS ha mantenido en ocasiones un criterio divergente, al hablar de los derechos de "tercera generación", o "intereses difusos" que afectan a bienes colectivos. Por ejemplo, en la STS nº 1318/2005, de 17 de noviembre, que indicaba: *"puede muy bien afirmarse que el cauce de la acción popular es el más natural para dar curso a actuaciones de los legítimamente interesados en la persecución de delitos contra los aludidos bienes colectivos, que actúen en la calidad de genéricos perjudicados. Y siendo así, -como sigue diciendo la misma sentencia- en presencia de determinadas condiciones, el mismo criterio de la afectación y el interés, interpretado a tenor de la naturaleza de los bienes y derechos de que se trata, deberá servir para fundar eventuales condenas al pago de las costas de la acusación popular, con perfecto encaje en la previsión del art. 124 CP."*

O la STS nº 381/2007, de 24 de abril, en la que, si bien se ratificaba la no inclusión de las costas de la acusación popular como regla general, se admitía el criterio contrario en supuestos de delitos establecidos en protección de bienes jurídicos difusos o de titularidad colectiva. Y este criterio fue nuevamente recordado en la STS nº 359/2019, de 15 de julio.

Pero en nuestro caso, el procedimiento se inició por querrela del Ministerio Fiscal. La Acusación popular, en aquel momento ejercida por varias personas, se incorporó cuando el procedimiento ya estaba incoado. Su participación ha ido unida a la del Ministerio Fiscal, con la única salvedad del delito de falsedad, cuya acusación pasó de alternativa a principal. Pero es éste un delito público, distinto a los que se han hecho referencia anteriormente; y su estudio y análisis no ha planteado una mayor complejidad o dedicación que el resto de ilícitos penales descritos.

VISTOS los preceptos legales citados en la sentencia y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de SU MAJESTAD EL REY

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** al acusado Vicente Gimeno Merino del delito de fraude a la Administración Pública y prevaricación por los que venía acusado.

Que **DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a los acusados Pedro Antonio Sánchez López, Martín Lejarraga Azcarreta y Caridad García Vidal del delito de fraude a la Administración Pública del que venían acusados.

Que **DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** al acusado Martín Lejarraga Azcarreta del delito de falsedad del art. 392 del C.P. en relación con el art. 390.4º del C.P. por el que venía acusado.

Se declaran de oficio 6/13 partes de las costas causadas.

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** al acusado Pedro Antonio Sánchez López como autor responsable de un delito continuado de prevaricación del art. 404 del C.P., en concurso medial con un delito de falsedad del art. 390.1.4º del C.P.; y como autor responsable de un delito de prevaricación del art. 404 del C.P.; concurriendo en todos los delitos la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del C.P.; y le imponemos:

- Por el delito continuado de prevaricación, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público durante 9 años, 3 meses y 1 día.
- Por el delito de falsedad, la pena de prisión de 3 años (con inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de 3 años); la pena de multa de 6 meses, con cuota diaria de 20 euros (total 3600 euros); y

la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público durante el tiempo de 2 años.

En caso de impago de la multa, la responsabilidad personal subsidiaria será de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas no abonadas.

- Por el segundo delito de prevaricación, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público durante tiempo de 8 años.

Le imponemos también el pago de 3/13 partes de las costas causadas, sin incluir las de la Acusación popular.

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a la acusada Caridad García Vidal; como cooperadora necesaria de un delito continuado de prevaricación del art. 404 del C.P.; y como cooperadora necesaria de un delito de prevaricación del art. 404 del C.P.; concurriendo en ambos delitos la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del C.P.; y le imponemos:

- Por el primer delito, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público durante 8 años, 6 meses y 1 día.
- Por el segundo delito, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público durante tiempo de 7 años.

Estas penas conllevarán la pérdida de la condición de funcionaria.

Le imponemos también el pago de 2/13 partes de las costas causadas, sin incluir las de la Acusación popular.

Que debemos **CONDENAR y CONDENADOS** al acusado Martín Lejarraga Azcarreta como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación del art. 404 del C.P.; y como cooperador necesario de un delito de prevaricación del art. 404 del C.P.; concurriendo en ambos delitos la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del C.P.; y le imponemos:

- Por el primer delito, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público durante 8 años, 6 meses y 1 día.
- Por el segundo delito, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público durante tiempo de 8 años.

Le imponemos también el pago de 2/13 partes de las costas causadas, sin incluir las de la Acusación popular.

Todas las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público llevan aparejada la incapacidad para obtener cualquier cargo o empleo público, sea o no electivo, en el ámbito municipal, autonómico y estatal, durante el tiempo de la condena.

Se declara la nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras de 17 de septiembre de 2010.

No procede hacer pronunciamiento alguno con respeto a la mercantil ECISA, Compañía General de Construcciones, S.L.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma puede interponerse recurso de casación para ante el Tribunal Supremo (por ser el procedimiento anterior a la Ley 41/2015).

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando en única instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.