

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de marzo de 2023
(rec.74/2019)**

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

MURCIA

SENTENCIA: 00077/2023

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

- AUDIENCIA TLF. 968 22 91 24/5 FAX 968 229278

- EJECUCION TLF 968 647865 FAX 968 834250

Teléfono: 0

Correo electrónico:

Equipo/usuario: CVM

Modelo: 787530

N.I.G.: 30024 41 2 2015 0069290

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000074 /2019

Delito: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, Leovigildo, LUMBRERAS
AYUNTAMIENTO DE PUERTO

Procurador/a: D/D^a , ANA ISABEL EGEA HERNANDEZ , ANDRES GIMENEZ
CAMPILLO

Abogado/a: D/D^a , ALBERTO MARTINEZ SORIANO , LETRADO AYUNTAMIENTO

Contra: Evaristo, Adelaida, Fausto, Felicisimo

Procurador/a: D/D^a MANUEL SEVILLA FLORES, MANUEL CARLOS MAS PINILLA
, JUANA MARIA BASTIDA RODRIGUEZ , MANUEL SEVILLA FLORES

Abogado/a: D/D^a JOSE ANTONIO CHOCLAN MONTALVO, MIGUEL LOPEZ
NAVARES , FRANCISCO NIETO OLIVARES , PABLO DE LA VEGA CAVERO

Ilmo. Sr./Ilmas. Sras.

Don Juan del Olmo Gálvez

Presidente

Doña María Ángeles Galmés Pascual

Doña Virginia Urrea Navarro

Magistradas

SENTENCIA Nº 77/2023

En Murcia, a 6 de marzo de 2023.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, ha visto, en juicio oral y público, las actuaciones del presente Rollo de Sala PA núm. 74/2019 dimanantes del *Procedimiento Abreviado nº 316/2015 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Lorca (también las D.P. 2/2015 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia)*; por delito continuado de prevaricación, delito de fraude en concurso con un delito de prevaricación y delito de falsedad en documento oficial; en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal en ejercicio de la acción penal pública; han sido Acusación popular unificada Leovigildo, Daniel y el partido político Podemos, representados por la procuradora de los tribunales Ana Isabel Egea Hernández y asistidos por los letrados Alberto Martínez Soriano y Ginés Ruiz Maciá; y ha sido Acusación particular el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, representado por la procuradora de los tribunales Josefa Gallardo Amat y asistido por la letrada M^a Cristina Chacón Verdú (Grupo Unive Servicios Jurídicos, S.L.). Han sido acusados:

- Evaristo, con DNI nº NUM000, nacido en Puerto Lumbreras (Murcia) el día 30 de enero de 1976, hijo de Alejo y de María Purificación; representado por el procurador de los tribunales Manuel Sevilla Flores y asistido por el letrado José Antonio Choclán Montalvo.

- Adelaida, con DNI nº NUM001, nacida en Puerto Lumbreras (Murcia) el día 4 de septiembre de 1971, hija de Argimiro y de Alejandra; representada por el procurador de los tribunales Manuel Carlos Mas Pinilla y asistida por el letrado Miguel López Navares.

- Fausto, con DNI nº NUM002, nacido en Bilbao, el día 14 de noviembre de 1961, hijo de Basilio y de Angustia; representado por la procuradora de los tribunales Juana María Bastida Rodríguez y asistida por el letrado Francisco Nieto Olivares.

- Felicísimo, con DNI nº NUM003, nacido en Madrid el día 5 de junio de 1970, hijo de Blas y de Belén; representado por el procurador Manuel Sevilla Flores y asistido por el letrado Ignacio Pérez Valero.

Ha sido responsable civil subsidiaria la mercantil ECISA, Compañía General de Construcciones, S.L., representada por el procurador de los tribunales Manuel Sevilla Flores y asistida por el letrado Ignacio Pérez Valero.

Es ponente la magistrada María Ángeles Galmés Pascual (en virtud del Acuerdo gubernativo nº 3/2022 del presidente de la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Murcia), quien expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El *Juzgado de instrucción núm. 1 de Lorca*, acordó iniciar *Diligencias Previas bajo el núm. 316/2015*, en virtud de denuncia del Ministerio Fiscal. Posteriormente el procedimiento se remitió a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por razón de aforamiento del acusado Evaristo, que incoó el PA nº 2/2015, cuya tramitación alcanzó el dictado del auto de acomodación al procedimiento abreviado. Al desaparecer la circunstancia de aforamiento, las actuaciones retornaron al Juzgado de instrucción de Lorca. El Ministerio Fiscal y las acusaciones populares presentaron sendos escritos de acusación, en el que se instó llamar al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras como perjudicado y a la mercantil ECISA, Compañía General de Construcciones S.L., como responsable civil subsidiaria.

Se dictó auto de apertura de juicio oral por el Juzgado instructor, y se presentaron escritos de defensa por los acusados y por la sociedad responsable civil subsidiaria.

Repartida la causa a esta Sección de la Audiencia Provincial, en fecha de 7 de noviembre de 2019 se devolvió al juzgado instructor para subsanación de defectos. Nuevamente se recibió la causa en esta Sección 3ª en fecha 28 de septiembre de 2020 y en fecha de 15 de noviembre de 2021 se dictó providencia de nuevo nombramiento de magistrada ponente por jubilación del inicialmente designado. En fecha de 13 de diciembre de 2021 se aceptó la abstención de una magistrada que debía formar el tribunal de enjuiciamiento y se dictó auto de admisión de pruebas en fecha 25 de enero de 2022.

El juicio se ha celebrado en sesiones consecutivas los días 27 de septiembre de 2022, 3, 4, 18, 25 de octubre de 2022 y 7, 14, 21, 22 28 y 29 de noviembre de 2022. Se han practicado todos los medios de prueba propuestos por las partes y que fueron admitido y no renunciados.

SEGUNDO . En trámite de conclusiones y recogiendo el criterio mantenido en cuestiones previas, el Ministerio Fiscal ha retirado la acusación por el delito de fraude de subvenciones del *art. 308.1 y 3 del C.P.*, al aplicar el criterio establecido en la *STS 1002/2021 de 17 de diciembre* y ser de aplicación la ley intermedia que destipificaba este ilícito penal durante algún momento temporal en el que se produjeron los hechos.

Tras concretar sucintamente la narración de los hechos, el Ministerio Fiscal consideró que la primera parte (A.1 y A.2.- la contratación directa del arquitecto para el Anteproyecto, Proyecto Básico y de Ejecución, y a sabiendas de la falta de disponibilidad de la parcela, y la utilización del expediente de concurso de proyectos para conseguir una adjudicación formal al acusado Fausto) era constitutiva de un delito de prevaricación continuada del *art. 74 y 404 CP* . De él debía responder el acusado Evaristo, en concepto de autor del *art. 28a) del C.P.* ; la acusada Adelaida, como secretaria municipal accidental, en concepto de cooperadora necesaria tanto por acción del *art. 28b como en comisión por omisión del art. 11.a CP* y el acusado Fausto, como cooperador necesario del *art. 28b del C.P* , con aplicación del *art. 65.3 del CP* .

Y, sin concurrir circunstancias modificativas, solicitaba la imposición de las siguientes penas:

- Al acusado Evaristo, la pena de 10 años y 1 día de inhabilitación especial para empleo o cargo público y obtener durante el plazo de la condena cualquier cargo

o empleo público, sea o no electivo, en el ámbito municipal, autonómico y estatal.

- A la acusada Adelaida, la pena de 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

- Al acusado Fausto, la pena de 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, así como la incapacidad para obtener en el plazo de la condena cualquier contratación en el ámbito municipal, autonómico y estatal.

La segunda parte del escrito de acusación (C.- la ejecución de hecho del modificado proyecto de obras aprobado posteriormente para poder justificar la recepción de la obra incompleta) fue calificada como un delito de fraude del *art. 436 en concurso ideal del art. 77 con delito de prevaricación del art. 404 CP* . El acusado Evaristo debía responder en concepto de autor, conforme al *art. 28a) del CP* ; la acusada Adelaida, debía responder en concepto de cooperadora necesaria conforme al *art. 28b del CP* ; el acusado Fausto como cooperador necesario del *art. 28b y 65.3 del C.P .*; y el acusado Felicísimo como representante de ECISA, como cooperador necesario del *art. 28b del C.P y art. 65.3 del C.P* .

Tampoco en este caso concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitaba la imposición de las siguientes penas:

- Al acusado Evaristo, la pena de 2 años y 6 meses de prisión y 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y de la posibilidad de contratar con la Administración Pública.

- A la acusada Adelaida, la pena de 2 años y 3 meses de prisión y 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público con pérdida de su condición funcional.

- Al acusado Fausto, la pena de 2 años y 3 meses de prisión y 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público y de la posibilidad de contratar con la Administración Pública, así como la imposibilidad para obtener durante el plazo de la condena cualquier contratación en el ámbito municipal, autonómico y estatal.

- Al acusado Felicísimo la pena de 2 años y 3 meses de prisión y 8 años y 1 mes de inhabilitación especial para empleo o cargo público, así como la imposibilidad para obtener durante el plazo de la condena, cualquier contratación en el ámbito municipal, autonómico y estatal, por el delito de fraude y prevaricación en la ejecución y aprobación del Proyecto Modificado.

Se solicitaba también la imposición de costas.

Se interesaba también la nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de septiembre de 2010 del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, que aprobó el Proyecto Modificado y la documentación posterior que lo desarrolla (acta de recepción, certificación-liquidación definitiva). Se insistía en que debía subsistir el contrato de 4 abril de 2008 firmado por ECISA y el Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, siendo sus consecuencias la responsabilidad que el Ayuntamiento pudiera exigir a la mercantil ECISA, COMPAÑÍA GENERAL DE CONSTRUCCIONES SA 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.

La Acusación popular concretó también los hechos punibles como constitutivos de un delito de prevaricación continuada (*artículos 404 y 74.1 Código Penal*), un delito de falsedad de documento oficial (*390.4 Código Penal*) y un delito de fraude contra la Administración Pública (436 Código Penal).

Del primer delito, se consideraba responsable a los acusados Evaristo, Adelaida y Fausto, este último como cooperador necesario. Se solicitaba para todos y cada uno de ellos, la pena de 12 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Del segundo delito se consideraba autor al acusado Evaristo y al arquitecto Fausto. Se solicita, para cada uno, las penas de 3 años de prisión, multa de 6 meses a razón de 20 \$ diarios e inhabilitación por tiempo de 2 años.

Y del tercer delito, se considera autor al acusado Evaristo y cooperadores necesarios los acusados Adelaida, Fausto y Felicísimo. Se solicita para todos y cada uno de ellos las penas de 2 años y 6 meses de prisión y 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Se solicitó también la imposición de costas.

La Acusación popular unificada se adhirió a la petición de nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno de 17 de septiembre de 2010 y posibilidad de ejercicio de acciones por parte del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras frente a ECISA.

El Ayuntamiento de Puerto Lumbreras se retiró como Acusación particular y no ejerció la acción penal y/o civil, al no presentar escrito de conclusiones.

TERCERO . Las defensas también han elevado sus conclusiones provisionales a definitivas, de tal manera que han interesado la libre absolución de los acusados, con todos los pronunciamientos favorables. La defensa del acusado Felicísimo interesó, en el caso de que se dictara un pronunciamiento condenatorio, la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del *art. 21.6ª del C.P* ., como muy cualificada, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos hasta el enjuiciamiento.

CUARTO. Tras el trámite de última palabra de los acusados, el presidente del Tribunal ha dejado el juicio visto para sentencia.

Se han cumplido los trámites legales, salvo el plazo para dictar sentencia a la vista de la complejidad de la causa.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. En el año 2005 y siguientes, el acusado Evaristo era alcalde de la localidad de Puerto Lumbreras. Sabedor de la existencia de subvenciones a corporaciones locales para el desarrollo de determinadas edificaciones culturales, en fecha no concretada del año 2005 pero anterior a septiembre de 2005, encargó, verbalmente y sin previo expediente alguno de contratación, al arquitecto Fausto, también acusado, la redacción de un proyecto que permitiera solicitar tal subvención. Así, el arquitecto acusado redactó el "Anteproyecto de Teatro Auditorio" a construir en la Ribera Sureste de la Rambla de Nogalte, sobre una parcela EQ-1, equipamiento

público, de 10.363,00m², con una superficie construida de 4.500,00 m². Este anteproyecto fue remitido junto con un escrito del alcalde a la Dirección general de Cultura en fecha 16 de junio de 2006, poniendo de manifiesto la necesidad y conveniencia de construir un teatro-auditorio, añadiendo *"según conversaciones mantenidas al respecto."*

Al "Anteproyecto del Teatro Auditorio" de junio de 2006, seguiría otro posterior encargo verbal y sin expediente alguno para realizar un "Proyecto Básico de Teatro Auditorio" de noviembre de 2006.

Ningún otro arquitecto pudo participar en este proceso, ninguno de esos proyectos tuvo entrada de registro en el Ayuntamiento y tampoco estaban visados por el Colegio de arquitectos. Tras recibir comunicación de la Comunidad Autónoma informando de que se iba a conceder la subvención, el acusado Evaristo remitió, en fecha 18 de diciembre de 2006, carta aceptándola a la que acompañaba documentación para la tramitación del expediente. Especialmente, se remitían ambos proyectos de 2006 redactados por el acusado Fausto y comunicación de que se tenía disponibilidad de la parcela para ubicar la obra. Expresamente, se decía *"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 subsanado se remitirá la certificación acreditativa a la Dirección General de Cultura para su incorporación al expediente."* Sin embargo, y en relación con el convenio de cesión de terrenos sobre la parcela EQ-1 Equipamiento Público, en Ribera Sureste de la Rambla de Nogalte, no consta ningún convenio aprobado, ni inscripción en el Registro de convenios urbanísticos sobre la citada parcela, ni expediente alguno tramitado al efecto.

Por tanto, esta última afirmación no era cierta, pero la hizo el alcalde con la finalidad de no perder la oportunidad de obtener la subvención. Así, el documento del acusado Evaristo, en el que afirmaba estar en trámites la obtención de la parcela, fue tenido en cuenta en el informe de 21 de diciembre de 2006 elaborado por el jefe de Servicio de Coordinación Jurídico-administrativa de la Comunidad Autónoma para justificar la subvención, al indicar: *"Declaración de la Alcaldía-Presidencia de 12 de diciembre de 2006 indicando la tramitación de convenio sobre titularidad de los terrenos" (sic)* . Este informe es previo a la propuesta de 22 de diciembre de 2006 del consejero de Educación para que el Consejo de Gobierno aprobara por Decreto la subvención.

A continuación y con el fin de dar cobertura formal a las previas actuaciones y decisiones ya adoptadas por el alcalde, se acordó en la Junta de Gobierno Local de fecha 26 de diciembre de 2006 prestar conformidad del Ayuntamiento a la subvención y aprobar el proyecto básico de Teatro-Auditorio realizado por el arquitecto acusado Fausto con un presupuesto de ejecución de 6.000.000 euros. La Junta estuvo asistida por la secretaria municipal accidental, la acusada Adelaida, quien es funcionaria de carrera e incumplió gravemente sus obligaciones legales:

- no advertir de la inexistencia de expediente de contratación alguna del arquitecto;
- no advertir de la falta expediente administrativo para la aprobación del proyecto;
- no advertir de la inexistencia de informe jurídico y técnico sobre dicho

proyecto básico antes de su aprobación (que hubiera determinado la falta de disponibilidad de la parcela);

- no constatar que la propuesta efectuada por el concejal de Educación Leoncio se refería a un simple documento que ni siquiera iba firmado.

La noticia de construcción del Teatro-Auditorio, siendo el arquitecto redactor del proyecto el acusado Fausto, ya se había publicitado en noticias de 20 de noviembre de 2006 y de 11 de diciembre de 2006 en el diario La Verdad. Se anunciaba que el teatro se iba a comenzar antes del mes de marzo de 2007 en el antiguo recinto ferial (Rambla de Nogalte) y que estaba situada frente a la pasarela de Nogalte.

El arquitecto acusado aún redactaría un tercer "Proyecto", en febrero de 2007. Tanto en el "Anteproyecto" (junio de 2006), como en el "Proyecto Básico" (noviembre de 2006) y en el "Proyecto" (febrero de 2007), se mantenía un presupuesto total de ejecución de 4.310.345,00 euros, más 862.069 euros de Gastos Generales (GG) y Beneficio Industrial (BI), lo que hacía un total, excluido el IVA, de 5.172.414 euros. En los tres proyectos el emplazamiento del Teatro Auditorio era una parcela de 10.363,00 m2 en Ribera Sureste de la Rambla de Nogalte, parcela sobre la que el Ayuntamiento carecía de disponibilidad.

Los dos primeros proyectos sirvieron de base para conseguir una subvención de la Comunidad Autónoma de 6.000.000 de euros. Así, el 10 de enero de 2007 se publicó en el BORM el Decreto del Consejo de Gobierno nº 349/2.006, de 22 de diciembre, por el que se regulaba *"la concesión directa de una subvención al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras para la financiación de la totalidad de las obras de "Construcción de Teatro Auditorio en Puerto Lumbreras" según el anteproyecto redactado por el arquitecto D. Fausto, con un presupuesto de 6.000.000 euros ."* La subvención se entregaba en dos anualidades: 3 millones de euros en el año 2006 y otros 3 millones en el año 2007, debiendo acreditar el gasto de los 3 millones de la anualidad del año 2006 antes del 31 de octubre de 2007; y justificado, se librarían los otros 3 millones de la anualidad del año 2007 que debería justificarse antes del 31 de octubre 2008.

Concedida la subvención, la Consejería de Cultura remitió al Ayuntamiento los primeros 3 millones de euros de la anualidad del año 2006 el día 29 de diciembre de 2006.

Como no se podía librar los 3 millones correspondientes a la anualidad de 2007 antes de que se justificara la anualidad de 2006 hasta el 31 de octubre de 2007, y en dicha fecha ni se poseía parcela, ni tampoco existía concurso de proyectos, ni había proyecto de ejecución; con fecha 2 de julio de 2007 el alcalde Evaristo dirigió al director general de Cultura escrito del siguiente tenor: *"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 del Teatro Auditorio de Puerto Lumbreras", te adjunto informe de la "Dirección Facultativa de la Obra, emitido por D. Fausto, 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".* A dicho oficio el alcalde acompañaba un informe del arquitecto Fausto en el que hacía constar *"Que, una vez completada la fase de redacción del "Anteproyecto" del mencionado edificio, y dada la complejidad del programa de usos y necesidades contenida en el mismo, y de las relaciones que se*

establecen entre las diferentes áreas que contiene -sometido a la consideración de los diferentes agentes y colectivos que forman parte activa en el análisis del conjunto de la edificación-, y pendiente por ello del ajuste definitivo del alcance de la construcción y de la urbanización correspondiente, el "Proyecto Básico y de Ejecución de Teatro Auditorio" no se ha terminado en su totalidad, al requerirse un plazo añadido de dieciocho (18) meses para la completa y correcta definición del mismo. Y para que así conste, a petición del Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, se expide el presente en Puerto Lumbreras, junio de 2007."

Lo anterior dio lugar al Decreto 331/07 de 26 de octubre, BORM de 6 de noviembre de 2007, que aceptaba la solicitud de ampliación de plazo por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, a propuesta del consejero de Cultura, Juventud y Deportes, autorizando que la anualidad de 2006 se justificara hasta el 31 de marzo de 2008 y la de la anualidad del 2007 hasta el 30 de abril de 2009.

Con fecha de 14 de diciembre de 2007, el acusado Evaristo solicitó del director general de Promoción Cultural el abono de la parte de la subvención correspondiente al ejercicio 2007, en el que hacía constar *"conforme al ritmo de ejecución de las obras previsto"*, pese a ser conocedor que no existía ni proyecto alguno sobre la parcela URSR-11, ni se había iniciado concurso de proyectos, ni expediente de contratación de obra, ni mucho menos, ejecución de obra alguna. El pago se obtuvo el 21 de diciembre de 2007, y ya se disponía de la totalidad del importe de la subvención.

En esa época, el Colegio oficial de arquitectos de Murcia (COAMU) recibió quejas verbales de otros arquitectos, referidas a que únicamente el arquitecto Fausto había presentado los proyectos sin existir concurso alguno. Tales quejas fueron transmitidas al Ayuntamiento, por lo que el alcalde procedió a tramitar un concurso de proyectos para dar ropaje de aparente legalidad a los actos anteriormente ejecutados y dirigidos a subsanar la contratación verbal y directa del arquitecto Fausto. Para ello, el 17 de diciembre de 2007, el alcalde y acusado Evaristo acordó y firmó el *"Pliego de Bases Generales del Concurso de Proyectos para el Auditorio Municipal."* En este concurso, sin embargo, la parcela en la que se había de ejecutar el Teatro-Auditorio es otra distinta a la que había servido de base para solicitar y obtener la subvención; sin que conste resolución alguna de órgano municipal que lo justifique o acuerde. La parcela utilizada ahora tiene 7.488,10m² y estaba en el ámbito del Plan Parcial URSR-11, parcela sobre la que tampoco se tenía disponibilidad en ese momento: el propietario había cedido el uso al Ayuntamiento (pero no la propiedad) y, a la vez, el Ayuntamiento había otorgado concesión de uso privativo durante 75 años a la Fundación Josefina Alcaraz para construir una residencia para personas mayores; y no consta acuerdo del pleno dejando sin efecto tal concesión. Tampoco se comunicó a la CARM (órgano concedente de la subvención) el cambio de ubicación, ni se solicitó autorización.

Dicho Pliego motivó un informe favorable de la secretaria municipal accidental y funcionaria Adelaida de la misma fecha 17 de diciembre 2006 y se dictó resolución del mismo día por el alcalde Evaristo, que aprobaba el Pliego de Bases, la apertura del procedimiento de adjudicación del Concurso de Proyectos, y la publicación del anuncio en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

El 26 de diciembre de 2007 se publicó en el BORM el *"Concurso de proyectos con intervención de jurado para la redacción de un proyecto técnico de ejecución de Auditorio Municipal"*, convocado por el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras. El objeto del concurso era la *"selección de una propuesta de intervención sobre la ordenación*

de los espacios, la funcionalidad y la imagen de un edificio público destinado a Auditorio". El proyecto ganador sería "adjudicatario del contrato de asistencia técnica para la redacción de proyecto básico y de ejecución del Auditorio Municipal, y la dirección técnica de las obras" y el plazo para la presentación de los proyectos de 15 días naturales, a partir de la publicación del concurso. De esos 15 días, 6 de ellos eran inhábiles y 9 días hábiles.

Los acusados Evaristo y Adelaida hicieron lo posible para evitar la libre concurrencia de profesionales en el concurso:

- establecieron en las bases que el "premio" consistía en la adjudicación del contrato de Asistencia Técnica para la redacción del Proyecto Básico y de Ejecución del Auditorio, así como la dirección técnica de las Obras con un precio consistente en unos honorarios a calcular "de acuerdo a los baremos orientativos del COAMU (Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia)". Menos de un mes después, el 15 de enero de 2008, el Ayuntamiento valoró los honorarios en 335.484,93 euros, sin justificación concreta. Si se hubiera determinado tal cantidad en el Pliego, existía obligación preceptiva de publicación del concurso en el DOCE, lo que hubiera dilatado el procedimiento y la decisión del concurso.

- establecieron un plazo de 15 días naturales, cuando podía haberse establecido uno mayor, a la vista de la importancia económica del proyecto de 6 millones de euros.

Ante las condiciones del concurso de proyectos, el COAMU, con fecha 28 de diciembre de 2007 envió a todos sus colegiados una Circular Informativa nº 64 advirtiéndoles de que no existen garantías suficientes sobre la legalidad de este concurso, por lo que desaconsejaba a todos los colegiados que se presentaran. También se remitió escrito del asesor jurídico del COAMU, dirigido al alcalde en fecha 2 de enero de 2008, comunicando la inviabilidad de realizar en 15 días el proyecto objeto del concurso y solicitando la anulación del concurso.

El acusado Evaristo omitió dar respuesta a tales quejas; y ante esta falta de respuesta, el COAMU, a través de su vicedecano Adriano, presentó en 10 de enero de 2008 recurso de reposición, solicitando la suspensión del concurso. Este escrito tuvo fecha de entrada el 14 de enero de 2008, el mismo día de la valoración de proyectos y propuesta de adjudicación. Este escrito motivó un informe jurídico de fecha 23 de enero 2008 del asesor jurídico externo del Ayuntamiento Amador en el sentido contrario al dicho escrito por " *no mencionar el precepto legal vulnerado, exigencia normativa incumplida, o deficiencia de cualquier tipo existente*", informe que sirvió de fundamento a la resolución negativa del alcalde de 30 de enero de 2008.

Se formó también un jurado claramente parcial, a partir de la composición concretada en el pliego. Así, el alcalde Evaristo, en fecha 8 de enero de 2008, designó a Sonia (concejala de Cultura), Teodora (arquitecta contratada por el Ayuntamiento), Violeta (arquitecta técnica municipal) y Felix (jefe de Servicios Técnicos del Ayuntamiento). Y este jurado estaba presidido precisamente por el acusado Evaristo, en su calidad de alcalde.

El día 14 de enero de 2008 se reunió el jurado y otorgó el contrato al proyecto "Ciudad de Actividades" del acusado Fausto. El acta del jurado, redactada por la funcionaria Adelaida, no argumenta razón alguna por la que fue ganador este proyecto y no otro; sino que se determinó a partir de otorgar puntuaciones de 1 a 3 en los 8

criterios genéricos de selección de la base 11 del pliego. Así, no constan las votaciones individuales de cada miembro del jurado, ni se explicita una mínima justificación de la valoración en los distintos apartados contemplados en los pliegos, ni queda motivada la puntuación consignada en el acta que, en apariencia, es una mera puntuación global. Y ello a pesar de que en el pliego de condiciones se indicaba que la decisión debía ser razonada.

El día 15 de enero de 2008, el alcalde Evaristo anunció que el ganador había sido la propuesta "Coreografía de la Luz" de Fausto, cuando el proyecto que éste había presentado respondía al lema "Ciudad de Actividades". Aunque la secretaria municipal accidental Adelaida firma en fecha 17 de enero de 2008 la certificación correcta del fallo del jurado, la publicación en el BORM de 5 de marzo de 2008 contiene la designación errónea de la resolución de 15 de enero de 2008.

Conocido el fallo del jurado sobre el concurso de proyectos, comenzaron las quejas y recursos contra la adjudicación:

- el 24 de enero de 2008, el Colegio Oficial de arquitectos de Madrid, remitió escrito, dirigido directamente al alcalde, donde además de considerar muy exiguo el plazo de 15 días, se interesaba que se aclarase por qué tanto en la web del Ayuntamiento como en diversas publicaciones, existía información con relación a propuestas de este proyecto, incluso con carácter previo a la convocatoria del concurso de ideas.

- Jesús (uno de los tres arquitectos que concurrieron al concurso de ideas), mediante escrito de 30 de enero 2008 (entrada en el Ayuntamiento 11 de febrero de 2008) interpuso recurso previo al recurso contencioso- administrativo, poniendo de manifiesto la contestación infructuosa a su burofax de información sobre la ubicación de la parcela, las dificultades para obtener copia del acta del fallo del jurado, el hecho de que existían varias publicaciones (algunas datadas en noviembre y diciembre de 2006) donde se indicaba que el autor del proyecto del Auditorio sería el arquitecto Fausto y el escaso plazo de 15 días para la presentación del proyecto. Alegaba también que no se le había proporcionado las bases del concurso hasta el día 2 de enero de 2008, y hasta el día 4 no se le había proporcionado el lugar exacto de ubicación del proyecto.

- El COAMU remitió escrito de 13 de febrero de 2008, reiterando al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras el anterior de 23 de enero de 2008 y solicitando copia del acta del fallo del jurado y listado de participantes. Como tampoco fue contestado, el Colegio presentó nuevo escrito de 20 de febrero 2008. Finalmente, el concurso de proyectos fue objeto de recurso contencioso administrativo interpuesto por el COAMU, dando lugar a la *sentencia de fecha 30 de mayo de 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Murcia*, que consideró válido el concurso impugnado, aunque sin entrar a resolver sobre aquellos aspectos que no fueron objeto de la demanda y que se referían especialmente a todos los actos previos a la convocatoria del concurso de ideas.

En fecha de 14 de enero de 2008 se adjudicó el concurso de proyectos a Fausto y al día siguiente se inició un procedimiento negociado de Consultoría y Asistencia. El pliego de cláusulas administrativas fue firmado por el acusado Evaristo el 17 de enero de 2008, en el que se establecía el plazo de un mes para la redacción del proyecto Teatro Auditorio-Municipal. Se otorgaba también la dirección técnica de la obra, por importe de 335.484,93 euros (sin desglose de conceptos), directamente a

negociar con el adjudicatario del concurso de proyectos.

La invitación a Fausto -único posible participante- para participar en el concurso de consultoría se cursa por la concejal de Cultura Sonia el mismo día 17 de enero 2008 y es aceptada por el arquitecto el 21 de enero de 2008. El 29 de enero de 2008, el alcalde dicta resolución de adjudicación del contrato consultoría y asistencia para la redacción del Teatro-Auditorio.

El 7 de febrero de 2008 se firmó el contrato entre los acusados Evaristo y Fausto, asistidos por la acusada Adelaida en funciones de secretaria municipal accidental, y se aprobó en posterior Junta de Gobierno Local de 14 de febrero de 2008. Después, se designó como director de Obras al arquitecto Fausto, certificando la resolución la secretaria Adelaida.

SEGUNDO. Tanto en el "Anteproyecto" de junio de 2006, como en el "Proyecto Básico" de noviembre de 2006 y en el "Proyecto de Teatro-Auditorio" de febrero de 2007 se mantenía un presupuesto total de ejecución de 6.000.000€; y se refiere a una obra completa. En los tres proyectos el emplazamiento del Teatro Auditorio era una parcela de 10.363,00 m² en Ribera Sureste de la Rambla de Nogalte, si bien cambia la superficie construida de 4.500m², 4130m² y 5.821,02m², respectivamente.

El arquitecto Fausto presentó Proyecto de Ejecución, elaborado en enero/febrero de 2008, que respetaba el importe económico de 6 millones de euros, pero contenía más edificios. Se denominaba TEATRO AUDITORIO Y EDIFICIO POLIVALENTE, y se indica:

"DATOS GENERALES:

Superficie total de parcela 7.488'00 m².

Superficie construida Teatro 4.738'14 m².

Superficie construida Danza-Música 1.184'00 m²

Superficie construida Exposiciones 1.245'00 m².

Superficie construida Cafetería 165'00 m².

Superficie construida Aparcamientos 1.990'00 m².

Superficie construida total 9.322'64 m².

PRESUPUESTO:

Presupuesto Ejecución Material 4.345.489'04 €;

Presupuesto Contrata (i/IVA): 5.998.514'00 €;

TIPO DE OBRA: Se trata de una obra completa, cuyo fin último se alcanza una vez concluida la misma ."

En la Memoria del proyecto se partía de un PEM (Presupuesto de Ejecución

Material) correcto de 4.345.489,04€; pero en el Resumen del Presupuesto aparece el PEM como de 5.998.514€; (que alcanzaría un Precio Base de licitación de 8.280.348,72€; al añadirle GG, BI e IVA). En cualquier caso y en ese momento, esa contradicción era aparente, pues no hubo confusión alguna, como se acredita con las ofertas que presentaron los licitantes ECISA y Construcciones Villegas, y con el contrato administrativo suscrito por el Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras y la mercantil adjudicataria ECISA de 4 de abril de 2008, en el que se establece expresamente la garantía definitiva del 4% del precio del contrato, por un importe de 226.383,91€; esto es, calculado sobre el precio del contrato que quedó fijado por las partes en la cuantía de 5.659.597,96 Euros. Pero esa confusión aparente se trasladó posteriormente a las certificaciones de la ejecución de la obra.

A la vez, este proyecto no contenía capítulo de Seguridad y Salud y tampoco contenía estudio geotécnico. También había un error en la determinación del lugar del edificio del teatro, pues ocupaba parte de un vial de nueva construcción previsto en el Plan Parcial que se aprobaría definitivamente el 26 de mayo de 2008, junto con el PGOU. Si bien existían algunas deficiencias en este Plan General, ninguna de ellas se refería a este Plan Parcial.

Por el técnico municipal Felix, y pese a los flagrantes defectos, se emitió informe favorable de fecha 11 de febrero de 2008 de supervisión del proyecto, concluyendo que no existían anomalías.

No obstante, el proyecto de ejecución nunca fue visado por el Colegio de arquitectos y cuando fue presentado por el acusado Fausto en fecha tardía de 19 de diciembre de 2008, no obtuvo el visado del Colegio al detectarse los defectos reseñados anteriormente y otros. Tampoco el documento de subsanación de reparos presentado el 16 de enero de 2009 obtuvo el visado.

Se inició, a continuación, el expediente de licitación y contratación de la obra. El anuncio aprobado por el acusado Evaristo se tramitó de forma urgente, con un plazo de presentación de las ofertas de 13 días, *"por la adecuación de la ejecución de obras a los plazos del Decreto de la subvención" nº 349/2006.*" Dicho anuncio y comienzo del expediente, fue objeto de un informe favorable de fecha 11 de febrero de 2008 de la secretaria municipal y acusada Adelaida, en el afirmaba que no había obstáculo legal para que se aprobara el expediente y se acordara la convocatoria del concurso proyectado, afirmando la existencia de un replanteo previo que no existía. A continuación, Evaristo dictó providencia de alcaldía de 11 de febrero de 2008 iniciando, por procedimiento abierto, el expediente de contratación para la construcción del Teatro-Auditorio.

El 14 de febrero de 2008, el acusado Evaristo aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del concurso. A la oferta de licitación para la construcción del Teatro Auditorio publicada en el BORM el 21 de febrero de 2008 se presentaron, dos empresas constructoras: ECISA SA y CONSTRUCCIONES VILLEGAS SL.

En fecha de 24 de marzo de 2008 el técnico Municipal Felix, a solicitud de la Mesa de Contratación, realizó un informe de valoración de las propuestas: tras dar a las dos empresas la misma puntuación en todos los criterios, se decantó como mejor oferta por la presentada por ECISA por el menor precio de construcción (pues hacía un ajuste a la baja sobre el presupuesto total de -5,65%) y porque incluía como mejoras, el *"recálculo y optimización de la cimentación y la estructura de los edificios proyectados y de las instalaciones, asumiendo ECISA la Dirección Facultativa para el*

control de la ejecución tanto de la cimentación y estructura como de todas las instalaciones."

El mismo 24 de marzo de 2008, la Mesa de Contratación aprueba proponer al órgano de contratación la adjudicación a ECISA, S.A. Al día siguiente, la Junta de Gobierno Local (JGL) acordó por unanimidad *"declarar válida la licitación y adjudicar el contrato a la empresa ECISA, S. A."*. La empresa ECISA, S. A. presentó, una oferta de realización de las obras en 5.659.597,96 euros, lo que suponía una rebaja de 338.916,04€; (un 5,64%), un plazo de ejecución de 16 meses, una garantía de 2 años y mejoras "sin valorar". De esos 5.659.597,96€, la cantidad de 780.634,20 euros era por 16% IVA, de modo que el presupuesto de contrata era de 4.878.963,75 euros (4.099.969,54 euros de PEM, 532.996,04 euros por 13% como G.G. y 245.998,17 euros por 6% de beneficio industrial).

El día 4 de abril de 2008 el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, representado por su alcalde Evaristo, y la empresa ECISA, S.A., representada por el acusado Felicísimo (al ser uno de los múltiples apoderados de la empresa), firmaron el contrato de obra del Teatro Auditorio con las condiciones antedichas, aceptando el encargo de ejecutar la obra completa conforme al presupuesto licitado. El acusado Felicísimo no tuvo más participación en los hechos que se describirán.

Como el proyecto no contenía partida de Seguridad y Salud, se autorizó por Evaristo una doble contratación a la empresa METROCUADRADO OFICINA TÉCNICA SL, vía contrato menor, para realizar el Estudio de Seguridad y Salud:

- El día 9 de mayo de 2008 el alcalde autorizó contrato menor para la redacción del Estudio de Seguridad y Salud con METROCUADRADO OFICINA TÉCNICA SL por importe de 12.750€+IVA.

- El mismo día 9 de mayo de 2008, el alcalde autorizó contrato menor con METROCUADRADO OFICINA TÉCNICA SL por coordinación de Seguridad y Salud de la obra de ejecución del Teatro-Auditorio, con cargo a la subvención 20.648€; (17.800€+IVA), siendo coordinadores Camilo y Celso.

El 12 de mayo de 2008 se firmó el acta de replanteo previo, a la que asistieron David (en representación del Ayuntamiento), Diego (en representación de ECISA), Fausto (como director facultativo de la obra) y Camilo (como arquitecto técnico). Ninguno de los presentes hizo la menor objeción o salvedad en cuanto al proyecto o a la afectación de éste al planeamiento. Así que se inició la obra.

El error del PEM que existía en el Resumen de presupuesto se arrastra desde el primer momento, de tal manera que se mantiene una desviación del contrato del 38,04%. En las certificaciones nº 1 a 17 (de junio de 2008 a septiembre de 2009) se incluyen por dos veces los costes por Gastos Generales (GG) y Beneficio Industrial (BI) e incluso el IVA (16%). Por tanto, en el mes de septiembre de 2009, a 15 meses de iniciada la obra (de los 16 que debía durar la obra según contrato), no existía correlación entre la obra certificada como ejecutada y el dinero entregado.

Por la empresa ECISA, fue Horacio quien firmó las certificaciones 1 y 2. Posteriormente, las certificaciones 3 a 17 las firmó Íñigo.

También se confeccionó la certificación 1 bis de acopios (de julio de 2008) con la finalidad de justificar la primera anualidad de 3 millones correspondiente a 2006

hasta el 31 de marzo de 2008. Esta certificación tiene un importe por acopios de 2.254.068,68 euros, que representa un 39,82% del presupuesto total por contrata. Los acopios se garantizaron mediante avales ofrecidos por ECISA y conforme se iban empleando realmente los materiales pagados como acopiados, se iba descontando correctamente, sin que conste perjuicio económico alguno.

También había errores graves en la descripción de las partidas de las certificaciones. Por ejemplo:

- En la certificación nº 2 de julio de 2008 se certificó una losa de cimentación del teatro de 2.205,74m² y se cobró un importe de 225.273,23€; Sin embargo, nunca se hizo tal losa de cimentación al cambiarse por zapata aisladas en el proyecto modificado, supuestamente fechado en abril de 2009.

- En la partida 2.10 de la misma certificación se describe hormigón armado con encofrado trepante para el teatro, que se suprimió en el proyecto modificado de 2009. Sin embargo, se había certificado 314,78m² por importe de 84.781,29€;

- En la certificación nº 10 de febrero de 2009 se certifica el 100% del presupuesto de movimiento de tierras y cimentaciones; pero la certificación 18 reduce las cimentaciones.

En un momento en concreto de la ejecución de la obra, el arquitecto Fausto apreció que existía un error en su proyecto referido a la ubicación del edificio del teatro auditorio en relación con el planeamiento, ya que el edificio ocupaba terreno correspondiente a un vial de nueva construcción. Por otro lado, estuvo utilizando un estudio geotécnico realizado por la Fundación Josefina Alcaraz, que únicamente se refería al vértice superior de la parcela. Este estudio era insuficiente para construir con garantías todos los edificios planeados en el proyecto.

Con todos estos defectos referidos, el acusado Fausto sabía que existía inviabilidad técnica y económica en la ejecución del proyecto. Al comunicarlo al alcalde Evaristo, ambos, y la acusada Adelaida, convinieron la confección de un proyecto modificado que permitiera justificar ante la CA la inversión de la subvención e impedir el reintegro, aunque ello supusiera dejar la obra inacabada.

Así, el director técnico de las obras, el acusado Fausto, remitió escrito de fecha 6 de febrero de 2009 al Registro general del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, poniendo de manifiesto la supuesta necesidad de modificar el Proyecto de Ejecución de febrero de 2008. Esta carta iba también firmada por Íñigo (jefe de obra de la empresa ECISA) por delegación de su superior Diego. Como justificación se describía, sin ser cierta, la necesidad que se vislumbró en el acta de replanteo de retranquear 9 metros al interior el edificio del teatro auditorio. Decía textualmente este documento: *"En el acto de la firma del Acta del Replanteo se constata que, debido a la existencia de un vial de próxima construcción, por reparcelación, se debe retranquear el edificio denominado "Teatro" aproximadamente unos nueve metros hacia el interior de la parcela y reubicar el resto del complejo. Esto produce que se deban modificar las dimensiones de los edificios, con un nuevo recálculo de la estructura y un nuevo ajuste en las distribuciones, por lo que el Teatro-Auditorio ha permanecido paralizado por estos motivos hasta enero de 2009."* Pero dicha necesidad nunca había sido observada en el momento en que se realizó el acta de replanteo.

En abril de 2009 el arquitecto Fausto redactó el PROYECTO MODIFICADO DE

TEATRO-AUDITORIO Y EDIFICIO POLIVALENTE (pabellones de danza-música, exposiciones-congresos y sótano para aparcamientos), siendo promotor el Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras. La excusa alegada era, según la Memoria: *"El presente Modificado de Proyecto Básico y de Ejecución desarrolla la documentación para el necesario ajuste de las características arquitectónicas del nuevo TEATRO - AUDITORIO y Edificio polivalente de Puerto Lumbreras debidas a los cambios originados en los límites y la superficie de la parcela original como consecuencia de la modificación en el Plan General Municipal de Ordenación de la anchura de uno de los viales que la delimitan.... Se trata de una obra completa, cuyo fin último se alcanza una vez concluida la misma."*

No obstante, el PGOU se había aprobado definitivamente el 26 de mayo de 2008, a falta de subsanar ciertos reparos que, en ningún caso, afectaban al Plan Parcial de la parcela donde se ubicaba el auditorio y otros edificios. Y el vial de nueva construcción ya venía definido con la misma anchura.

Desde la certificación 18, de octubre de 2009, en adelante, las obras se adecuaron a este proyecto modificado, a pesar de que no fue aprobado hasta la JGL del 17 de septiembre de 2010, presidida por el alcalde y estando de secretaria municipal accidental la acusada Adelaida.

No ha quedado probado quién firmó esta certificación 18, a pesar de que consta el nombre de jefe de obra Íñigo.

El proyecto modificado:

- mantiene prácticamente las mismas superficies construidas que el proyecto de febrero de 2008 (64,07 m² menos frente al proyecto originario) y se mantiene el precio original, pero se reduce la cantidad de obra a ejecutar y se deja la obra incompleta: faltaba un edificio y el del teatro auditorio está por finalizar;

- se ejecutó antes de su aprobación y una vez realizada ésta, nunca se realizó obra alguna, pues la obra estaba suspendida desde abril de 2010, fecha de la certificación nº 24.

- estableció un plazo de 22 meses en ejecución de la obra, cuando previamente se había incumplido el de 16 meses del proyecto original (que finalizaba en septiembre de 2009), sin que exista explicación alguna al respecto.

- no se modificó el contrato de obras suscrito con ECISA, en el que la constructora se obligaba a realizar la obra completa. La secretaria municipal accidental Adelaida emitió informe de 13 de marzo de 2012 mencionado que este contrato inicial fue modificado tras el acuerdo de 17 de septiembre de 2010, sin ser cierto.

- se incluía la partida de Seguridad y Salud que había sido objeto de contrato menor independiente.

- se ajustó el 100% del presupuesto entregado a una obra no terminada.

La certificación nº 18 de octubre de 2009:

- tenía una discordancia en la fecha, pues constan dos de 9 y 10 de octubre de 2009.

- certifica una partida totalmente novedosa de Seguridad y Salud por importe de 169.963,27 euros, que fue objeto de contratación separada con la empresa "Metro Cuadrado".

- certifica partidas del proyecto de obras complementarias de septiembre de 2009 redactado por el acusado Fausto, como son el desvío de línea de baja tensión de la parcela (por importe de 62.264,71 euros), obra civil acometida de media tensión (por importe de 21.833 euros), canalización de telecomunicaciones (por importe de 39.242,15 euros) y la red de drenaje lineal de parcela (por importe de 49.078,61 euros).

Dado que el modificado afectaba a más de un 10% de los precios originales (a la vista de la desviación del 38.04%, de la inclusión de partidas no previstas, de los errores de retranqueo y del estudio geotécnico defectuoso y de la eliminación de uno de los edificios) nunca debió ejecutarse sin haber sido aprobado previamente por el Ayuntamiento.

El proyecto modificado de abril de 2009 se remitió por el acusado Evaristo a la Dirección General de Cultura el 29 de octubre de 2010.

El 20 de septiembre de 2011 se firmó el acta de recepción de la obra conforme al proyecto modificado. Así, el Ayuntamiento podía acreditar ante la CA el destino de la subvención recibida, sin verse sometido a la exigencia de su reintegro. Y el arquitecto se podía liberar de su responsabilidad en los defectos flagrantes cometidos en la redacción del proyecto de 2008.

El acta de recepción lleva el siguiente encabezamiento: *"Teatro-Auditorio y Edificio Polivalente (Pabellones de Danza-Música, Exposiciones-Congresos, Bar-Cafetería y Sótano para Aparcamientos)"*, pero ello no respondía a la realidad, pues ni existía el bar Cafetería, ni se recibió el Teatro-Auditorio objeto de la subvención. Y se añade: *"por la representación del constructor se hace formal entrega de la obra, identificada en el encabezamiento, con todas sus instalaciones y elementos que le son propios"*.

A continuación, se indica: *"el promotor declara recibir la obra terminada y en buen estado y de conformidad a las prescripciones previstas, dándose comienzo al plazo de garantía"*.

Pero en el libro de incidencias presentado por coordinador de Seguridad y Salud Camilo se indica: *"Finalizada la obra objeto del contrato y entregada mediante acta de recepción oficial, a su promotor el Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras con fecha 20 de septiembre de 2011 se da por concluidas las tareas de coordinación dejando la obra del auditorio incompleta según proyecto modificado aprobado en pleno municipal, pasando a ser responsabilidad del Ayuntamiento su mantenimiento."*

Los dos edificios relativos al edificio de Congresos y Pabellón de Danza fueron ocupados parcialmente por el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras según consta en acta de 19 de mayo de 2011 firmada por el acusado Evaristo.

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 indicaba 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.

Con dicha certificación, se vino a recoger el importe de obras complementarias de septiembre de 2009 que ya se había certificado en buena parte en la certificación nº 18, a sabiendas de que dichas obras no estaban aprobadas por órgano municipal alguno. Con ello se justificaba la totalidad de la subvención y ECISA, S.A. recibía más de su oferta de licitación.

Efectivamente, en septiembre de 2009 el arquitecto Fausto realiza un Proyecto de Obras Complementarias, sin que existiera expediente alguno en el Ayuntamiento. El acusado Evaristo remitió en fecha 1 de junio de 2010 dicho proyecto de obras complementarias al consejero de Cultura, indicando: *"De conformidad con las conversaciones mantenidas recientemente, me complace adjuntarte el Proyecto de Obras Complementarias, elaborado por D. Fausto. Todo ello, para tu conocimiento y efectos oportunos, a fin de ultimar esta actuación"*. Este proyecto, de 338.916,04 euros, coincide con la rebaja que ECISA había efectuado en su oferta de licitación. Así, con este proyecto y con la certificación nº 25, el acusado Evaristo pudo justificar el gasto total de la subvención y abonar a ECISA la rebaja que había obtenido.

De esta manera, ECISA percibió el importe de 24 certificaciones, que asciende a 5.659.597,96€; , que responde a la cuantía contratada. Con la certificación nº 25 de 338.916,04€; , ECISA cobró el importe de la subvención.

Existe un expediente de liquidación final de la obra iniciado en el año 2016, que no ha finalizado. A ECISA, S.A todavía no se le ha devuelto la garantía definitiva del 4% de su presupuesto que se le exigió a la firma del contrato de obras.

En escrito de 12 de noviembre de 2010 del secretario municipal Claudio, 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.

La mercantil INCOSA fue contratada por la CARM para hacer un seguimiento de los plazos y de la obra certificada. Si bien esta mercantil fue informado a los órganos autonómicos sobre el estado de las obras, únicamente se documentaba lo que decían los responsables de la ejecución de la obra; e INCOSA nunca dispuso del proyecto modificado para poder controlar la verdadera ejecución de la obra.

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.

Por último, el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras había obtenido otra

subvención de la CA (en virtud del Decreto 640/2008) por importe de 1.400.000 euros para la adquisición del terreno y construcción de un "Centro de Arte Joven". A la vista de los acontecimientos anteriormente descritos, se intentó aplicar esta subvención para finalizar el Teatro Auditorio, ya que en el Decreto 284/2011, de 14 de octubre se modificó el objeto de la subvención, a fin de que el "Centro de Arte Joven" pudiera ubicarse en las dependencias del Teatro Auditorio de Puerto Lumbreras.

TERCERO. La causa ha estado paralizada en esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia desde el 28 de septiembre de 2020 (en que se recibió por segunda vez tras la subsanación previa de defectos que presentaba el procedimiento) al 15 de noviembre de 2021, cuando se dictó providencia de nuevo nombramiento de magistrada ponente por jubilación anticipada del inicialmente designado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.CUESTIONES PREVIAS.

1.- Alegaciones referidas a la cosa juzgada y prescripción del delito de prevaricación.

La defensa del acusado Evaristo ha planteado varias cuestiones previas, a las que se han adherido el resto de las defensas. En primer lugar, ha alegado la cosa juzgada de los hechos relativos al concurso de ideas y a la adjudicación del contrato. Así, ha relatado que éste fue precisamente el objeto del procedimiento ordinario tramitado en el *Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Murcia, en el que se dictó sentencia de fecha 30 de mayo de 2012*, que desestimó la demanda interpuesta por el Colegio Oficial de arquitectos de Murcia. Se narra que cuando se interpuso la querrela por parte del Ministerio Fiscal, en el año 2015, ya habían transcurrido tres años desde que se había dictado esta resolución judicial, que además era firme. Esta sentencia tuvo por objeto declarar la legalidad del acto administrativo consistente en el acuerdo del alcalde de 8 de febrero de 2008 anunciando la licitación de las obras y la decisión del jurado de adjudicar dicho concurso al arquitecto Fausto. Y añade el letrado que, a partir de aquí, el tribunal penal no puede apartarse del criterio judicial expuesto por el juzgado contencioso-administrativo. Reconoce el letrado alegante que la jurisdicción penal puede resolver cuestiones de otra índole distinta, a partir del *art. 10 de LOPJ*, pero siempre que no se hayan decidido con anterioridad en la jurisdicción propia. Pero si ello ya ha ocurrido, como es el caso, entonces el juez penal debe seguir y está vinculado por el criterio mantenido en esa jurisdicción. En apoyo de tales pretensiones, se invocan las *sentencias del TC nº 30, 50 o 101 de 1996 o la Sentencia del TS de 2 de junio de 2015, recurso 2057/2014* (todas ellas puestas de manifiesto en el informe pericial de Eva María).

El letrado de la acusada Adelaida añadió que el juez penal debe iniciar el análisis desde la declaración de legalidad expresada en la sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo. Todos los trámites impugnados y declarados conforme a derecho por la sentencia de esa jurisdicción no pueden servir de apoyo para una posible responsabilidad penal.

Y añade el letrado del acusado Evaristo que, si se estimara esta cuestión previa, únicamente quedaría por examinar un simple delito de prevaricación, que estaría prescrito. Ello es así porque el proyecto básico del teatro Auditorio es de junio de 2006, la querrela no se interpuso hasta el 2 de febrero de 2015 y el TSJ de Murcia

no dictó auto de asunción de la competencia hasta el 20 de febrero de 2017, (tras recibir la exposición razonada remitida por la juez de Lorca en el mes de diciembre de 2016); y ésta es la primera resolución judicial que interrumpiría la prescripción. Con anterioridad, únicamente el TSJ había dictado auto de inadmisión de querrela el 2 de marzo de 2015, remitiendo la presentación de la querrela ante los juzgados de Lorca. Este órgano judicial dicta auto de incoación el 22 de febrero de 2015, pero no para el acusado Evaristo, porque no era posible su investigación al estar aforado. Al haber transcurrido 11 años entre ambos momentos (presentación del proyecto básico para la obtención de la subvención y auto de asunción de la competencia) el posible delito de prevaricación, referido a los posibles encargos verbales y contratación directa efectuada por el acusado Evaristo al acusado Fausto estaría prescrita, a tenor de los *arts. 131 y 404 del C.P.* aplicables en el momento de la comisión de los hechos. Y únicamente sería objeto del juicio el tercer acto administrativo, que se refiere al proyecto modificado y que ha sido calificado como fraude a la Administración, en concurso con un delito de prevaricación.

Descrita la cuestión previa, se inicia su análisis reproduciendo su apoyo jurisprudencial en la *STC 30/1996*, ya citada, *"no todos los supuestos de eventuales contradicciones entre resoluciones judiciales emanadas de órdenes jurisdiccionales distintos, carecen de relevancia constitucional, pues ya desde la STC 77/1983, tuvimos ocasión de sostener que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, lo que sucede cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas, sino que reside precisamente en que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 C.E. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la C.E. (STC 62/1984 158/1985). Así pues, resulta también constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra, para evitar que aquel efecto, indeseado desde la perspectiva constitucional, llegue a producirse (STC 158/1985).*

De esta forma, cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 C.E."

En primer lugar, cabe indicar que no cabe una interpretación literal de la doctrina constitucional expuesta. Más cuando el propio TC la ha matizado. Así lo indica la *STS de 3 de junio de 2014*, citada por la catedrática Sra. Eva María: *" El Tribunal Constitucional no puede ser utilizado para defender una posición contraria a la que se*

ha dejado expresada ya que si bien, en un principio y respecto al delito de intrusismo, varias sentencias se pronunciaron por el efecto devolutivo, sin embargo, como se señala en la Sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio, esa doctrina se establece en los supuestos específicos planteados en condenas por esa figura delictiva, doctrina que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado en supuestos ajenos a esa figura delictiva. Así sucede, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 278/2000, de 27 de noviembre, que desestima el recurso de amparo interpuesto contra una condena por delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil, de la que dependía la concurrencia de un elemento básico del tipo delictivo de estafa. En esta sentencia se declara que "en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente". Y concluye esta Sentencia del Tribunal Constitucional afirmando que cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española."

En segundo lugar, un examen detallado de la cuestión nos lleva a la conclusión de que no nos hallamos ante un supuesto de cosa juzgada. La STS de fecha 29 de noviembre de 2017 describe: "En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94, 20.6.97, 8.4.98) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Y la STS. 338/2015 de 2 de junio indica que "el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribiera, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento."

En el presente caso, debemos concretar el análisis a la cosa juzgada material, tanto en el aspecto positivo como el negativo. En este último es en el que se fijan las defensas, al indicar que ya ha existido un procedimiento sobre el mismo objeto que el presente, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y la sentencia que

se dictó tiene efecto preclusivo y no cabe que el tribunal penal se pronuncie nuevamente sobre ese objeto. Ante esta argumentación, cabe recordar que el efecto negativo de la cosa juzgada material requiere identidad de sujetos, objeto y fundamento (*STS de 24 abril 2000*); y es aquí donde se infiere la diferencia entre esta causa penal y lo analizado en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- los acusados no fueron parte en el procedimiento contencioso administrativo;

- el objeto de este juicio penal es más amplio: no se refiere exclusivamente al concurso de ideas y al acuerdo de adjudicación al acusado Fausto, sino a los actos preparatorios previos: el anteproyecto de 2006, el proyecto de 2006 y el proyecto de ejecución de 2007, junto con las comunicaciones que hubo desde el Ayuntamiento con la Consejería autonómica para la obtención de la subvención.

- el fundamento o causa básica de este proceso penal es determinar si ese concurso de ideas se efectuó precisamente para enmascarar previos actos ilegales. La convocatoria del concurso de ideas y su decisión no sería más que la culminación de una actuación compleja, amparada en el fraude de ley.

Finalmente, en el ámbito de la cosa juzgada material y su efecto positivo, debe recordarse que las *SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre* , y *608/2012, de 20 de junio* , se han encargado de subrayar que *"a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim , con los límites del art. 10.1 LOPJ)* . La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «non bis in idem» y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el *art. 24.2 CE* ."

Procede, por tanto, desestimar esta cuestión previa referida a la cosa juzgada de tal manera que el examen del delito de prevaricación se referirá al delito continuado, cuya prescripción es superior a la del delito simple, concretada en 10 años. De todas maneras, no resulta ocioso recordar que cuando la juez de Lorca dictó el auto de 22 de junio de 2015, decidió ponerlo en conocimiento del acusado Evaristo e invitarle a declarar. Y consta en el folio 530 del tomo I la personación de este acusado y la recepción de la querrela en fecha de 15 de julio de 2015. Es éste el acto procesal que interrumpe la prescripción.

2.- Alegación referida a la atipicidad del delito de fraude a la Administración para los particulares.

La defensa del acusado Fausto, tras adherirse a la alegación de cosa juzgada

descrita, también ha alegado que el delito de fraude del *art. 436 del C.P.* sería atípico para los particulares, a tenor de la redacción del tipo contenido en el momento en que se produjeron los hechos.

El *art. 436 del C.P.*, con anterioridad a la reforma del C.P. producida por la LO 5/2010, decía textualmente: *"La Autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años"*.

Y tras dicha reforma, el precepto indica: *"artículo 436: " La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años."*

Efectivamente, hubo discusión en su momento sobre la posibilidad de que un particular pudiera participar en este ilícito penal por actos ilícitos cometidos antes de la reforma de 2010. Y, finalmente, las *SsTS nº 199/2012 de 15 de marzo*, *nº 1051/2013, de 28 de septiembre*, *nº 166/2014 de 28 de febrero*, *nº 508/2015 de 27 de julio*, *nº 63/2017 de 8 de febrero* dieron una respuesta positiva. Recoge la doctrina la *STS de 8 de febrero de 2017*: *"La participación en los delitos especiales propios ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala. El Código penal contiene una específica previsión normativa, art. 65.3 del Código penal, que establece, con carácter general, la posibilidad de punir, como inductores o como cooperadores necesarios, a los particulares que participen, en el concepto indicado, en los delitos especiales propios, como es el caso al tiempo de la comisión de los hechos previendo la posibilidad de reducir la penalidad como lo había hecho la jurisprudencia de esta Sala a partir de la Sentencia del caso de la construcción de Burgos (STS 18.01.1994) disponiendo una atenuación análoga significativa por la no condición de funcionario público, es decir del título especial del autor que no concurre en el extraneus. La modificación del precepto en la reforma de 2010 posibilitó y aclaró las dudas que pudieran existir al respecto, ya solucionadas por la interpretación jurisprudencial del tipo penal, por otra parte lógica, toda vez que el concierto al que se refiere el tipo penal se refiere a personas afectadas por la específica relación de sujeción y a personas ajenas a esa relación para perjudicar los intereses de la administración y aunque los primeros infringen un deber, los segundos colaboran en la conducta penando la ley y, antes la jurisprudencia, la posibilidad de una atenuación. La STS 185/2016 de 4 de marzo de 2016 en un supuesto similar al presente declaró la condición de extraneus, de los no funcionarios, en el delito de fraude a la administración."*

La cuestión, por tanto, debe ser desestimada, desde el momento en que las partes acusadoras formulan acusación contra Fausto como cooperador necesario.

3.- Prescripción del delito de fraude a la Administración del *art. 436 del C.P.* .

La defensa del acusado Fausto también ha alegado que el ilícito penal referido al modificado del proyecto estaría prescrito, ya que se realizó en el mes de abril de 2009 y la causa se incoó en el año 2015, lo cual significa que ha transcurrido el plazo de prescripción de 5 años previsto en el *art. 131 del C.P.* para este delito, de acuerdo con su pena en abstracto.

La cuestión no puede acogerse desde el momento en que el plazo de prescripción a tener en cuenta es el del delito más grave, en este caso el de prevaricación. Así se estableció ya en el acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del *TS*, en su reunión de 26 de octubre 2010, y que posteriormente se introdujo en el *CP* a partir de la reforma de la *LO 5/2010* .

También se ha referido a la prescripción del delito del *art. 308 del C.P.* , fraude de subvenciones, en el mismo sentido. Este apartado no requiere mayor análisis desde el momento en que las partes acusadoras han retirado la acusación por este ilícito penal.

4.- Alegaciones referidas a la mercantil ECISA, como responsable civil subsidiaria.

La defensa de la mercantil alega que la sociedad debe desaparecer del procedimiento, por cuanto no se encuentra en el auto de transformación del procedimiento abreviado (aunque por error el abogado se refirió al auto de apertura de juicio oral), y la primera vez que aparece es en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Así, el fiscal entiende que, al solicitar la nulidad del proyecto modificado, reaparecería el contrato original de 4 de abril de 2008; y en el marco de su ejecución, ECISA podría ser condenada a pagar más de 2 millones de euros, que es lo que se entiende que costaría terminar la obra del Teatro-Auditorio. El abogado, por el contrario, entiende que la acción de nulidad debería ejercitarse contra el Ayuntamiento, no contra la sociedad ECISA.

Dice la *STS 7180/2003, de 14 de noviembre* : *"A diferencia del imputado, que debe haber sido tenido como tal en la fase de instrucción con carácter previo a la formulación de la acusación contra el mismo, la ley no establece como requisito para el ejercicio de la acción civil que, previamente a la presentación del escrito de conclusiones provisionales, haya existido una declaración formal de responsabilidad civil subsidiaria que tenga la naturaleza de condición de procedibilidad civil, (STS nº 2162/2001, de 14 noviembre y STS nº 136/2001, de 31 enero). Por lo tanto, la adopción de medidas asegurativas de tal clase de responsabilidades en la fase de instrucción, que se contemplan en el artículo 615 para el procedimiento ordinario y en el artículo 785.8ª.b) para el abreviado, (artículo 764 en la redacción actualmente vigente), no es un requisito previo para la posibilidad de traer al proceso a aquellos contra quienes las acusaciones se dirijan en el citado concepto. La expresión de las pretensiones de las acusaciones en orden a la responsabilidad civil directa o subsidiaria deberá realizarse con carácter provisional en el escrito de conclusiones provisionales conforme a los artículos 650 y 791.5 (artículo 781 en la redacción vigente), de la LECrim , sin que sea necesario hacerlo con anterioridad a ese momento procesal.*

Una vez que la acusación solicita la apertura del juicio oral y dirige la acción civil contra aquél a quien considera responsable civil subsidiario, el Juez de instrucción

debe resolver expresamente sobre tal pretensión al dictar el auto correspondiente, pues así lo exige el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, adoptando en su caso las medidas oportunas (artículo 790.6 LECrim), pues es en ese momento cuando se procede a concretar la constitución de la relación procesal."

A propósito de lo anterior, la *STC 123/1989 de 6 de julio* recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a que la sentencia no pueda contener ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado al proceso. Si existe un contrato que obliga a varias personas, todas ellas deben ser traídas al proceso. Y en ese ámbito procesal, se puede ejercitar la acción penal/civil, de forma conjunta o únicamente la civil; y a los partícipes en el contrato se les puede exigir responsabilidad penal/civil o únicamente civil. Además de ser necesario llamar a todas las personas a las que la acción de nulidad ejercitada pueda afectar.

Y en el presente caso, fue efectivamente en los escritos de acusación cuando se llamó a ECISA, SA como posible responsable civil subsidiario, y así se recogió en el auto de apertura de juicio oral.

La exigencia de la responsabilidad civil se circunscribe a que al representante de la empresa se concertó con los acusados Evaristo y Fausto para hacer un proyecto modificado que permitiera dar por finalizada la obra, a pesar de que no era así. Dado que el motivo de exclusión alegado está íntimamente relacionado con la probanza de los hechos punibles que son objeto del juicio, es imposible excluir a la sociedad al inicio de las sesiones.

5.- Únicamente a efectos de constancia, cabe indicar que el Ministerio Fiscal retiró en fase de cuestiones previas el delito b), que se refería al fraude de subvenciones del *art. 308 del C.P* , a partir de la interpretación de la *STS núm. 1002/2021, de 17 de diciembre* , pues en el momento de los hechos, el delito quedaba limitado a las actividades privadas y no a la concesión de la subvención a una persona jurídica pública, como es el caso. A tal posición se adhirió la acusación popular unificada.

SEGUNDO. Hechos relativos a la contratación del arquitecto Fausto, calificados por las acusaciones como un delito continuado de prevaricación del *art. 404 y 74 del C.P* .

Se relata en los escritos de acusación que el acusado Evaristo, alcalde de Puerto Lumbreras en el año 2005, quería obtener una subvención directa que otorgaba la Comunidad Autónoma a fin de construir un teatro auditorio. Sin que existiera expediente abierto para solicitar tal subvención ni para contratar al técnico que realizara el proyecto, se narra que se convino y contrató verbalmente con el acusado Fausto para que realizara los primeros proyectos. Así, este arquitecto confeccionó un anteproyecto de junio de 2006, un proyecto básico de noviembre de 2006 y un proyecto de definición general del teatro auditorio de febrero de 2007. Los dos primeros documentos sirvieron de base para la solicitud de la subvención y el tercero desarrollaba de forma más detallada los dos trabajos anteriores.

Cuando la Dirección general de Cultura remitió carta al alcalde informándole de que la CARM tenía intención de conceder la subvención de forma directa, y le instaba a acompañar cierta documentación (un proyecto de ejecución de la obra firmado por técnico competente, acreditación de la titularidad del inmueble o parcela donde se

invertirá la subvención, entre otras cosas); el alcalde Evaristo remitió carta de 18 de diciembre de 2006, mostrando conformidad a la concesión de la subvención y acompañando dicha documentación.

Y es con posterioridad, en la Junta de Gobierno Local (JGL) de 26 de diciembre de 2006, cuando se aprueba prestar conformidad a la subvención y aprobar el proyecto básico del Teatro-Auditorio realizado por el arquitecto Fausto.

La subvención se obtiene en virtud del Decreto nº 349/2006 del Consejo de Gobierno de la CARM de 22 de noviembre de 2006, y el 29 de diciembre de 2006 el consejero de Educación y Cultura aprobó la subvención y concesión directa al Ayuntamiento (mediante pago de 3 millones de euros en la anualidad de 2006, a justificar antes del 31 de octubre de 2007; y otros 3 millones de euros en la anualidad de 2007, a justificar antes de 31 de octubre de 2008). Al no existir expediente alguno de contratación del director de la obra, ni tampoco de la construcción, el 2 de julio de 2007 el alcalde Evaristo dirigió un escrito a la Dirección general de Cultura, acompañando informe del acusado Fausto, solicitando la ampliación del plazo para justificar la subvención; y tal moratoria fue concedida por Decreto 331/2007, de 26 de octubre, del Consejo de Gobierno de la CARM, pues se permitía acreditar la justificación de la subvención entera hasta el 30 de abril de 2009.

Una vez realizados tales actos, fue cuando el alcalde dictó resolución de fecha 18 de diciembre de 2007 en la que aprueba la convocatoria y pliego de cláusulas que debían regir el concurso de proyectos, que fue publicado en el BORM el 26 de diciembre de 2007. El concurso fue adjudicado al acusado Fausto tras deliberación del jurado el 14 de enero de 2008. También se aprobó el pliego de cláusulas administrativas y se dio al ganador el plazo de un mes para la redacción del proyecto básico y de ejecución de obra. También se aprobó el correspondiente procedimiento negociado sin publicidad de consultoría y asistencia de tal manera que el importe total a pagar al arquitecto era de 335.484,93 euros (a pagar en cuatro anualidades).

Los indicios incriminatorios sobre los que se basa la acusación son los siguientes:

La misma realización por parte del acusado Fausto de varios trabajos previos sobre la construcción del teatro auditorio ("Anteproyecto de Teatro Auditorio" de junio de 2006, "Proyecto básico de Teatro Auditorio" de noviembre de 2006" y el "Proyecto de febrero de 2007"); sabiendo que dicho encargo se realizaba fuera de los cauces administrativos de contratación correcta. Y es obvio que la redacción de tales trabajos ya otorgaba un derecho de crédito a favor del arquitecto.

Ninguno de tales proyectos tuvo registro de entrada en el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, ni estaba visado por el Colegio de arquitectos.

La presentación del proyecto de 2006 a los Entes autonómicos para conseguir la subvención de 6 millones de euros, acordada por el Decreto del Consejo de Gobierno nº 349/2006.

Los proyectos indicados recaían sobre la parcela en la Rambla de Nogalte, que no era de propiedad municipal. El concurso ubicaba el proyecto en otra parcela distinta, la URSR-11, sobre la que tampoco tenía disponibilidad el Ayuntamiento.

La Junta de Gobierno Local de Puerto Lumbreras de 26 de diciembre de 2006

acordó prestar la conformidad del Ayuntamiento a la subvención y aprobar el proyecto básico del teatro Auditorio realizado por el acusado Fausto; a pesar de que dicho documento no tiene fecha de registro de entrada, ni tampoco visado, ni existe informe jurídico y técnico a favor de dicho proyecto para su aprobación.

La convocatoria del concurso de ideas y dirección técnica únicamente pretendió dar ropaje de legalidad a los actos de contratación directa anteriormente descritos y justificar el pago de los trabajos ya realizados. Y ello porque el plazo de 15 días naturales (de los cuales 6 eran inhábiles) era exiguo, la composición del jurado era parcial al haber sido designado por el alcalde; hubo incumplimiento en el anonimato de las propuestas y los 8 criterios a valorar eran indeterminados.

El concurso de ideas debió publicarse en el DOCE, a la vista de su cuantía.

En el concurso no se fijó un precio cierto para el ganador, cuyo premio era el contrato de asistencia técnica para la redacción del proyecto básico y de ejecución y la dirección técnica de las obras. Posteriormente, dichos honorarios fueron valorados en 335.484,93 euros; que, si se hubiera establecido inicialmente, el procedimiento hubiera sido otro por obligación de publicar el negociado en el DOCE y hacerlo con publicidad.

Quejas del arquitecto Jesús.

Quejas del Colegio de arquitectos de Murcia.

Quejas del Colegio de arquitectos de Madrid.

· El alcalde, hoy acusado Evaristo, anunció el 15 de enero de 2008 que el proyecto ganador fue "Coreografía de la Luz" de Fausto, (y así se publicó en el BORM de 5 de marzo de 2008) cuando el proyecto que éste había presentado se titulaba "Ciudad de Actividades".

Imputado un delito continuado de prevaricación, señala la doctrina jurisprudencial (*Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002 , entre otras*) *"el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona..."*.

Extensamente, dice la *STS de 23 de octubre de 2019 : "Esta Sala ha declarado -y lo recordábamos incluso en la STS 841/2013, de 18 de noviembre , que el recurrente expresa como contemplativa de los mismos hechos que aquí se enjuician- que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, garantizándose el debido respeto, en el ámbito de la función pública, del 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 intervención mínima del ordenamiento penal.*

Hemos indicado también que la acción en este delito consistente en dictar una resolución injusta en un asunto administrativo, lo que implica su contradicción con el derecho, que puede manifestarse bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder. En todo caso, como indicábamos en STS de 11 de marzo de 2015, el delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir a actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo injusto por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia.

Al respecto, como elemento diferenciador entre ilegalidad administrativa y penal (arbitrariedad), se ha estimado en algunas resoluciones que desde el punto de vista objetivo el acento debe establecerse en la "patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho; y en otras resoluciones se ha resaltado como elemento decisivo el ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad" (STS. de 16 de octubre de 2009).

Por último, desde la consideración de los elementos subjetivos del tipo, nuestra doctrina destaca que la resolución contradictoria con el derecho debe emitirse a sabiendas de su injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión (SSTs 443/08, de 1 de julio o 1021/13, de 26 de noviembre , entre otras."

Y, finalmente, según indica la STS nº 627/2006 (recordada en la STS nº 359/2019, de 15 de julio), "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 tanto 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."

Y la STS 82/2017, de 13 de febrero , entre otras, recuerdan que " la resolución puede ser verbal o simplemente no existir al poderse cometer el delito por omisión."

Dicho lo anterior, al acusado Evaristo se le exige responsabilidad penal en su condición de alcalde y máxima Autoridad de la localidad de Puerto Lumbreras. Y se le imputa haber dictado varias resoluciones arbitrarias:

- La contratación irregular y verbal del arquitecto Fausto para la redacción de unos proyectos que no tuvieron registro de entrada en el registro del Ayuntamiento.

- La carta de 16 de junio de 2006 del alcalde al director general de Cultura, Santos, acompañando la memoria explicativa redactada por Fausto (anteproyecto de junio de 2006) y explicando la conveniencia y necesidad de construir un teatro auditorio.

- La carta del alcalde al consejero de Cultura el 18 de diciembre de 2006 mostrando conformidad al otorgamiento de dicha subvención.

- La convocatoria de la Junta de Gobierno Local de 26 de diciembre de 2006 para prestar conformidad a la subvención y aprobar el proyecto básico del teatro auditorio de noviembre de 2006, realizado por el arquitecto Fausto.

- El escrito de 14 de diciembre de 2007 solicitando el libramiento de la anualidad de 2007; atendiendo *"al ritmo de la ejecución de las obras previstas"*.

- La resolución de la Alcaldía de 17 de diciembre de 2007 para aprobar el pliego de bases generales del concurso de proyectos, estableciendo un plazo de 15 días naturales para la presentación de proyectos.

- El acuerdo de 8 de enero de 2008 de la designación de los miembros del jurado.

- La resolución de fecha 30 de enero de 2008 desestimatoria del recurso de reposición presentada por el Colegio de Arquitectos de Murcia.

- La resolución de 15 de enero de 2008 de anuncio del ganador del concurso (publicada en el BORM el 5 de marzo de 2008).

- La firma del pliego de cláusulas particulares el 15 de enero de 2008 e inicio de procedimiento negociado de asistencia y consultoría, con un precio de 335.484,93 euros.

- La resolución de Alcaldía de 29 de enero de 2008 de adjudicación del contrato de consultoría sin publicidad al acusado Fausto.

- La firma del contrato el 7 de enero de 2008 (que se aprobó en la Junta de Gobierno Local de 14 de febrero de 2008) y la resolución de la Alcaldía designando director de la obra al arquitecto acusado.

Se exige responsabilidad penal a Fausto, como cooperador necesario en el delito continuado de prevaricación, por prestarse a aceptar los encargos verbales sin tramitación del expediente correspondiente, por prestarse a participar en un concurso fraudulento y de regularización de sus honorarios.

Y se exige responsabilidad penal a la acusada Adelaida, en concepto de cooperadora necesaria tanto por acción del *art. 28b como en comisión por omisión del art. 11a CP*, en lo referente a su actuación en la JGL de 26 de diciembre de 2006 (solicitud de subvención con proyecto de particular no contratado sin formular reparo ni advertencia de ilegalidad), en el expediente de concurso de proyectos, donde facilitó la tramitación del expediente al silenciar flagrantes incumplimientos y emitió los informes de 17 de diciembre de 2006, 17 de enero de 2007, 10 de enero de 2008, 12 de enero de 2008 y 11 de febrero de 2008 y acta de 14 de enero de 2008. No reparó que el expediente de aprobación del proyecto se hallaba incompleto y debió excluirlo

del orden del día a fin de realizar un informe contrario a su aprobación para conocimiento del resto de concejales. Se insiste también en que la acusada tenía conocimiento de que la convocatoria del concurso de ideas se realizaba para dar cobertura legal a los previos acuerdos verbales con el acusado Fausto.

Frente a tales imputaciones, el acusado Evaristo narra que la concesión de la subvención se realizó a través de un convenio de subvención directa entre la CA y el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, que era el utilizado en aquella época para fines similares. Niega que existiera un concierto verbal con el acusado Fausto para adjudicarle todo el proyecto al margen de los trámites y procedimientos legalmente establecidos y se ampara en que el arquitecto, en un encuentro que ambos tuvieron, destacó la falta de infraestructuras para actividades culturales. Así, fue iniciativa del propio acusado Fausto ofrecer ideas y de ahí el anteproyecto y los proyectos indicados. Añade el acusado Evaristo que, desde ese momento, ya no tuvo contacto con el arquitecto y que fue el concejal de obras quien se encargó de todo el tema. Y exhibidos los anuarios del año 2005 y 2006, ratifica que únicamente es publicidad y que en esa fecha no había ningún encargo al Sr. Fausto, y que es obvio que en la parcela de la Rambla de Nogalte no podía construirse, pues es terreno inundable. Insiste en que el Anteproyecto de 2006, el Proyecto de 2006 y el de 2007 los presentó el arquitecto Sr. Fausto por iniciativa propia, sin que nadie del Ayuntamiento se los encargara. De ahí que no exista sello o registro oficial de entrada. Y tampoco le vincula la remisión de dichos documentos a la CA para solicitar la subvención, pues tal acto lo realiza el equipo administrativo y él solamente pone "adjunto y remito" y la firma de forma ordinaria y cotidiana. Añade que ni siquiera sabe su contenido y que seguramente ese día firmó otras tantas misivas. Sí recuerda el acusado que el 18 de diciembre de 2006, el consejero de Cultura de la CA le comunica que se iba a conceder la subvención, y entonces se inicia el expediente; por eso firmó el escrito de aceptar la concesión de la ayuda, convocó el concurso de ideas, consiguió el suelo y se ejecutó la subvención. Y se solicitó una ampliación del plazo porque no tenían claro dónde se iba a ubicar la construcción y así contestaron a los órganos autonómicos: que no tenían suelo ni proyecto y que, conforme tuvieran la documentación, la irían dando. Fue a partir de aquí, que decidieron que la obra podía ubicarse en la parcela URSR-11, ya que, si bien es cierto que se había otorgado una concesión a la Fundación Josefina Alcaraz para construir una residencia de mayores, ésta posteriormente renunció. Añade el acusado Evaristo que él no redactó el escrito de 2 de julio de 2007, solicitando mayor plazo, que todo ello se hacía desde la Concejalía de Obras y que el documento de 14 de diciembre de 2007, por el que se solicita el pago de la subvención, es un documento tipo y si el Ayuntamiento no lo solicitaba, no le ingresaban el dinero de forma automática. En cuanto al concurso de ideas, se insiste en que se convocó cuando se dispuso del dinero de la subvención y de parcela, que el pliego de las bases del concurso se realizó desde la concejalía de obras, y que el jurado pudo ver los proyectos en grandes paneles, completamente anonimizados, ya que los nombres de los candidatos constan en el expediente administrativo, que no se exhibe al jurado. Finalmente, niega haber tenido conocimiento de las quejas del colegio de arquitectos.

Esta versión de los hechos es parcialmente ratificada por el acusado Fausto, al narrar que es cierto que fue él quien presentó la idea del teatro-auditorio al Ayuntamiento para cubrir unas carencias. Añade que, en estos estudios previos no existe documentación formal de contratación porque no eran fruto de un encargo, sino de su propia iniciativa y no tenía intención de percibir contraprestación económica alguna. También explica que tal anteproyecto lo debió remitir por mensajería, pues no lo entregó en mano a nadie. Pero también indica que el Proyecto básico de noviembre

de 2006 lo realizó porque alguien del Ayuntamiento, que no recuerda, le dijo lo presentara, junto con documentación, para alimentar la misma idea, que era una definición genérica. Y el proyecto de 2007 responde al mismo designio de seguir definiendo una idea. En cuanto al informe de junio de 2007 solicitando ampliación del plazo, imagina que se lo pidieron desde el Ayuntamiento, pero no sabe decir quién, ya que las comunicaciones no las llevaba él al tener personal contratado que le auxilia en estas tareas. Niega que fuera el director facultativo de la obra (como dice ese documento), porque no había obra. Finalmente, en cuanto al concurso de ideas, sí añade que le sorprendió que se convocara e incluso que se ubicara en una parcela distinta. Añade que se enteró por la publicación en el BORM, nadie del Ayuntamiento le llamó y presentó un proyecto que sí está definido claramente, que contiene tres edificios, una cafetería y un aparcamiento subterráneo y que es distinto de la idea inicial.

Y la acusada Adelaida, secretaria accidental del Consistorio, insiste en indicar que el proyecto básico no era un proyecto que pueda utilizarse para ejecutar una obra. Se trataba solamente de aceptar una subvención y aprobar el documento para decir a la Consejería en qué consistía el proyecto. No era necesario un proyecto técnico. Solamente se mostraba lo que se quería hacer.

Descrito lo anterior, nosotros sí consideramos que la prueba documental, testifical y pericial es contundente en la acreditación de la tesis de las acusaciones.

En primer lugar y como se ha indicado, el propio acusado Fausto reconoce que el Proyecto de noviembre de 2006 y el de 2007 los realizaría porque alguien del Ayuntamiento así se lo pediría. Y tal afirmación es lógica y coherente con lo ocurrido. No negamos, e incluso damos por cierto, que la primera idea surgiera de una conversación entre ambos acusados en referencia a la posibilidad de dotar al municipio de un equipamiento cultural. Y tampoco negamos que exista la iniciativa privada en el ámbito de los contratos públicos, tal y como ha dicho la perito Eva María, reproduciendo el *art. 227.5 de la LCAP*, reformado por la Ley 13/2003: *"Se admitirá la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones. Presentado el estudio será elevado al órgano competente para que en el plazo de tres meses comunique al particular la decisión de tramitar o no tramitar el mismo o fije un plazo mayor para su estudio que, en ningún caso, será superior a seis meses. El silencio de la Administración o de la entidad que corresponda equivaldrá a la no aceptación del estudio."*

En el supuesto de que el estudio de viabilidad culminara en el otorgamiento de la correspondiente concesión tras la correspondiente licitación, su autor tendrá derecho, siempre que no haya resultado adjudicatario y salvo que el estudio hubiera resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 10 por ciento como compensación, gastos que podrán imponerse al concesionario como condición contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. El importe de los gastos será determinado por la Administración concedente en función de los que resulten acreditados por quien haya presentado el estudio, conformes con la naturaleza y contenido de éste y de acuerdo con los precios de mercado" .

Ante tal precepto, cabe indicar que se encuentra ubicado en el ámbito de los contratos de concesión de obras públicas, que no es el caso. Pero aunque se considerara que el precepto debe aplicarse al resto de contratos, de su simple lectura se infiere que la aportación de ideas nunca es desinteresada: es una obviedad decir

que un profesional aporta un proyecto a la Administración pública para obtener una ganancia. De hecho, el precepto transcrito otorga una compensación al profesional que presentó la iniciativa en el caso de que no se le adjudicara la concesión. Y la perito Eva María ha indicado que la nueva Ley de contratos del sector público incentiva la presentación de iniciativas privadas, pues a sus autores les da derecho a 5 puntos porcentuales adicionales más, en el caso de licitación. Más aún, la testigo Graciela (concejal del Ayuntamiento en el momento de los hechos) recuerda que son muchos los profesionales que iban a ofrecerle dosieres o publicaciones con sus servicios (de seguridad privada o uniformes, por ejemplo), por si les interesara en algún momento contratar con ellos. Había veces que los estudiaban o valoraban en las mesas de adjudicaciones, pero siempre con los informes de los técnicos. Los profesionales le entregaban en mano los dosieres o propuestas y ella se los daba a los técnicos para que hicieran la valoración correspondiente; y cuando tenían que adjudicar un contrato, su concejalía pedía a dos o tres profesionales que presentaran un presupuesto, y sobre la base del informe de los técnicos, se decidía.

Y el testigo Leoncio (concejal de Comercio, Industria, Medio Ambiente y Nuevas Tecnologías) narra también que recibía proyectos o ideas de particulares o empresas antes de que salieran convocatorias. Él los pasaba a los técnicos sin constar en un registro de entrada, porque solamente eran una sugerencia, para saber si la idea era viable y podían obtener una subvención; pero añade que no sabe quién podía pedir la subvención, que de eso se encargaban los técnicos.

Conclusión: es obvio que los entes públicos pueden recibir proyectos, ideas o dosieres de los particulares o empresas. Pero dicha presentación debe hacerse por los cauces administrativos pertinentes y el órgano competente y con manifiesta intervención y control de los técnicos.

Pero esto no ocurrió en nuestro caso, pues no consta que ni el anteproyecto y proyecto de 2006, ni el proyecto de 2007 redactados por el arquitecto Fausto tuvieran entrada de registro en el Ayuntamiento, ni que se siguieran los trámites para que el Ente público pudiera contratar con este profesional (folio 479 del procedimiento del TSJ). Y estamos hablando de un proyecto de 6.000.000 de euros. Incluso el testigo Luis (secretario-interventor en el año 2008) declaró que es de suponer que todas las solicitudes que venían de fuera del Ayuntamiento se registraban y que era difícil que llegaran solicitudes por ideas externas.

Antes de la redacción del anteproyecto de 2006, existe el Anuario del año 2005 publicado por el Ayuntamiento. Han indicado los concejales que han comparecido, como por ejemplo la testigo Ofelia o Leoncio, que era el Consistorio quien publicaba tales libros y que publicaron varios, unos 12 o 13, durante aquellos años. En él se pueden leer frases como *"El Ayuntamiento de Puerto Lumbreras ha encargado un proyecto para la construcción de un Teatro en la localidad al arquitecto Fausto...Ubicado en el centro de la ciudad, junto al margen Este de la Rambla de Nogatle..."* ; y a continuación, se describe el proyecto (el subrayado es nuestro).

Y el Anuario del año 2006 reza en el mismo sentido: *"El alcalde de Puerto Lumbreras, Evaristo, presentaba al presidente de la Comunidad Autónoma, Salvador, acompañado de la concejal de Turismo, Cultura y Festejos, Ofelia y el arquitecto Fausto, el proyecto del primer Teatro Auditorio para el municipio lumbrerense. La iniciativa, que cuenta con un presupuesto de seis millones de euros..."* Y se acompaña el texto con una fotografía de los asistentes.

El acusado Evaristo insiste en indicar que tales Anuarios únicamente son publicidad. Tal afirmación es cierta, pero cualquier persona que los lea se queda con la idea básica de que Puerto Lumbreras va a contar con un Teatro Auditorio, y para ello se ha encargado un proyecto al arquitecto Fausto. Ésta y no otra es la idea que dicha publicidad quiere transmitir.

Más aún, la noticia aparecida en el Anuario de 2006 responde a la necesidad de publicitar el proyecto a bombo y platillo por razones políticas. Y así fue recogida en la prensa local en aquel momento:

- Folio 926 del anexo 3.3: Periódico "La Verdad digital" de 11 de diciembre de 2006: "El nuevo teatro auditorio empezará a construirse el próximo mes de marzo", diseñado por Fausto ". Se añade *"El arquitecto Fausto firma el proyecto que comenzará a ejecutarse en el primer trimestre del año 2007 tras la adjudicación de las obras."* Nótese que no se dice nada con respecto a la necesidad de adjudicar un concurso de proyectos.

- Folio 936 del anexo 3.3; periódico "La Verdad" de 20 de noviembre de 2006: *"El arquitecto Fausto es el autor del proyecto de construcción del nuevo Auditorio y Teatro de Puerto Lumbreras...El alcalde de Puerto Lumbreras, Evaristo, presentó hoy al presidente de la Comunidad Salvador, el proyecto cultural...En rueda de prensa acompañado por Fausto y la concejala de Cultura Ofelia, el primer edil insistió en que esta infraestructura no está concebida sólo como centro de representaciones teatrales, porque se diseñará con carácter multidisciplinar para asegurar el uso diario por los vecinos...asimismo, el autor del proyecto destacó que el inmueble "no será una pieza de uso esporádico para las grandes ocasiones porque tendrá una ocupación diaria e intensa", y comentó que el teatro, de 600 plazas dividibles en dos salas, se complementará con un parque urbano a los pies del auditorio, en la zona sur, la más cercana al centro de la localidad y donde también estarán las escuelas municipales de teatro, danza y música... Fausto añadió que el edificio será acristalado, ligero y de diseño contemporáneo y explicó que tendrá por vistas la zona antigua de la rambla para actuar como "faro" de la ciudad".* Difícilmente puede comprenderse que se describa tan bien un proyecto que únicamente se concibe como la entrega de una idea arquitectónica completamente desinteresada. Y más difícil de creer aún es la afirmación del arquitecto acusado de que no tenía constancia de que el Ayuntamiento iba presentando sus ideas, ya dentro o fuera del propio consistorio; cuando él estaba presente en los actos de publicidad del proyecto.

- Folio 968 vuelto y 969 del anexo 3.3; periódico " *La opinión de Murcia* " de 26 de marzo de 2007 que recoge la presentación del proyecto por Evaristo y el consejero de Educación y Cultura, junto con el arquitecto Fausto, que es su autor.

- Folio 977 del anexo 3.3: web del Ayuntamiento de 26 de abril de 2007 *"Esta misma mañana el alcalde de Puerto Lumbreras, Evaristo y el consejero de Educación y Cultura Ernesto han presentado el proyecto del nuevo auditorio con el que contará el municipio lumbrerense, acompañados por el arquitecto que ha diseñado el proyecto, Fausto "*. Nótese también que se indica que el procedimiento de contratación de la obra (no el procedimiento de concurso de ideas) está previsto para el primer trimestre del próximo año.

- Folios 929 y ss del anexo 3.3.: web del arquitecto Fausto que pone en boca de Evaristo la siguiente frase: *"Hemos confiado en un gran arquitecto para que realizara ese gran proyecto necesario para poder acoger todas esas actividades"*.

- Acontecimiento digital 440 del procedimiento ante el TSJ, donde aparecen varias fotografías del periódico de propaganda del Partido Popular, en las que se puede leer: " *Evaristo presentó en el mes de abril el proyecto del nuevo auditorio con el que contará el municipio lumbrerense, lo hizo junto al consejero de Educación y Cultura Ernesto y el arquitecto que ha diseñado el proyecto, Fausto.*" Y se hace una descripción exhaustiva del proyecto.

Retomemos ahora la primera argumentación: En junio de 2006, el arquitecto Fausto presenta una idea en el Ayuntamiento. No se sabe quién la recibe, ya que no lleva sello de entrada y ninguno de los acusados ha dado una explicación coherente a ello. Como se dice, podrá darse por cierta la conclusión de que dicha idea fue a iniciativa del arquitecto, al haber mantenido una conversación con el alcalde sobre la necesidad de que Puerto Lumbreras contara con un gran equipamiento cultural. Pero parece difícil comprender que se trate de una idea unilateral del arquitecto Sr. Fausto, cuando en la primera página del anteproyecto y en el ámbito de " *objeto y encargo*", se indica expresamente que " *El promotor del edificio es el Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras...*" y el coste del proyecto es de 6 millones de euros, precisamente la cantidad que la Comunidad Autónoma iba a otorgar al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras en concepto de subvención.

Efectivamente, la fecha de este Anteproyecto coincide plenamente con el momento en que la Consejería de Hacienda comunicó a la Consejería de Educación y Cultura que se contaba con un remanente de algo más de 60 millones de euros y que podían presentar grandes proyectos a fin de evaluar si se podían llevar a término. De forma clara el testigo Santos (director general de Cultura desde junio de 2003 a junio de 2007) recuerda que muchos concejales de varias áreas le presentaban ideas para la construcción de grandes equipamientos. Recuerda, de aquella época, la Caja escénica de Los Alcázares, el Museo de Torre Pacheco o los Auditorios de Cehegín, Caravaca de la Cruz o Puerto Lumbreras. La Consejería de Cultura no tenía capacidad económica para subvencionar tales ideas, pero en junio de 2006 reciben comunicación de la Consejería de Hacienda informándoles de que había un remanente importante. Entonces, se redacta un listado de grandes proyectos y, pasado el verano, sobre septiembre u octubre, la Consejería de Hacienda respondió que se iban a subvencionar todos los proyectos. Es en este contexto en el que se otorgó la subvención a Puerto Lumbreras y se realizó el expediente de forma apresurada porque se les había indicado que las subvenciones debían entrar en el ejercicio corriente, el del año 2006. Añade este testigo que cree que él siempre trató con el concejal de obras y no trató el asunto con el alcalde. Y también que era normal que el Ayuntamiento no tuviera la documentación preparada, por esa razón se otorgaba la subvención con base a un anteproyecto y que, desde el Ayuntamiento, les dijeron que se iban a mandar un proyecto básico y que no podían mandar uno ejecutivo porque lo tenían que mandar a concurso.

A pesar de que este testigo alega una falta de comunicación con el alcalde Evaristo, no hay que olvidar que es el acusado quien firma la carta remitida en fecha de 16 de junio de 2006 (folio 6 del anexo 9.1 y folio 955 y ss. del tomo III), acompañando memoria justificativa relativa a la conveniencia y necesidad de construcción de un teatro auditorio en Puerto Lumbreras (con anteproyecto de junio de 2006 emitido por Fausto).

A dicha misiva contesta el director general en fecha 18 de diciembre de 2006 (folio 11 del anexo 9.1 y folio 1980 del tomo V), informando al alcalde de que la

Comunidad Autónoma va a conceder una subvención para la construcción del Teatro-Auditorio por valor de 6 millones de euros, a pagar en dos anualidades (3 millones en 2006 y 3 millones en 2007). Para iniciar el expediente de concesión de la subvención, el directivo autonómico informa de que el Ayuntamiento debe remitir cierta documentación; la más importante era el proyecto de ejecución de la obra firmado por un técnico competente y la acreditación de la titularidad del inmueble o parcela donde se va a realizar la obra.

En ese momento, no existía en el Ayuntamiento expediente administrativo alguno para la adjudicación del proyecto y es posible que se estuvieran mirando parcelas donde ubicar la construcción (aunque en todas las noticias publicadas ya aparecía la parcela de la Rambla de Nogalte). En esta tesitura y en vez de explicar al órgano de concesión que la documentación puede demorarse por la necesidad de cumplir con los trámites legalmente previstos sobre la contratación pública, el acusado Evaristo decide remitir nueva carta al director general Sr. Santos en fecha 18 de diciembre de 2006, que reza: *"Te remito la documentación requerida para el inicio de la tramitación de esta subvención paccionada"* (folio 12 del anexo 9.1). Y se acompaña el Anteproyecto de 2006 (folios 955 y ss. del tomo III) y el Proyecto de 2006 (folio 80 y ss. del anexo 9.2 y folios 1983 y ss. del tomo V). Ninguno de estos dos proyectos estaba visado por el Colegio de Arquitectos de la Región de Murcia (folio 1084 de tomo III), ni tampoco habían tenido registro de entrada en el Ayuntamiento (acontecimiento digital 479 del procedimiento ante el TSJ).

Igualmente, consta en los folios 722 y ss. del tomo II del procedimiento, propuesta de 22 de diciembre de 2006 del consejero de Educación y Ciencia, (Ernesto) de elevar al Consejo de Gobierno de la CA, para su aprobación el proyecto de Decreto para la concesión directa de una subvención de 6 millones de euros al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras para la financiación de las obras de "Construcción del Teatro Auditorio", y se indica expresamente *"según el anteproyecto redactado por el arquitecto D. Fausto."*

En similares términos se expresa el informe de 21 de diciembre de 2006 del asesor jurídico Higinio, (según folios 724 y ss. del tomo II), estableciendo expresamente que la subvención tiene por objeto *"sufragar la financiación de la totalidad de las obras de "Construcción de Teatro Auditorio en Puerto Lumbreras" (en los términos técnicos y económicos del anteproyecto con la misma denominación redactado por el Arquitecto D. Fausto)"*.

Y en el mismo sentido, refiriéndose al proyecto del arquitecto acusado, en el informe-memoria de 20 de diciembre de 2006 emitido por la subdirectora general de cultura Esther, ratificado por el director general de cultura Santos (folios 742 y ss. del tomo II). Este documento es importante, pues este testigo Sr. Santos ha introducido en el debate que se le manifestó de forma verbal que se iba a convocar un concurso para la adjudicación del proyecto. Tal afirmación debe examinarse más adelante, pero puede concluirse ya desde este momento que ningún documento expedido por los órganos autonómicos (ni siquiera los que firmó el testigo) recogen esta advertencia.

El acusado Evaristo narra que la carta de 18 de diciembre de 2006 se redactó en la concejalía de Obras, que es la que llevaba el asunto, y que él únicamente estampó la firma igual que en otras tantas, por ser el máximo representante del Ayuntamiento. Tal afirmación no es creíble desde el momento en que no se ha puesto en duda y ha sido ratificado por los concejales que han acudido en calidad de testigos, que el proyecto del Teatro Auditorio era el más grande y costoso de los que se llevaron

a cabo en aquella época. Se debe tener en cuenta una idea sobre la que pivota toda la presente argumentación: como es notorio y han comentado varios testigos (especialmente el director general de Cultura Santos), el proyecto era de una gran envergadura. Es impensable que el alcalde de la población no se implicara en el asunto y delegara todo el tema en su concejal de obras, hoy fallecido. La publicidad dada al proyecto, con la participación directa del alcalde ante el presidente autonómico, contradice la declaración del acusado. Y todavía es más imposible creer que la documentación que se remitía a la consejería con su firma no había sido revisada detalladamente por él.

Pero además, la anterior argumentación viene ratificada por la testifical de Pio, que fue quien tramitó este expediente de subvención y otros tantos, por encargo de la Alcaldía. Recuerda que el escrito de la dirección general requiriendo la remisión de cierta documentación llegó a finales del año 2006. Él se encargó de recabar la documentación que se necesitaba y manifiesta, sin duda alguna, que el escrito del folio 60 del anexo 9.1 (en cuya parte superior aparece manuscrito " Pio "), que va firmado por Evaristo y que se refiere a los trámites para la adquisición de la parcela, no lo redactó él, sino que recibió comunicación de Nieves, la secretaria de Alcaldía, para que fuera a buscarlo y lo incorporara al expediente de subvención.

A la misma vez que ocurrían los hechos anteriormente descritos, la Junta de Gobierno Local (JGL) de 26 de diciembre de 2006 aprueba recibir la subvención de 6 millones de euros y también aprueba el proyecto básico de Teatro-Auditorio realizado por el arquitecto Fausto (folios 2001 y ss. del tomo V, acontecimiento digital 479 del procedimiento ante el TSJ). Si leemos atentamente la certificación de la JGL emitida por la acusada Adelaida, se infiere que la adopción de este acuerdo no fue el único que se realizó en esa JGL. Se indica en dicha certificación que existe propuesta del concejal de Educación, aunque el escrito en cuestión (acontecimiento digital 479) no consta firmado y tampoco se ha dado explicación alguna por el testigo Leoncio, cuyo nombre aparece en dicho documento. Más aún, este testigo únicamente ha indicado que lo que va a la JGL viene ya con informes y entonces votan. Pero éste no es el caso, pues la acusada Adelaida ha manifestado que no tuvieron conocimiento previo de tal propuesta, ya que se aportó en ese momento por el concejal de Educación. Consta que se aportó documentalente a la JGL el proyecto básico de 2006 y efectivamente se aprobó.

El Ayuntamiento no explicó nunca al órgano de concesión de la subvención que ésta se estaba concediendo al amparo de un anteproyecto y un proyecto básico, que no era de ejecución. Y no debe perderse de vista que la carta de 18 de diciembre de 2006 de la Consejería de Educación y Cultura exigía la remisión de un proyecto de ejecución.

A pesar de ello y con base en la documentación recibida, la Comunidad Autónoma dicta el Decreto 349/2006, de 22 de diciembre, publicado en el BORM el 10 de enero de 2007 (folios 20 a 23 del Anexo 9.1). Y dice: *"Este Decreto tiene por objeto regular la concesión directa de subvención al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras para la financiación de la totalidad de las obras de "Construcción de Teatro Auditorio en Puerto Lumbreras", según el anteproyecto redactado por el arquitecto D. Fausto, con un presupuesto de 6.000.000 euros"*.

No hay duda de que la simple lectura de tal resolución describe que la subvención se concedía para construir un teatro-auditorio, según el anteproyecto redactado por el arquitecto Fausto. Pero, en ese momento, no existía expediente

alguno que acreditara que el acusado Fausto hubiera sido contratado por el Ayuntamiento para tal misión de realizar un anteproyecto y un proyecto, ambos del año 2006.

Recojamos nuevamente la idea que el director general de Cultura, Sr. Santos, ha puesto sobre la mesa: ha narrado que la concesión de estas subvenciones, de gran importancia económica, pilló a todos por sorpresa: a la propia concejalía de Cultura y sobre todo a los Ayuntamientos beneficiados. Por tal razón, eran flexibles y no estrictos a la hora de que los Ayuntamientos fueran cumplimentado la documentación necesaria y por tal razón, entendieron que el proyecto de Puerto Lumbreras estaba bien armado y había pasado todos los filtros jurídicos y técnicos. Más cuando les manifestaron que tenían que hacer una licitación para el proyecto ejecutivo. Podríamos dar por válida tal afirmación, aunque no hay constancia escrita de ello. De hecho, no hay duda alguna de que se hizo tal concurso de ideas. Pero el objeto del presente juicio es precisamente dilucidar si tal concurso de ideas no tuvo otro objeto que dotar de amparo jurídico a los previos actos completamente ilícitos. Y de ello no tenemos duda alguna.

Es en el ámbito de esa laxitud en la que debemos colocar la respuesta sobre la indeterminación de la parcela en la que se iba a construir el teatro. Dice la comunicación a la Dirección general remitida por el alcalde en fecha 18 de diciembre de 2006 (folio 17 del anexo 9.1 y folio 2000 del tomo V): *"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."* Y dice el peritaje del Interventor 2311 que, dado que el convenio no consta en la documentación, no puede concluirse si se refería a la parcela EQ-1 de los primeros proyectos de 2006, o a la parcela URSR-11, donde finalmente se construyó el auditorio.

Esta indeterminación de la parcela, junto con la falta de información al órgano de concesión de la subvención del cambio final de la ubicación de la obra, son claras irregularidades en el ámbito de la concesión de la subvención. Más aún cuando el teatro ni siquiera se construyó en esa primera parcela de la Rambla de Nogalte, sino en otro distinta. Durante todas las sesiones del juicio se ha narrado que la parcela que se ubicaba en el sector URSR-11 había sido objeto de concesión a la Fundación Josefina Alcaraz para la construcción de una residencia (folios 2137 y ss. del tomo V); y los acusados han manifestado que esta Fundación posteriormente renunció a dicha concesión y la residencia no se construyó. No consta, no obstante, reclamación alguna por parte de esta Fundación, o de los propietarios cedentes del terreno o procedimiento administrativo contencioso instado al respecto.

Retomemos el cauce temporal de los acontecimientos donde lo habíamos dejado. El Ayuntamiento contesta a la Dirección General el 18 de diciembre de 2006 informando sobre los trámites para la obtención de la parcela y se acompañan el Anteproyecto y el Proyecto de 2006; y la JGL celebrada el 26 de diciembre de 2006 aprueba la subvención, aprueba el proyecto básico de Fausto y remite la documentación. Resulta curioso que, dada la importancia que tiene cumplir la legalidad con respecto a la adjudicación del proyecto ejecutivo, no se diga nada por escrito de que estos dos proyectos iniciales no tienen por qué ser los que definitivamente se ejecuten y que únicamente sirven como expresión de una idea genérica del equipamiento que se quiere construir. Y, obviamente, como no se indica dicha mención informativa esencial (ni tampoco los documentos emitidos por los órganos autonómicos

lo indican), el Decreto nº 349/2006 no deja lugar a dudas cuando se describe específicamente que la subvención es para *"las obras de "Construcción de Teatro Auditorio en Puerto Lumbreras", según el anteproyecto redactado por el arquitecto D. Fausto "*.

Dadas las prisas por tramitar, conceder y obtener la subvención, podríamos pensar en que, en ese momento, el Ayuntamiento no se dio cuenta de que era necesario adecuar el expediente a la legalidad vigente de contratación. Y ello siendo generosos, ya que no debemos olvidar que la construcción del teatro conforme al proyecto del acusado Fausto ya había sido publicada en ambos anuarios de 2005 y 2006 y en el periódico La Verdad de 20 de noviembre de 2006; y, recordémoslo una vez más, no existía contrato administrativo alguno entre el arquitecto y el Ayuntamiento para la redacción de tales proyectos. A la vez, estos proyectos nunca habían sido registrados en el Ayuntamiento, ni siquiera como iniciativa privada.

Se dice por los acusados que Fausto no pretendía obtener retribución alguna por la redacción de los proyectos. Pero sorprende que fuera así en este caso y, en cambio, en otros sí hubiera cobrado. Constan en los folios 1201 y ss. del tomo III, certificación de la secretaria Adelaida, con respecto a la resolución del alcalde de fecha 3 de julio de 2006, en la que se acepta la oferta del arquitecto Fausto para la redacción de los estudios previos y necesarios correspondientes al proyecto de acondicionamiento de espacios públicos, pasarelas y áreas urbanas adyacentes a la Rambla de Nogalte y se acuerda el abono de 9.200 euros. Y ello sin perjuicio de que sea necesario realizar un proyecto técnico y de ejecución, que finalmente también fue adjudicado a este arquitecto en lo que se refiere al Proyecto básico de la obra, según resoluciones de la Alcaldía de 15 de febrero de 2007 y 19 de febrero de 2007, que rectifica la anterior, y en este caso con unos honorarios de 12.000 euros.

En nuestro caso, el Ayuntamiento recibe los 3 millones de euros correspondientes al año 2006 (a 29 de diciembre de 2006, según folio 749 del Tomo II del procedimiento del TSJ y folio 71 del anexo 9.1 y anexo 4) y solicitó la entrega de los 3 millones del año 2007 el 14 de diciembre de 2007 (folio 83 del anexo 9.1), entregados el 31 de diciembre de 2007 (folio 2340 vuelto del tomo VI y anexo 4).

Por su parte, el acusado Fausto vuelve a realizar otro proyecto de ejecución de febrero de 2007 (anexo 3.1 y folios 152 y ss. del anexo 9.2). Dice el informe pericial del interventor nº NUM005: *"No se conoce la razón por la que se realizaron los proyectos de noviembre de 2006 y de febrero de 2007, similares al Anteproyecto de junio de 2006, dado que, en principio, éste era un Proyecto de ejecución para el que había sido concedida la subvención de la CARM. De acuerdo con el informe técnico de D Fausto, de fecha junio de 2007, parece deducirse que estos proyectos no estaban terminados y que era preciso redactar uno nuevo para su ejecución."*

Y a lo anterior, se suceden nuevos actos administrativos sin cobertura legal alguna:

- Informe de Fausto de junio de 2007 (folio 80 del anexo 9.1) donde indica que *" una vez completada la fase de redacción del "Anteproyecto" del mencionado edificio y dada la complejidad del programa de usos y necesidades contenidas en el mismo, y de las relaciones que se establecen entre las diferentes áreas que contiene, sometido a la consideración de los diferentes agentes y colectivos que forman parte activa en el análisis del conjunto de la edificación. Y pendiente por ello del ajuste definitivo del alcance de la construcción y de la urbanización correspondiente, el proyecto básico de*

ejecución de TEATRO-AUDITORIO no se ha terminado en su totalidad al requerirse un plazo añadido de dieciocho (18) meses para la completa y correcta definición del mismo". Nótese que se está hablando de proyecto básico de ejecución, aquél que será precisamente el objeto del concurso convocado medio año después.

- Carta de Evaristo de 2 de julio de 2007 al director general de Cultura, Sr. Santos (folio 79 y 86 del anexo 9.1) comunicando la demora en la ejecución de las obras y la solicitud de ampliación de los plazos: *"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. Fausto, 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":*

Consta en los folios 752 y ss. del tomo II los trámites y actos administrativos realizados para modificar el Decreto nº 349/2006, con el fin de permitir que la justificación de la subvención pudiera ser demorada. Y como ha indicado el testigo Pelayo (director general de promoción cultural de julio de 2007 a junio de 2010) las peticiones de ampliación del plazo para la justificación de la subvención eran frecuentes en ese momento. Por tal razón, emitió memoria de 25 de septiembre de 2007 y resolución de 2 de octubre de 2009 de concesión de la ampliación del plazo para la subvención de justificación de la anualidad de 2007 hasta el 10 de octubre de 2009, (folio 16 del anexo 9.2 y folio 764 del tomo II).

O sea: en el año 2007 se tiene tiempo de pedir la entrega de la anualidad correspondiente a ese año y de solicitar un plazo superior de ejecución (todo ello con informe de un técnico, el acusado Fausto, del cual se dice que es el director facultativo de la obra, sin que exista contratación alguna), pero no se tiene tiempo de convocar un concurso para la adjudicación del proyecto. Y, como ha dicho el testigo Pelayo, tras la lectura de los escritos remitidos para solicitar el plazo de justificación de la subvención y el de solicitud del pago de la segunda anualidad, él y su director general entendieron que las obras estaban en marcha. La única explicación dada por el acusado Evaristo es que se convocó el concurso de ideas cuando se disponía del suelo y cuando se dispuso de todo el dinero.

No obstante, sí se tuvo tiempo de publicitar el proyecto en los medios de prensa y en la página web del Ayuntamiento, tal y como se ha relatado anteriormente. De ahí (y de la publicidad anterior en los anuarios y en la prensa) que no sean creíbles las declaraciones de Ceferino (concejal de Economía y Hacienda de junio de 2007 a 2011) y Micaela (concejal de Igualdad, Mujer e Infancia de 2007 a 2015) de que no tuvieron conocimiento del proyecto del auditorio antes de entrar en la legislatura de junio de 2007. En concreto esta última testigo ha dicho que en ese momento y actualmente tiene amistad con el acusado Evaristo, lo que permite concluir que es imposible que no hubieran hablado del proyecto de construcción de un teatro en la población. Nuevamente debemos recordar que el proyecto de construcción en Puerto Lumbreras era el más grande en importancia y en desembolso económico que se llevaba en el Ayuntamiento. Obviamente, el partido político que publicitaba su construcción querría obtener rédito político con su descripción en la campaña electoral del año 2007. Así lo declaró la testigo Graciela (concejal de Seguridad Ciudadana y Emergencias) cuando narra que no tenía conocimiento de la cantidad de la subvención, pero sí del complejo cultural, porque lo llevaban en el programa electoral del junio de

2007. Añade que es posible que fuera en la JGL de 26 de diciembre de 2006 cuando conoció por primera vez la subvención, pero sí tenía conocimiento de que querían hacer aquello porque lo llevaban en el programa. Y el testigo Leoncio (concejal de Educación, Comercio, Industria, Medio Ambiente y Nuevas Tecnologías) ratifica que en el programa electoral llevaban como propuesta realizar un teatro auditorio.

Es tan patente el hecho de que el proyecto fue publicitado en prensa que es expresamente reconocido por el perito arquitecto Roberto, en la pericial aportada por el acusado Evaristo.

Volvamos nuevamente a la sucesión de los acontecimientos. Con todo lo anterior ratificado por la Comunidad Autónoma (concesión y pago completo de la subvención y concesión de una ampliación en su justificación), fue cuando se pone en marcha el concurso de ideas. Obviamente, de forma tardía; tanto, que el propio acusado Fausto manifiesta que le sorprendió que se convocara el concurso. A lo que hay que unir la conclusión del perito interventor nº NUM005: *"No se conoce la razón por la que, habiéndose redactado un Anteproyecto en junio de 2006 para solicitar la concesión de una subvención de la CARM, del cual se hicieron posteriormente nuevas redacciones en noviembre de 2006 y febrero de 2007, por el mismo Arquitecto D. Fausto, luego se convocó un Concurso de Proyectos para la redacción de un nuevo proyecto con relación a la misma obra."*

Así, consta en los folios 842 y ss. del anexo 3.3 el pliego de condiciones del concurso de fecha 17 de diciembre de 2007, para la construcción de *"un edificio destinado a Auditorio en Puerto Lumbreras"*. Se indica que constará de Teatro-Auditorio (sala principal, servicios generales (aseos, almacenes, camerino), espacio polivalente expositivo, sala de reuniones), escuela de danza, música y teatro (compuesto por salas menores de ensayo y talleres), área de administración y servicios internos (despachos, auditorio al aire libre, cafetería y aparcamiento cubierto). El presupuesto es de 6 millones de euros y se realiza por medio del procedimiento abierto, cualquier arquitecto habilitado por un colegio de arquitectos de España puede participar. El concurso se convoca como concurso de proyectos con intervención de jurado. Se establece el plazo de 15 días naturales para inscripción y presentación de proyectos; y se garantiza el anonimato *"el único documento que puede revelar la identidad de los concursantes será un sobre opaco, que reseñará en su exterior el LEMA de identificación del concursante. Este sobre, cerrado y lacrado, contendrá en su interior dicha identificación, reseñando su LEMA, nombre y apellidos, así como el de los colaboradores en caso de que se trate de un equipo."*

El premio consistía en ser el adjudicatario del contrato para la redacción del proyecto básico y de ejecución del Teatro-Auditorio y de la dirección técnica de las obras.

También se establecía en la base duodécima que los honorarios del proyecto definitivo se calcularían de acuerdo con los baremos orientativos del COAMU.

La base séptima indica, en cuanto al contenido y presentación de la documentación por los aspirantes, que se debe presentar documentación escrita dentro de la documentación gráfica y que consistirá en:

- memoria descriptiva, con una sucinta defensa de la solución aportada y explicación de la propuesta.

- Descripción de los sistemas constructivos de la actuación y de los materiales principales a utilizar, acabados, texturas, colores, etc.

- Estimación del presupuesto de la actuación propuesta.

Y se añade que la documentación gráfica ha de presentar las plantas, alzados, secciones, perspectivas y detalles de los aspectos de diseño arquitectónico y urbano que, a juicio del concursante, sean necesarios y convenientes para definir su propuesta.

La propuesta debe presentarse de forma desplegada, en un máximo de 4 paneles tamaño DINA A-1, con soporte plano, rígido, ligero y resistente, que también contendrá también una breve explicación del proyecto y la sucinta descripción de los sistemas constructivos, materiales y calidades.

Esta era la presentación mínima, a la que podía añadirse fotografías de maquetas, perspectivas o volumetrías y animaciones en 3D en CD o DVD.

En los folios 851 y 852 del anexo 3.3. consta informe 17 de diciembre de 2007 de la acusada Adelaida, en cuanto a que no existe inconveniente para aprobar el pliego y convocar el concurso de ideas, por lo que en el folio 853 consta certificación de la secretaria accidental de 17 de diciembre de 2007 sobre la resolución del alcalde de la misma fecha de aprobar el pliego de cláusulas administrativas para el concurso y la apertura del procedimiento de adjudicación.

Antes de analizar lo que ocurrió a continuación, debemos concluir que consideramos acreditado que, formalmente, se siguieron las normas de anonimato para inscribirse en el concurso, de acuerdo con el modelo de inscripción del anexo 1 del pliego (folio 850 del anexo 3.3). La testigo Magdalena (que también presentó una propuesta) no ha podido concretar que no se cumplieran las exigencias del anonimato, ya que recuerda que ellos rellenaron la instancia facilitada en el pliego y la entregaron en el Ayuntamiento y si ponía que debía ir en un sobre, seguro que lo hicieron así. Y esta propuesta se presentó de la misma forma que la del acusado Fausto. Pero este cumplimiento formal de la base del anonimato no significa que el jurado no supiera qué propuesta debía ser la ganadora.

El concurso se publicó en el BORM el 26 de diciembre de 2007 (folio 866 del anexo 3.3.), y a partir de aquí, se iniciaron los reparos:

- Folio 867 del anexo 3.3: Escrito del COAMU (salida 28 de diciembre de 2007, entrada registro 3 de enero de 2008) sobre la imposibilidad de cumplimentar el proyecto en 15 días naturales, dada su envergadura. El Colegio remitió Circular nº 64, de 28 de diciembre, en la que desaconsejaban a sus colegiados que se presentaran a este concurso y les informaban que estaban estudiando presentar recurso ante el Ayuntamiento si no se anulaba la convocatoria.

- Folios 881 y 882 del anexo 3.3.: Recurso de reposición del COAMU sobre la nulidad de actuaciones y suspensión del proceso. Se indica que el plazo de 15 días naturales es legal en forma, pero insuficiente para la realización de los trabajos solicitados, dada la complejidad técnica e importancia del concurso, y la documentación exigida. Esta documental es ratificada con la testifical de Alexis (decano del Colegio en ese momento) que recuerda que previo a la convocatoria del concurso sí recibió quejas verbales de compañeros que manifestaban que se estaba

iniciando un proyecto sin el preceptivo concurso. También recibió quejas del vicedecano al considerar que el plazo para presentar ideas era mínimo (dice que es evidente que 15 días naturales eran insuficientes para presentar este tipo de proyectos); y, a partir de aquí, comunicaron oficialmente al Ayuntamiento que la convocatoria incumplía la legislación. Finalmente, interpusieron el recurso contencioso para reconducir el asunto y permitir que todos los compañeros concurrieran en igualdad de condiciones.

- Folio 899 del anexo 3.3: Carta de 24 de enero de 2008 del Colegio Oficial de arquitectos de Madrid sobre el recelo en el plazo de 15 días para la difusión de la licitación y realización de propuestas, proponiendo al menos 30 días. Y dice textualmente: *"Este aspecto, de por sí importante en orden de garantizar un buen proceso selectivo, podría considerarse tan sólo como significativo frente a otras circunstancias que deberían ser motivo de aclaración, tal como la existencia de información publicada relacionada con la propuesta de proyecto desarrolladas previamente a la convocatoria del concurso, tal como se notició a través de la página web del propio ayuntamiento, acompañada por documentación gráfica, el 25 de abril del pasado año en la cual se verificaba la adjudicación del proyecto; además se ha detectado documentación similar en diversas publicaciones de información general y otras vinculadas con la arquitectura, siempre con fecha previa al desarrollo del concurso. Estas circunstancias desvirtúan el proceso de selección de propuestas y provocan la desconfianza absoluta en los Arquitectos inscritos en cualquier Colegio Profesional de España que, de acuerdo a la legislación vigente de obligado cumplimiento, podrían concurrir a la convocatoria con garantías de presentación de propuestas bajo anonimato, tal como se reseña en las bases del concurso, motivando esta situación la interposición del recurso por parte de los posibles técnicos afectados"*

- Folios 904 y ss. del anexo 3.3: Escrito del arquitecto Jesús, porque no se le había indicado el lugar donde iría el Auditorio y ponía de manifiesto la posible irregularidad en cuanto a que ya se había publicitado el proyecto y que sería el arquitecto Fausto quien lo realizaría.

Ninguna de estas advertencias fue tenida en cuenta por el Ayuntamiento y a pesar de que el acusado Evaristo niega haber tenido conocimiento de tales quejas, consta en el folio 902 del anexo 3.3 certificado de la secretaria municipal, la acusada Adelaida, de la resolución de Alcaldía de 30 de enero de 2008 desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por el Colegio de arquitectos de la Región de Murcia, por no indicar la resolución o acto administrativo impugnado y no acreditar la vulneración de precepto legal y se desestima la solicitud de suspensión cautelar.

No hay duda de que, formalmente, el procedimiento del concurso de proyectos se ajustó a la legalidad vigente. Así lo concluyeron el perito interventor nº NUM005 o la perito Eva María, al indicar que el proceso administrativo con relación al concurso de proyectos era conforme a derecho, y así lo recoge la sentencia del juzgado contencioso-administrativo nº 2.

Es hora ya de examinar la *sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de 30 de mayo de 2012*, que desestimó la demanda interpuesta por el Colegio de arquitectos, contra la resolución de la alcaldía de adjudicación del concurso. Se encuentra la documentación en los folios 999 y ss. del anexo 3.3. Esta sentencia únicamente examinó la decisión del jurado del concurso de proyectos del Auditorio municipal convocado por el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras. También se interponía la demanda contra el acuerdo del alcalde para la licitación de las obras, pero

obviamente, el devenir de este pedimento estaba supeditado al anterior.

La demanda se centra, efectivamente, en indicar que un año antes de publicar y convocar el concurso de proyectos, ya se había publicitado en prensa la próxima construcción del auditorio según el proyecto del arquitecto Fausto. Y se añade que el pliego de cláusulas que rige el concurso de proyectos coincide plenamente con el presentado previamente a los medios de comunicación, por lo que concurre fraude de ley y desviación de poder.

La contestación del Ayuntamiento se basa en que el anteproyecto de 2006 únicamente tenía la finalidad de conseguir la subvención, mientras que el proyecto de 2008 es el esencial del concurso, y no se pueden confundir tales proyectos, ni en la ubicación, ni en su estructura, ni naturaleza.

La sentencia fundamenta su decisión de desestimar la demanda en que ambos proyectos no son idénticos: varían la situación geográfica, sus dimensiones y espacios a construir; y se concluye que tales hechos objetivos no fueron desvirtuados por la parte actora, al no haberse practicado pericial al efecto. Y, además, no se justificó la desviación en la que pudo incurrir los miembros del jurado.

La sentencia sí reconoce que resulta llamativo que se presente un proyecto antes de que se adjudique el concurso y concluye *"de existir irregularidades en el comportamiento de la Administración son previos al concurso que ahora se impugna e independientes al mismo, y aquellas irregularidades, no pueden impedir que precisamente se convoque el concurso de proyectos en la forma prevista en la Ley para poder elegir el mejor en condiciones de concurrencia y publicidad."* Ninguna de estas irregularidades, no obstante, es analizada en la sentencia, ni se pone en relación con el concurso de proyectos.

Como ya se indicó desde el momento en que se trató la objeción de la cosa juzgada, nunca se ha negado que el concurso se convocó conforme a la legislación administrativa aplicable. Pero lo que ha sido objeto de análisis durante este juicio no es únicamente esa convocatoria y adjudicación del concurso de proyectos, sino todos los actos anteriores *irregulares* que la sentencia anterior no analiza por no ser objeto de la demanda. Por tanto, poco importa que se intente acreditar que el anteproyecto y el proyecto de 2006 y el proyecto de 2007 eran distintos del proyecto básico y de ejecución de 2008. Opiniones a favor y en contra habrá tantas como pareceres y son totalmente superfluas e inútiles para la prueba las sucesivas argumentaciones contenidas al respecto en los peritajes aportados por las partes. Por el contrario, es precisamente labor nuestra estudiar el enmascaramiento de unos actos ilícitos y groseros (la previa adjudicación del proyecto de construcción del teatro) bajo la forma de actos lícitos (la convocatoria del concurso de ideas). Y esta labor excede en mucho de lo que fue analizado por la magistrada que dictó la sentencia en la jurisdicción contencioso administrativo. Más aún: hubiera sido excesivamente obvia la ilegalidad si el acusado Fausto hubiera presentado al concurso de proyectos aportando precisamente el proyecto que había servido de base para la aprobación de la subvención.

Lo que debemos estudiar es si existe fraude de ley, conforme al *art. 6.4 del CC* : *"Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir."*

Y éste es la base del delito de prevaricación, junto con la desviación de poder. Se trata de estudiar si existe una maniobra que vulnera una norma jurídica, pero se ampara en el marco y contenido de otra disposición legal, de tal manera que, con esta técnica se intenta demostrar una legalidad aparente, pero se enmascara una infracción clara y grosera de la normativa.

Consideramos que ésta fue la finalidad de convocar el concurso de proyectos. Obviamente, no existe prueba directa de ello, lo cual nos obliga a acudir a la prueba de indicios. Al respecto, la *STS 610/2016, de 7 de julio*, declara que *"el Tribunal Constitucional y esta Sala han precisado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Se coincide en resaltar como requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria los siguientes: que los indicios, que han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados, que de ellos fluya de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado y que el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito."*

Pues bien, el primer indicio incriminatorio se refiere a la falta de publicación del concurso en el DOCE. Dice la acusada Adelaida que no consideró que este contrato requiriera la publicidad comunitaria a partir del *art. 216.2.4 de la LCSP (RDL 2/2000)*, ya que aquí no había premios y tampoco el precio era cierto. Por eso aplicó la norma general del *art. 78.2* de esa legislación. En este punto, consideramos que, si la publicidad dependía del premio, era necesaria la publicidad en el ámbito europeo. Dice la cláusula duodécima del pliego de condiciones: *"El autor del proyecto ganador será adjudicatario del Contrato de Asistencia Técnica para la redacción del Proyecto Básico y de Ejecución el Auditorio. Igualmente, se hará cargo de la Dirección Técnica de las obras."*

De acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 216 de Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la adjudicación del contrato de Asistencia Técnica para la redacción del Proyecto Básico y de Ejecución de Auditorio, así como de la Dirección Técnica de las obras, el ganador del concurso regulado en el presente pliego se efectuará mediante Procedimiento Negociado sin Publicidad.

Los Honorarios del proyecto definitivo se calcularán de acuerdo a los baremos orientativos del COAMU."

Cuando se publica el concurso el 26 de diciembre de 2007, recogiendo el pliego de bases generales de fecha 17 de diciembre de 2007, no se determina el importe u honorarios del ganador, al cual se le adjudican dos contratos: el de redacción del Proyecto básico de ejecución y la dirección técnica de la obra (según el perito interventor nº NUM005). Se dice que se estará a los baremos orientativos del COAMU. Pero menos de un mes después, el 15 de enero de 2008, se aprueba el pliego de cláusulas del procedimiento negociado sin publicidad, estableciendo el precio e importe a pagar al adjudicatario en 335.484,93 euros (IVA incluido) por los dos contratos, en varias anualidades: 130.000 euros con cargo al presupuesto de 2008,

91.000 euros con cargo al presupuesto de 2009, 78.000 euros con cargo al presupuesto de 2010 y 36,484,93 euros con cargo al presupuesto de 2011. Consta informe de la misma fecha 15 de enero de 2008 de la interventora accidental certificando que existe consignación suficiente en el presupuesto de 2008 para la autorización del gasto correspondiente al "*Contrato de consultoría y asistencia técnica para la redacción del Proyecto básico y de ejecución de la obra Teatro-Auditorio Municipal anualidad 2008*", por importe de 130.000 euros. También se indicaba que las anualidades 2009, 2010 y 2011, de 91.000 euros, 78.000 euros y 36.484,93 euros, respectivamente, quedarían condicionadas a la disponibilidad de los créditos de cada ejercicio presupuestario (folios 1026 y ss. del anexo 3.3. se establece el procedimiento de negociado sin publicidad). No sabemos de dónde sale esta cantidad global de 335.484,93 euros, pero si efectivamente se determinó a partir de las bases del COAMU, no hay duda de que su determinación podía calcularse en el momento de aprobarse el pliego de bases generales que debía regir el concurso de proyectos. Lo cual deja patente que el precio no era incierto, sino claramente determinable desde el primer momento. Y para esta determinación no era obstáculo no saber el presupuesto total propuesto en el proyecto ganador, ya que una de las bases del concurso ya establecía que se contaba con 6 millones de euros.

Si se hubiera determinado en el momento inicial, no hay tampoco duda alguna de que conforme al propio precepto citado por la acusada Adelaida (*art. 216.2 del RDL 2/2000*), en relación con el art. 203.2 c), existía plena obligación de que el contrato tuviera publicidad comunitaria.

Pero, además, el *art. 78.3 del RDL 2/2000* se refiere a la publicidad comunitaria de los contratos de consultoría y asistencia y de servicios (Titulo IV del Libro II). En el presente caso no solamente se estaba ante un contrato de este tipo, sino se refería a un concurso de proyectos con un montante económico de 6 millones de euros. La publicidad era determinante para garantizar la libre concurrencia de ideas.

Y en relación con lo anterior se encuentra el segundo indicio incriminatorio, que es el exiguo plazo de 15 días naturales otorgado para la presentación de los proyectos. Es obvio que este plazo únicamente podía beneficiar al arquitecto que había estado trabajando hasta en tres trabajos anteriores: un anteproyecto y dos proyectos. Y que el plazo era corto queda acreditado no sólo con los reparos que puso el Colegio de arquitectos, sino también por la declaración testifical de Magdalena, que también presentó una propuesta. Esta testigo ha explicado que este plazo tan corto se suele establecer para otras licitaciones más sencillas, pero no en proyectos de esta envergadura. Obviamente, con un plazo tan limitado, se pueden presentar menos profesionales. Añade que precisamente ellos (refiriéndose a su hermano y a ella misma) pudieron presentar una idea y el plazo no les importó porque su hermano había realizado un trabajo de final de carrera que era precisamente la construcción de un auditorio y ya lo tenían estudiado.

Aporta también información en este punto el testigo Jesús, que también presentó una propuesta y además una queja ante el Ayuntamiento. Tras declarar que es obvio que el plazo de 15 días era limitado y que normalmente se suele tener un tiempo de 2 o 3 meses, recuerda que tuvo que reunir bastantes colaboradores y trabajar mucho, con noches sin dormir, para poder presentar una idea.

Por tanto, a pesar de que el pliego de condiciones indicaba que se quería abrir el concurso a cualquier profesional de la arquitectura, a continuación, se limitó el número de presentaciones: se estableció un plazo de presentación claramente exiguo

(15 días naturales) y se publicó el concurso en plenas fiestas navideñas, el 26 de diciembre. Como dijo el decano del Colegio de arquitectos de Murcia, Alexis, era el concurso de los Inocentes por el momento en que se publicó.

Podemos pensar que, efectivamente, el concurso corría prisa, a la vista del retraso que ya llevaba el proyecto, y existía la necesidad de justificar, al menos, el inicio de la utilización de la subvención. Pero lo que no se entiende es que se publicara un concurso de tal envergadura en plena Navidad y se otorgue a los participantes un plazo de presentación tan corto. Es obvio que el órgano convocante no tenía intención de dejar que concurriera el mayor número de ideas posible para llevar a cabo la obra pública más importante a realizar en la localidad.

En este punto, rebosa claramente la parcialidad de declaración de la testigo Teodora (arquitecta contratada por el Ayuntamiento para la realización del PGOU), cuando preguntada expresamente sobre qué le parecía ese plazo de 15 días, contesta que los estudios de arquitectura que se dedican a presentar concursos tienen tiempo suficiente para hacer una propuesta, porque suelen utilizar trabajos previamente redactados. Y se afirma lo anterior, en cuanto a la falta de parcialidad, por dos razones: en primer lugar, porque no se requieren conocimientos técnicos específicos para ratificar lo que es notorio: un plazo de este tipo, con muchos días inhábiles, imposibilita por sí mismo la libre competencia en la presentación de ideas. Y en segundo lugar, porque es obvio que era más fácil concurrir a los profesionales que ya tuvieran un trabajo previo hecho, como fue el caso de la arquitecta Magdalena (que presentó junto a su hermano un trabajo de final de carrera) y el propio Fausto, que desde el año 2006 había efectuado no uno, sino hasta tres trabajos parecidos en este proyecto.

No puede discutirse que, dadas las características técnicas, económicas y de prestigio del proyecto que se licitaba, era interesante para cualquier profesional de la arquitectura que se dedicara a esta materia. Y no tenemos duda alguna de que, si se hubiera establecido un plazo habitual de presentación de ideas a este tipo de proyectos, las propuestas hubieran sido muy superiores a las tres recibidas. Podrá decirse que esa libre licitación fue cortada por la advertencia remitida por el Colegio de arquitectos, en cuanto a la posible parcialidad del concurso. Y es posible que fuera así, pero no tenemos duda tampoco de que la parcialidad municipal existió desde el inicio y, en esencia, fue ésta la que limitó la libre competencia.

Según el informe de la acusada Adelaida de fecha 17 de diciembre de 2007, este plazo de 15 días sale de la aplicación del *art. 78 del RDL 2/2000*, aunque no se determina apartado. Leyendo el precepto, es obvio que se refiere al apartado 2 (*"En los procedimientos abiertos la publicación se efectuará con una antelación mínima de quince días al señalado como el último para la admisión de proposiciones"*). Pero en el presente caso, también podía ser de aplicación el apartado 3: *"Los procedimientos relativos a los contratos regulados en el Libro II, Títulos I, III y IV de esta Ley, se anunciarán, además, en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» en los casos y plazos que se señalan en su articulado y conforme al procedimiento y modelo oficial establecidos por la Comunidad Europea y podrán serlo voluntariamente en los demás supuestos.*

El envío del anuncio al «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» deberá preceder a cualquier otra publicidad. En todo caso esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio."

El título IV del Libro II se refiere expresamente a *"De los contratos de consultoría y asistencia y de los de Servicio"*; cuyo art. 207 establece: *"1. En el procedimiento abierto el plazo de presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cincuenta y dos días a contar desde la fecha del envío del anuncio del contrato a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas."*

De aquí sale el plazo general de 52 días al que se han referido los testigos arquitectos que han depuesto en el acto del juicio oral.

El tercer indicio incriminatorio fundamental es la propia composición del jurado, que no fue analizada por la sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, porque su posible falta de independencia no fue objeto de la demanda. En la base décima del pliego de condiciones, completada por la resolución del alcalde de 8 de enero de 2008 (folio 869 del anexo 3.3.), se indica que el alcalde ha resuelto designar como miembros del jurado a los siguientes vocales:

"Vocal 1º: Sonia, concejala de cultura del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras.

Vocal 2º: Teodora, arquitecta, número NUM004 del COAMU.

Vocal 3º: Violeta, arquitecto técnico municipal.

Vocal 4º. Felix, jefe de los servicios técnicos del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras."

Y el presidente es precisamente el alcalde, según la base décima.

Así descrito, es obvio que la composición del jurado era afín al Ayuntamiento y en última instancia al propio alcalde, pues todos formaban parte de dicha Institución de una u otra forma. Incluso la perito Eva María, propuesta por el acusado Evaristo, concluye que todos los miembros fueron nombrados por el alcalde. Contrasta esta composición afín al alcalde con la contenida en el acta del jurado de 27 de octubre de 2010 del concurso de proyectos sobre el tratamiento del entorno urbano de la Rambla de Nogalte, acompañada precisamente en el escrito de defensa de Fausto (acontecimiento digital 1522 del procedimiento ante el Juzgado de Lorca o folios 1763 a 1771 del tomo VI). Para este concurso se contó con una presidenta (la alcaldesa) y diez vocales, algunos de ellos completamente desvinculados del Ayuntamiento.

Tal composición parcial del jurado debe estudiarse juntamente con la votación que se llevó a cabo, que es el cuarto indicio incriminatorio.

Concluimos con el perito interventor nº NUM005 que los criterios para la adjudicación del concurso eran genéricos e inespecíficos: *"Los criterios de valoración incluidos en el Pliego son muy indefinidos, y en aplicación de los mismos el Jurado asignó 3 puntos a la mejor oferta, 2 a la segunda y 1 a la tercera, en cada uno de los 8 aspectos a valorar. En la documentación recibida no se ha localizado ningún documento que explique la razón de dar esos puntos a cada aspecto o licitador."*

Tales criterios vienen en la base undécima que *"el jurado deberá emitir el fallo de forma libre y razonada (el subrayado es nuestro), de conformidad con los siguientes criterios:*

- *Funcionalidad y flexibilidad en los usos de los espacios proyectados.*
- *Carácter emblemático, calidad, singularidad y representatividad de la propuesta edificatoria.*
- *Relación con el entorno, integración en la ciudad y adopción de soluciones con los espacios públicos colindantes.*
- *La calidad conceptual y forma de la propuesta.*
- *Consideración de los condicionantes de partida y resolución de los problemas planteados.*
- *Claridad expositiva y sencillez de la solución propuesta.*
- *Optimización del mantenimiento y conservación.*
- *Soluciones técnicas innovadoras y sostenibles y que impliquen ahorro energético en el uso del edificio.*
- *Otros supuestos que el Jurado pueda considerar relevantes."*

Las actas de la votación (manuscrita e impresa de los folios 885 y ss. del anexo 3.3.) no argumentan nada con respecto a las conclusiones de los miembros del jurado para adjudicar el proyecto. Únicamente consta la atribución de 1 a 3 puntos por cada criterio a tener en cuenta, sin explicación o motivación alguna. Así, estos criterios tan amplios e imprecisos y esta resolución huérfana de toda explicación permitieron adjudicar el contrato a la propuesta que interesaba que fuera la ganadora.

Tampoco ninguno de los testigos que fueron miembros del jurado ha dado una explicación coherente y clara de las razones que les decantaron a favor del proyecto de Fausto, porque no se dejó constancia de razonamiento alguno como exigían las bases y ni siquiera se ponen de acuerdo en la forma en que se pudo producir la votación, a pesar de que no tienen duda alguna en afirmar que no recibieron indicaciones para votar a favor de una u otra propuesta.

Así, el testigo Felix (técnico del Ayuntamiento en aquel momento) recuerda que hubo debate entre los miembros, pero no recuerda si el acta era manuscrita o por ordenador.

La testigo Sonia (concejala de Educación, Cultura y Ciencia), tras afirmar lo mismo, en relación con que no había nadie que la guiara, recuerda que vio varios proyectos durante un rato y votó el que más le gustó. No hubo deliberación y cada uno votó lo que quería votar. Cada uno votó individualmente, sin debate entre los miembros del jurado, y desconoce la forma en que se juntaron los votos para otorgar 1, 2, o 3 puntos. Ella se decantó por el que tenía más luminosidad. Finalmente añade que, quizás como ella tenía mucho trabajo, dejó allí su voto y se fue.

Merece una mención especial la declaración testifical de Teodora. Es cierto que ha sido más explícita en la forma en que se produjo la votación: describe que no hubo indicación alguna para que se decantaran por una u otra propuesta y que hubo discusión, de tal manera que cada miembro votaba de 1 a 3 en cada uno de los

criterios, pero no recuerda si se hizo de forma oral o escrita, y tampoco recuerda si el acta fue manuscrita o impresa, porque ella no la redactó. Esta declaración tiene una clara intención de auxiliar a los acusados. En primer lugar, se ha tenido tiempo de preparar y de conocer previamente las declaraciones de los otros miembros del jurado, especialmente en cuanto a su parquedad. Ha sido un intento de aportar más datos que incluso los otros dos miembros ni recordaban, ni querían contestar. Las declaraciones de Felix e Sonia fueron más parcas e intentaron no profundizar en este tema. En segundo lugar, dicha declaración es claramente parcial a partir de otras de las afirmaciones efectuadas por la propia testigo: en cuanto a la suficiencia del plazo de 15 días, a la negativa de conocimiento del previo proyecto anterior del acusado Fausto que había salido en la prensa (alegación difícil de creer si se tiene en cuenta que trabajaba en el Ayuntamiento y ella misma había llegado a optar a algún contrato de obras municipales) y a la declaración de suficiencia del plazo de 1 mes para la presentación del proyecto básico de ejecución (cuyo examen procede realizar más adelante).

Visto lo anterior, consideramos que los miembros del jurado incumplieron claramente su obligación de razonamiento de la decisión adoptada y ni siquiera se cuestionaron los criterios a valorar, tal como ha propuesto la perito Eva María para intentar justificar su actuación. Más aún, ni siquiera se han puesto de manifiesto, como posible causa de adjudicación, la principal diferencia entre el proyecto de Fausto y el resto de las otras propuestas: la cantidad de edificios y m² de obra a construir. La testigo Sonia habla simplemente de *luminosidad*.

Contrasta nuevamente en este punto el acta del jurado de 2010 del concurso de la Rambla de Nogalte a la que anteriormente se ha hecho referencia, en la que se redactó y se dejó constancia escrita de la argumentación de la decisión del jurado para cada una de las propuestas.

Otro indicio más, tal y como decíamos antes, es la presentación por parte del acusado Fausto de un proyecto singularmente distinto al previamente utilizado por el Ayuntamiento para conseguir la subvención. Es obvio que no podía presentarse el mismo, a pesar de que el Decreto de concesión de la subvención no deja lugar a dudas sobre cuál es el anteproyecto a tener en cuenta. Y ello es así, porque consideramos del todo imposible que los acusados no tuvieran conocimiento de los reparos que los Colegios de arquitectos de Madrid y Murcia les habían notificado.

A partir de aquí, se sustituye la parcela sobre la que debe construirse la obra, porque era necesario conseguir una que permitiera tal construcción. Y la ubicada en la Rambla de Nogalte era inviable. Por tanto, esta sustitución de parcela no es un elemento de objetividad e imparcialidad en la decisión del jurado, sino que se debió única y exclusivamente a una necesidad técnica en la ejecución del proyecto, en aras a justificar la subvención.

Llegados a este punto, en el folio 943 del anexo 3.3. consta el anuncio de la decisión del jurado, que se publicó en el BORM el 5 de marzo de 2008, con error, porque se refería a "*Coreografía de la Luz*" de Fausto, cuando su proyecto era "*Ciudad de Actividades*". Es cierto que parece un simple error, pero debe enmarcarse en todos los actos anteriormente relatados: se trata de la decisión de un jurado sobre el concurso de mayor importancia licitado por el Ayuntamiento y se fue incapaz de recordar el lema del proyecto ganador. Eso sí, no hubo error en el nombre del arquitecto ganador.

En los folios 1026 y ss. del mismo anexo 3.3, consta el pliego de condiciones de 15 de enero de 2008, del procedimiento de negociado sin publicidad del contrato de consultoría y asistencia para la redacción del proyecto de ejecución de la obra "Teatro-Auditorio Municipal"; certificación de la resolución de Alcaldía de 17 de enero de 2008 aprobando el pliego de cláusulas del procedimiento de negociado, el importe a pagar y apertura del procedimiento de adjudicación de este contrato por procedimiento de negociado sin publicidad; escrito de la concejal de cultura Sonia remitido a Fausto para que participe en el procedimiento de negociado y aceptación del arquitecto y certificación de la resolución de Alcaldía de 29 de enero de 2008 de adjudicación del contrato. También consta en el folio 1051 el contrato de fecha 7 de febrero de 2008 entre el alcalde Evaristo y Fausto y en el folio 231 del anexo 9.2 Certificación de la secretaria accidental de la resolución de la Alcaldía de fecha 18 de abril de 2008, designando director de la obra a Fausto.

En la cláusula tercera del pliego de condiciones del procedimiento negociado se estableció también el plazo de un mes para la redacción del proyecto, que, a la vista de los errores que se cometieron en su redacción y que serán objeto de análisis más adelante, era completamente insuficiente. La testigo Teodora ha intentado evadir la respuesta sobre la suficiencia o no de este plazo al indicar que hay proyectos que necesitan 6 meses o más y otros que pueden estar redactados un mes y medio. Como dice el perito interventor, este plazo de un mes entra en plena contradicción con las previas manifestaciones del acusado Fausto, cuando en junio de 2007 solicitó un plazo de 18 meses para la completa y correcta definición del proyecto de ejecución.

Y decimos que era completamente insuficiente a la vista de los errores patentes que este proyecto básico y de ejecución contenía. Basta en este momento enumerarlos, ya que su análisis debe realizarse en el ámbito del proyecto modificado. Como antecedentes, cabe decir que este proyecto tenía un grave defecto en el presupuesto al establecer como presupuesto de ejecución de contrata el presupuesto de ejecución de material, no contenía capítulo de seguridad y salud, no contenía estudio geotécnico y existía una clara necesidad de retranquear el edificio de Teatro-Auditorio, a la vista del Plan Parcial que se iba a aprobar de forma definitiva en la aprobación del PGOU el 26 de mayo de 2008.

Aunque existían tales defectos, el técnico municipal Felix emitió en fecha 11 de febrero de 2008 informe favorable al indicar que " *el proyecto presentado no presenta anomalías* " (folio 658 del anexo 3.2). Este testigo ha indicado que no detectó falta de información, pues la presentada era la mínima y ya está el colegio profesional para examinarlo.

Por su parte, la secretaria municipal y hoy acusada Adelaida emitió informe, también de fecha 11 de febrero de 2008, en el que se indicaba que se había cumplido la legalidad con respecto al proyecto y que no existía inconveniente para la aprobación del expediente y continuar con la convocatoria para la adjudicación del contrato de obras. El resto de los trámites será objeto de análisis más adelante.

Como decimos, llegamos a la conclusión de que la resolución del concurso de proyectos sí estaba previamente decidida. Consideramos probado que entre el acusado Evaristo y Fausto existió un acuerdo para que el segundo fuera realizando los proyectos necesarios para solicitar la subvención.

El primer anteproyecto de junio de 2006 responde precisamente al momento en que la Consejería de Cultura tuvo conocimiento del remanente de 60 millones de

euros; pero el concierto entre ambos acusados es previo, a la vista de la publicación de la noticia en el Anuario de 2005 del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras. El otro proyecto, de noviembre de 2006, también se efectuó porque la conformidad a la subvención y su concesión se realizaron en apenas 15 días de diciembre de 2006. Es obvio que en ese momento y a pesar de que se recibieron los primeros 3 millones de euros, ni siquiera se tenía parcela donde ubicar la construcción. De ahí la necesidad de remitir un nuevo escrito a la Consejería en julio de 2007, firmado por ambos acusados, reconociendo que el proyecto de básico y de ejecución requiere mayor tiempo para su completa y correcta definición.

Ninguno de los tres proyectos de 2006 y 2007 tuvieron entrada en el registro del Ayuntamiento. Y no podían tenerla, pues de haber sido así, la ilegalidad sí hubiera sido flagrante al obligar al Ente local a tramitar el proceso administrativo correspondiente para determinar qué proyecto era el que debía presentarse ante la Comunidad Autónoma para solicitar la subvención. Mientras tanto, se podía seguir diciendo que se trataba de una idea desinteresada del arquitecto redactor. Pero una idea de este tipo, sin registro administrativo legal, nunca puede utilizarse por un organismo público en su actuación externa; en este caso, la solicitud de una subvención. Y mucho menos, publicitarlo con fines políticos en los medios de comunicación.

Y cuando se tuvo todo el dinero (pues los 3 millones de la anualidad de 2007 llegaron también en diciembre de 2007) y se dispone de la parcela para la obra, se convoca el concurso de proyectos, totalmente condicionado a que el ganador fuera el arquitecto que no solo había redactado tres proyectos, sino que además se había avenido a reconocerse como director técnico de la obra. Los trabajos efectuados por el acusado Fausto exceden en mucho de la formulación de una simple idea.

A los efectos de la acreditación de la actuación delictiva, poco importa que se hubiera adjudicado el concurso a otro aspirante o que haya sido declarado conforme con la legislación administrativa. La *STS de fecha 26 de marzo de 2013 (nº 303/2013)* recuerda que en el delito de prevaricación *"no se exige un efectivo daño objetivo a la cosa pública o servicio de que trate, porque siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Este delito, con independencia de que puede producir un daño específico a personas o servicios públicos, también produce un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, porque de custodio de la legalidad se convierten en sus primeros infractores con efectos devastadores en la ciudadanía. Nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo a la Ley, y por tanto el apartamiento de esta norma de actuación siempre supone una ruptura de esta confianza que lleva aparejada la más grave de las respuestas previstas en la sociedad democrática, la respuesta penal, y no puede servir de coartada a dicha respuesta penal la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa."*

De este delito de prevaricación es autor, sin ningún género de dudas, el alcalde Evaristo, conforme al *art. 28a del C.P .*, en relación con el *art. 24 del C.P .*, dada su condición de Autoridad. Y sí consideramos que el delito se cometió en su modalidad de continuado, a la vista de las resoluciones o actos que tiene efectos claros en el tráfico jurídico. Recuérdese que la prevaricación administrativa precisa de una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los administrados; y se comete en continuidad delictiva cuando, conforme al *art 74 del C.P .*, se aprovechó idéntica ocasión para realizar una pluralidad de acciones que responden al mismo plan

preconcebido de contratación irregular del acusado Fausto. Tales actos administrativos o resoluciones son los siguientes:

- La contratación verbal del arquitecto para la realización de tres proyectos, sin que tuvieran registro de entrada en el registro del Ayuntamiento (de la cual no se duda y está prohibida por el *art. 55 del RDL 2/2000* aplicable al momento de los hechos).

Tal acto prevaricador vino corroborado por la carta de fecha 16 de junio de 2006 remitida por el alcalde al director general de Cultura, acompañando memoria justificativa relativa a la conveniencia y necesidad de construcción de un teatro auditorio en Puerto Lumbreras y el anteproyecto de 2006; y por la carta de 18 de diciembre de 2006 del alcalde Evaristo, mostrando conformidad a la concesión de la subvención y acompañando dicha documentación: el proyecto de 2006 y la indicación de que se disponía de parcela. Si bien se trata solamente de una carta, tuvo claros efectos jurídicos, pues fue el objeto de la tramitación del expediente abierto en la Consejería de Cultura para la concesión de la subvención y del dictado del Decreto nº 349/2006.

- El acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de diciembre de 2006, presidida por el alcalde, de aprobación de la subvención y del proyecto básico del Teatro-Auditorio realizado por el arquitecto Fausto.

Este acto prevaricador vino corroborado por el escrito de fecha 2 de julio de 2007 del alcalde Evaristo dirigido a la Dirección General de Cultura, acompañando informe del acusado Fausto de junio de 2007, que solicitaba la ampliación del plazo para justificar la subvención. Si bien se trata de un simple escrito, tuvo efectos jurídicos al dictarse el Decreto 331/2007, de 26 de octubre, del Consejo de Gobierno de la CARM, por el que se permitió acreditar la justificación de la subvención entera hasta el 30 de abril de 2009.

- La resolución de fecha 17 de diciembre de 2007 en la que aprueba la convocatoria y pliego de cláusulas que debían regir el concurso de proyectos. Este pliego recoge unas condiciones de publicidad y plazos que limitan claramente la libre competencia.

- La resolución del alcalde de fecha 8 de enero de 2008 de designación de los miembros del jurado, por ser completamente afines a la persona que les ha nombrado.

- El acta del jurado de 14 de enero de 2008, por no razonar suficientemente su decisión. Aunque es un acuerdo colegiado que produjo efectos jurídicos, se imputa su contenido al acusado Evaristo a la vista de todo lo narrado y ser precisamente el presidente del jurado.

- La firma del contrato el 7 de enero de 2008 (que se aprobó en la Junta de Gobierno Local de 14 de febrero de 2008) y la resolución de la Alcaldía designando director de la obra al arquitecto acusado.

El acusado Fausto es responsable penalmente, en concepto de cooperador necesario (*art. 28b del C.P.*), de los actos descritos en cuento a su contratación verbal. Se avino a redactar determinados proyectos, sin que tuvieran entrada en el Ayuntamiento; a sabiendas de que su remuneración sería posterior, tras la adjudicación del concurso de proyectos. Y efectivamente, sabía que había remuneración desde el momento en que el decreto de concesión de la subvención ya

se refería a su anteproyecto de 2006. Es prevaricador también el escrito redactado por él en junio de 2007 solicitando mayor plazo para la redacción del proyecto básico y de ejecución, reconociendo que ya había finalizado la fase de la confección del anteproyecto. Este escrito sirvió de base a la comunicación de 2 de julio de 2007 remitida por el alcalde a la CA para solicitar mayor plazo en la justificación de la subvención. Y es también prevaricadora la participación de Fausto en el concurso de proyectos, a sabiendas de que él iba a ser el ganador; así como la firma del contrato con el Ayuntamiento que todo lo anterior conllevó, con la regularización de los honorarios.

En el ámbito de la participación de un particular o extraneus en el delito de prevaricación, dice la *STS núm. 627/2006, de 8 de junio* : *"el delito de prevaricación es un delito especial propio del que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos con capacidad para dictar resoluciones administrativas. Añade esta Sentencia que el reproche penal a título de partícipe en el hecho del autor requiere que quien así actúa no sólo persiga la realización del hecho delictivo, sino que, además, debe tener intención de participar, en el sentido de colaborar en el hecho delictivo de otro. El partícipe ha de actuar dolosamente, por lo que su aportación al delito requiere sea realizada con conocimiento de que su aportación presta la ayuda necesaria al autor para la realización del hecho delictivo, en este caso con un aporte estimado esencial y, por consiguiente, necesario."*

A la acusada Adelaida, secretaria municipal accidental en todos los actos descritos y funcionaria de carrera, se le exige responsabilidad penal, como cooperadora necesaria, por no haber puesto reparo alguno, conforme al *art. 28b y 11.a del C.P* . (comisión por omisión por existir una obligación legal de actuar).

Indica el Ministerio Fiscal que la acusada incumplió gravemente sus obligaciones legales en la JGL de 26 de diciembre de 2006. Debió excluir el expediente del orden del día o emitir un informe contrario para conocimiento del resto de concejales. La acusada faltó a sus funciones cuando:

- no advirtió de la inexistencia de expediente de contratación alguna del arquitecto Fausto;

- no advirtió de que no existía expediente referido al proyecto básico (ya que no había sido registrado) ni tampoco existía informe jurídico y técnico a favor de dicho proyecto;

- no existía propuesta en firme del concejal de Educación, pues solamente constaba un documento no firmado;

- no había disponibilidad alguna sobre la parcela ofrecida.

Y a partir de aquí, se le exige responsabilidad por los siguientes informes:

- El de 17 de diciembre de 2007, donde constata que no existe inconveniente para aprobar el expediente de la licitación del concurso e iniciar su convocatoria (folio 851 y 852 del anexo 3.3).

- El de 10 de enero de 2008, que se refieren a la certificación sobre la forma en que se presentaron las propuestas.

- El de 12 de enero de 2008, que se refiere a la certificación de las tres propuestas. Considera el Ministerio Fiscal que se obvió intencionadamente las propuestas que no eran anónimas.

- El de 14 de enero de 2008, referido a la redacción del acta de la decisión del jurado en el concurso de proyectos.

- El de 17 de enero de 2008, referida a la certificación de la decisión del jurado, declarando ganador al proyecto "Ciudad de Actividades" de Fausto.

- El de 11 de febrero de 2008, en el se constata que no existe inconveniente para aprobar el expediente de licitación de la obra e iniciar su convocatoria.

La defensa de la acusada ha hecho hincapié en que las funciones de un secretario municipal están limitadas y únicamente procede otorgar fe pública a los actos dictados por las autoridades y órganos municipales y emitir asesoramiento jurídico cuando así lo indique la ley.

Debemos dejar al margen los reparos puestos con respecto al anonimato de las propuestas, tal y como hemos argumentado anteriormente. No nos consta acreditado, sin ningún género de dudas, que tal requisito fuera incumplido a la vista de la declaración testifical de otra de las arquitectas que, junto con su hermano, presentaron una propuesta.

Así las cosas, iniciamos la exposición con referencia a las funciones del secretario del pleno municipal. Dice el *art. 122 de la Ley de Bases de Régimen Local* (Ley 7/1985, de 2 de abril) establece:

"5. Corresponderá al secretario general del Pleno, que lo será también de las comisiones, las siguientes funciones:

a) La redacción y custodia de las actas, así como la supervisión y autorización de las mismas, con el visto bueno del Presidente del Pleno.

b) La expedición, con el visto bueno del Presidente del Pleno, de las certificaciones de los actos y acuerdos que se adopten.

c) La asistencia al Presidente del Pleno para asegurar la convocatoria de las sesiones, el orden en los debates y la correcta celebración de las votaciones, así como la colaboración en el normal desarrollo de los trabajos del Pleno y de las comisiones.

d) La comunicación, publicación y ejecución de los acuerdos plenarios.

e) El asesoramiento legal al Pleno y a las comisiones, que será preceptivo en los siguientes supuestos:

1.º Cuando así lo ordene el Presidente o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que el asunto hubiere de tratarse.

2.º Siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial.

3.º Cuando una ley así lo exija en las materias de la competencia plenaria.

4.º Cuando, en el ejercicio de la función de control y fiscalización de los órganos de gobierno, lo solicite el Presidente o la cuarta parte, al menos, de los Concejales."

Tales funciones son predicables también del secretario que asiste a las sesiones de la Junta de Gobierno Local, al recordar el art. 126 de la misma ley que: "1. La Junta de Gobierno Local es el órgano que, bajo la presidencia del Alcalde, colabora de forma colegiada en la función de dirección política que a éste corresponde y ejerce las funciones ejecutivas y administrativas que se señalan en el artículo 127 de esta ley."

Concretamente, el RD 1174/1987, de 18 de diciembre, establece en su art. 1 :

"1. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales:

a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo."

Y el art. 2 indica:

"La función de fe pública comprende:

a) La preparación de los asuntos que hayan de ser incluidos en el orden del día de las sesiones que celebren el Pleno, la Comisión de Gobierno decisoria y cualquier otro órgano colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma, de conformidad con lo establecido por el Alcalde o Presidente de la Corporación y la asistencia al mismo en la realización de la correspondiente convocatoria, notificándola con la debida antelación a todos los componentes del órgano colegiado.

b) Custodiar desde el momento de la convocatoria la documentación íntegra de los expedientes incluidos en el orden del día y tenerla a disposición de los miembros del respectivo órgano colegiado que deseen examinarla.

c) Levantar acta de las sesiones de los órganos colegiados referidos en el apartado a) y someter a aprobación al comienzo de cada sesión el de la precedente. Una vez aprobada, se transcribirá en el Libro de Actas autorizada con la firma del Secretario y el visto bueno del Alcalde o Presidente de la Corporación.

d) Transcribir al Libro de Resoluciones de la Presidencia las dictadas por aquélla y por los miembros de la Corporación que resuelvan por delegación de la misma.

e) Certificar de todos los actos o resoluciones de la Presidencia y los acuerdos de los órganos colegiados decisorios, así como de los antecedentes, libros y documentos de la Entidad.

f) Remitir a la Administración del Estado y a la de la Comunidad Autónoma, en los plazos y formas determinados reglamentariamente, copia, o en su caso, extracto de los actos y acuerdos de los órganos decisorios de la Corporación, tanto

colegiados como unipersonales.

g) Anotar en los expedientes, bajo firma, las resoluciones y acuerdos que recaigan.

h) Autorizar, con las garantías y responsabilidades inherentes, las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la Entidad.

i) Disponer que en la vitrina y tablón de anuncios se fijen los que sean preceptivos, certificándose su resultado si así fuera preciso.

j) Llevar y custodiar el Registro de Intereses de los miembros de la Corporación y el Inventario de Bienes de la Entidad."

Y el art. 3 dispone:

"La función de asesoramiento legal preceptivo comprende:

a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de Concejales o Diputados con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

b) La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial. En estos casos, si hubieran informado los demás Jefes de servicio o dependencia u otros asesores jurídicos, bastará consignar nota de conformidad o disconformidad, razonando esta última, asumiendo en este último caso el firmante de la nota la responsabilidad del informe.

c) La emisión de informes previos siempre que un precepto legal expreso así lo establezca.

d) Informar, en las sesiones de los órganos colegiados a que asista y cuando medie requerimiento expreso de quien presida, acerca de los aspectos legales del asunto que se discuta, con objeto de colaborar en la corrección jurídica de la decisión que haya de adoptarse. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión sobre cuya legalidad pueda dudarse podrá solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación.

e) Acompañar al Presidente o miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras y, si así lo demandaren en sus visitas a autoridades o asistencia a reuniones, a efectos de asesoramiento legal.

d) La tramitación de los expedientes de responsabilidad por perjuicio de valores."

En el mismo sentido se expresa el *art. 173 del RD 2568/1986* que aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales.

Dicho lo anterior, la primera responsabilidad penal y más importante, la que

deriva del acta de la JGL de 26 de diciembre de 2006, no se ubica en el ámbito de la función de asesoramiento legal, sino en el de la fe pública. Así, la acusada declaró que en dicha junta únicamente actuó como fedataria pública y que no controla el contenido de los expedientes. Añade que esta propuesta entró como urgente en la JGL y hasta ese momento ninguna persona tenía conocimiento de ella, salvo el concejal que la propuso oralmente. Y frente al documento sin firma, referente a la propuesta del concejal Leoncio (acontecimiento digital 479 del procedimiento del TSJ), manifiesta que es irrelevante y que lo importante es el acuerdo. Añade que el acuerdo se refirió exclusivamente a manifestar la voluntad de la Corporación con respecto a la subvención, sobre la base de un documento básico que no es el que se quiere utilizar para la obra. Añade que, con dicho proyecto, únicamente se indicaba a la Consejería qué se quería hacer.

Tales afirmaciones contradicen la legislación vigente. En primer lugar, ya se ha indicado que algunos de los contenidos de la fe pública municipal son el control de la preparación de los asuntos a tratar en los órganos colegiados y la custodia de la documentación de los expedientes, que debe estar a disposición de los componentes del órgano con anterioridad a la celebración de la Junta. Lo cual significa que no pueden entrar asuntos de forma urgente sin que exista un expediente incoado y terminado. Especialmente, lo indica el *art. 177 del RD 2568/1986* (Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales) cuando establece:

1. Conclusos los expedientes, se entregarán en la Secretaría de la Corporación que, después de examinarlos, los someterá al Presidente.

2. Para que puedan incluirse en el orden del día de una sesión, los expedientes habrán de estar en poder de la Secretaría tres días antes, por lo menos, del señalado para celebrarla.

3. Se dejará copia certificada en el expediente de la resolución adoptada."

Por tanto, entraba dentro de las funciones de la secretaria municipal retirar el asunto sobre la aprobación del proyecto básico de 2006 si, verdaderamente, tuvo entrada de forma oral por la propuesta del concejal de Educación.

Pero la redacción del acta de la JGL dice textualmente: *"Por la Sra. Secretaria General se dio cuenta de la propuesta del Acuerdo del Sr. Concejal de Educación relativa a la aprobación del proyecto básico del Teatro-Auditorio en Puerto Lumbreras".*

Y este documento sin firmar dice: *"PROPUESTA DE ACUERDO*

Visto el Proyecto Básico de Teatro-Auditorio en Puerto Lumbreras, redactado por el Arquitecto D. Fausto, con un presupuesto de ejecución por contrata de 6.000.000,00 €.

Visto que la Consejería de Educación y Cultura de la C.A.R.M tiene prevista la concesión a este Ayuntamiento de una subvención paccionada de 6.000.000,00 €, distribuidos en dos anualidades (2006-2007) de tres millones de euros cada una, para la ejecución de este proyecto.

Por lo expuesto, a la Junta de Gobierno Local propongo, para su aprobación, si procede, la adopción del siguiente ACUERDO:

PRIMERO.- Prestar la conformidad de este Ayuntamiento a la concesión por parte de la Consejería de Educación y Cultura de la CARM de una subvención de 6.000.000,00 €; para la construcción de un Teatro-Auditorio en Puerto Lumbreras.

SEGUNDO.- Aprobar el Proyecto Básico de Teatro-Auditorio en Puerto Lumbreras, realizado por el Arquitecto D. Fausto, con un presupuesto de ejecución de 6.000.000,00 e.

TERCERO.- Dar traslado del presente acuerdo a la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como al Departamento de Intervención-Tesorería de este Ayuntamiento, para su conocimiento y efectos.

Puerto Lumbreras, 26 de diciembre de 2006.

EL CONCEJAL DE EDUCACIÓN.

Fdo.- Leoncio."

A propósito de dicho documento, el propio Ayuntamiento contestó que *"en el expediente señalado no consta la existencia de ninguna propuesta del concejal de Educación; sin embargo en el expediente de la sesión ordinaria Nº 55/2006 de la Junta de Gobierno Local de fecha 26 de diciembre de 2006, sí consta un documento denominado "Propuesta de Acuerdo", que está sin firmar"*

No parece, por tanto, que hubiera exposición oral por parte del concejal de Educación. Pero, además y más importante, este escrito lleva la misma fecha que el día que se celebró la JGL, por lo que nunca debió incluirse en el orden del día.

En segundo lugar, es imposible que la secretaria municipal accidental no tuviera conocimiento de que no existía expediente alguno con respecto a la contratación del arquitecto Fausto y a su anteproyecto de 2006. De hecho, la misma acusada reconoce que el anteproyecto era únicamente un documento básico, por lo que era su deber inexcusable poner en conocimiento de la JGL que no podía aprobarse un documento sin expediente previo. La función de asesoramiento legal de la secretaria municipal primaba en este momento y debía haber tomado la palabra para informar a la JGL.

Los secretarios, junto con los interventores municipales, son funcionarios altamente capacitados para reflejar o constatar, a través de informes, advertencias o reparos, las actuaciones ilícitas de las autoridades y funcionarios. Además, su posición privilegiada dentro del órgano municipal les permite evidenciar posibles actuaciones delictivas, incluso antes de que se produzcan.

En este punto, reproducimos la *STS núm. 1325/2012, de 8 de julio* : *"La intervención del Secretario municipal dando fé de los decretos dictados debe suponer su plena conformidad a derecho, en tanto una de sus funciones es controlar la legalidad de la actuación municipal. De ahí que si hubiera advertido alguna irregularidad vendría obligado a manifestar el correspondiente reparo o advertencia. El Secretario, asesor jurídico municipal, es licenciado en derecho, y por tanto no debió dar fe de los acuerdos si eran ilegales o adoptar las medidas pertinentes formulando reparos o advertencias".*

En este caso de la JGL de 26 de diciembre de 2006, el primer acto prevaricador de la acusada Adelaida fue omisivo. El pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo decidió que el delito de prevaricación del *artículo 404 del Código Penal* puede ser cometido en la modalidad omisiva recogida en el *artículo 11 del mismo texto legal*. Y la *STS de 24 de mayo de 2017* estableció que es admisible la comisión por omisión en el delito de prevaricación cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa y no se hace, pues, *"como delito de infracción de un deber, queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad."*

A partir de la acreditación de lo anterior, los informes posteriores emitidos por la secretaria accidental ratifican una actuación dirigida a soslayar todos los obstáculos legales que impedirían poner de manifiesto la ilegalidad cometida por la contratación verbal del arquitecto.

Y esta argumentación no contradice lo más mínimo la contenida en el *auto de 25 de abril de 2007 de la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial de Murcia*, redactado por esta misma magistrada ponente. Como recuerda la defensa de la acusada Adelaida, dicha resolución se refería exclusivamente a la responsabilidad penal que se exigía al secretario municipal accidental por haber participado en tres juntas de gobierno, donde se aprobaron tres certificaciones de obra. Dicha participación está muy alejada de la que se imputa a la acusada Adelaida en el presente asunto. Pero es que, además, decíamos y mantenemos en dicha resolución: *"Dicho lo anterior y con carácter general para el cargo de Secretario del Ayuntamiento, desde el ámbito penal, debe rechazarse la general aceptación de que es el último garante y único de la regularidad jurídica de los actos e la Corporación. Con tal afirmación, no se pretende rebajar la trascendencia y entidad de las funciones de control jurídico de la Secretaría Municipal, ni por supuesto excusar conductas omisivas o conscientemente ignorantes frente a desmanes jurídicos de la autoridad. Pero el principio de subsidiariedad del derecho penal y el derecho a la presunción de inocencia exigen que, incluso para una imputación, debería existir indicios claros y directos no sólo respecto al cargo ostentado, y a la existencia de una resolución arbitraria (no meramente injusta), sino también respecto del control efectivo que el sujeto activo funcionario, no autor directo de un acto administrativo, pudiera haber tenido respecto a la emisión del acto que integra el elemento objetivo de la prevaricación _*

Por ello, para imputar al Secretario municipal deberá alcanzarse la convicción de que la actuación administrativa ilegal se produjo, precisamente, gracias a la intervención activa u omisiva de éste, pues lo contrario implicaría aceptar al respecto del Secretario Municipal una condición, la de titular del Control de la Legalidad de las actuaciones municipales, que, conforme al actual marco legal, no le corresponde. Desde la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, el Secretario ha perdido gran parte de sus antiguas atribuciones de jefe administrativo del ayuntamiento, reservándose fundamentalmente dos funciones, la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, lo que significa que ante todo es garante de la legalidad de la acción administrativa en beneficio de los ciudadanos. (D.A. 2ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)."

Resaltamos en subrayado las exigencias que deben hacerse al secretario municipal y que, en el presente caso, fueron obviadas.

A partir de aquí, las acusaciones exigen responsabilidad penal a la acusada Adelaida como cooperadora necesaria en la comisión del delito continuado de prevaricación administrativa en su actuación omisiva. Compartimos este título de imputación, dado el importante papel de la acusada en la ejecución del plan delictivo al emitir múltiples informes y obviando su condición de garante de la legalidad.

TERCERO . En lo que se refiere al proyecto modificado de septiembre de 2009, se imputa por la acusación pública un delito de fraude a la Administración del *art. 436 del C.P .*, en concurso ideal con un delito de prevaricación del *art. 404 del C.P .* Y por la acusación popular unificada, un único delito de fraude a la Administración del *art. 436 del C.P .*

Lo primero que se intenta poner de manifiesto es que, desde el primer momento, los acusados Evaristo y Fausto sabían que, a la vista de la envergadura de la obra del proyecto de enero de 2008, era imposible realizarlo con la subvención de 6.000.000 de euros y esperaban poderla concluir con otra subvención. Así, por ejemplo, con la subvención que se obtuvo, pero no se utilizó, para la construcción de un Centro de Arte Joven (folios 2 y 42 del anexo 4.1, folios 1167 y ss. del tomo III).

Y ello es así por varios motivos. El primero, el error en las primeras 17 certificaciones de las obras: se utilizó el montante de presupuesto de ejecución de material como si fuera el presupuesto de ejecución de contrata (5.998.514 euros con IVA). Y a este valor se le volvió a añadir los conceptos de GG, BI e IVA, lo que hacía que se duplicaran tales conceptos.

Otra de las razones fundamentales que permiten entender que era imposible completar la obra con el dinero de la subvención era que el proyecto ganador contenía muchos más m2 de construcción que aquellos anteproyecto y proyecto de 2006 y proyecto de 2007.

Al darse cuenta los acusados de que era imposible realizar toda la obra conforme al dinero recibido y que no habría más, se describe por las acusaciones que se construyó el proyecto modificado para salvar esta situación.

Además, ya desde la certificación número 1 hubo desfases entre la obra certificada y la ejecutada. Por ejemplo:

- La certificación nº 2 de julio de 2008 certificó una losa de cimentación del edificio del teatro por importe de 225.273,23 euros, cuando en realidad se efectuó una cimentación por zapatas, precisamente por el proyecto modificado.

- La misma certificación nº 2 recoge la partida 2.10 de hormigón armado con encofrado trepante en el edificio del teatro (por importe de 84.781,29 euros), cuando en virtud del modificado se suprimió.

- La certificación nº 10 de febrero de 2009 recoge el presupuesto total de movimientos de tierras y cimentaciones, pero en la certificación 18 (realizada conforme al modificado) se reducen las cimentaciones ya certificadas.

- La propia certificación nº 18 se inicia con una irregularidad en cuanto a la fecha de emisión y se incluye un capítulo de la partida de Seguridad y Salud totalmente novedosa y que no estaba reflejada en el proyecto original. También se

incluye una partida de proyecto de obras complementarias, sin que exista expediente de contratación del arquitecto para ello, ni aprobación por el órgano de contratación, ni tampoco forma parte del proyecto modificado.

Por tanto y según las acusaciones, el proyecto modificado de abril de 2009 pretendía enmendar los excesos de certificación, a la vez que se corregían determinados errores existentes en el proyecto básico y de ejecución.

Frente a esta imputación, el acusado Evaristo recuerda que fue el concejal de obra (Adrian, hoy fallecido) quien le comentó que había ocurrido un problema por causa sobrevenida y que el proyecto geotécnico no servía. No sabe si el proyecto del arquitecto llevaba o no aparejado proyecto geotécnico, pero insiste en que ya había uno y no le advirtieron de los reparos puestos por el Colegio de arquitectos al respecto. Añade que, con base en tal modificado, las obras se acabaron y que no estuvo pendiente de las certificaciones, que de ello se encargaban los técnicos. Reitera que la obra se finalizó conforme al modificado y así se hace constar en el acta de recepción: se recibieron dos edificios plenamente acabados y un edificio en obras. También indica que el modificado fue remitido a la CA y no sabe por qué hubo retraso entre su remisión y su aprobación.

Es más específico el acusado Fausto en cuanto a explicar las razones de este proyecto modificado. Inicia su exposición narrando que, cuando se realizó el acta de replanteo el 12 de mayo de 2008 y comprobaron las condiciones formales de la parcela, ya el Plan Parcial de 26 de mayo describía un vial en construcción. Pero fueron los vecinos de esa parcela los que les comentaron que el vial pasaba por las vallas que habían puesto. El modificado también corrigió el proyecto inicial a fin de incluir la partida de seguridad y salud, que se había omitido. Reconoce que es cierto que las certificaciones incluyen importes superiores a la obra ejecutada, pero eran únicamente entregas a cuenta y sabían que posteriormente se podían compensar. Añade que lo importante no son las certificaciones, sino el cierre de la obra, aunque reconoce que las primeras 17 certificaciones responden al proyecto original y a partir de la 18, al modificado. Añade que ese error se comunicó al concejal de obras verbalmente. Finalmente, añade que también hubo problemas en la calidad del terreno y hubo que replantear la cimentación y la estructura. Reconoce que nunca se ejecutó la losa de cimentación (certificación 2), pues por motivos técnicos se cambió a la losa de zapatas, aunque es el mismo material. Y también se modificaron los m3 de hormigón en la certificación 18 por los problemas detectados en el terreno. También narra el acusado Fausto que es consciente de que el proyecto modificado se ejecutó antes de ser aprobado, pero expone que la ley de contratación pública permite a los técnicos hacerlo así cuando surgen problemas, más cuando se comentó verbalmente con el Ayuntamiento y recibieron el visto bueno. Y también se comunicó el modificado a INCOSA, quien no requirió información adicional. También narra que, al hacer el modificado por los problemas surgidos, sí se dieron cuenta de que no había dinero suficiente para finalizar todo el proyecto (que no era solo un teatro-auditorio, sino que comprendía tres edificios más y un aparcamiento soterrado). Hablaron con el Ayuntamiento, con el concejal de obras, y les comentó que no había más dinero. En cuanto al informe pericial del Sr. Ignacio (que concluye que falta un 38% de la obra) considera que es inexacto, ya que se basa únicamente en un cálculo matemático sobre un error que el propio perito reconoció que existía en el capítulo de gasto general.

La acusada Adelaida indica que intervino en la JGL en septiembre de 2010, que aprobó el modificado, únicamente para dar fe y no requería su asesoramiento jurídico, más cuando el expediente no está falto de ningún documento para aprobarlo. Era

consciente de que el modificado se estaba ejecutando con anterioridad a su aprobación, pero precisamente la finalidad del acuerdo era regularizar la situación de hecho que se había creado. Declara que el *art. 217 la LCSP* permite la modificación de los contratos si surgen necesidades nuevas o circunstancias específicas. En el mismo sentido el *art. 160 del Reglamento (RDL 1098/2001)*. Reconoce que es cierto que no se ha seguido el procedimiento, pero sí se permite incorporar certificaciones de obras sin necesidad de recabar la autorización previa del órgano de contratación si no superan el 10% del precio del contrato. El director de obra presentó un modificado a coste 0 y había justificado los motivos por los que había necesidad del modificado. Era a obra completa de acuerdo con la descripción que se hace en el propio modificado. Faltaba solamente el procedimiento sobre los reformados anticipados. Miraron jurisprudencia que era en línea hacia la aprobación técnica de los proyectos modificados. Y añade que se está confundiendo la ley de contratos con la ley de subvenciones: si el contrato está subvencionado es posible que la obra resultante no reúna los requisitos que se tuvieron en cuenta para conceder la subvención, pero eso no significa que sea irregular. El órgano que ha concedido la subvención es el que debe desplegar los efectos de la ley de subvenciones. Si considera que la inversión no se ha realizado correctamente, puede iniciar un procedimiento de reintegro, ya sea total o parcial. Añade la acusada que era conveniente dejar constancia de la obra que se había ejecutado. Era imprescindible la aprobación del modificado para justificar las certificaciones y el dinero gastado. Prima la conservación del negocio jurídico, más cuando hubo informe de la Comisión informativa de Hacienda (cuyo dictamen era preceptivo) y ni la interventora ni el resto de los representantes del resto de partidos políticos pusieron reparos o advertencias desfavorables al modificado. La viabilidad de esa solución había sido debatida por las personas que tenían noticia de este expediente y era solución jurídicamente posible y razonable. Finalmente, añade que el modificado era a coste 0 y que el concepto "obra completa" es un concepto técnico, que no tiene por qué ser valorado por ella.

Finalmente, el acusado Felicísimo, (al cual se le exige responsabilidad penal por haber firmado el contrato de obras por parte de la mercantil ECISA) narra que él firmó el contrato de ejecución de obra por ser director general de ECISA, pero lo podía haber firmado cualquier otro de los que tenían esa facultad. Recuerda una incidencia con el modificado, igual que ocurre en tres de cada cuatro obras públicas.

Antes de iniciar la argumentación, debemos recordar que el auto de transformación del procedimiento en abreviado de 7 de julio de 2017 y el resolutorio del recurso de reforma de fecha 27 de julio de 2017 y el *auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Murcia de fecha 29 de noviembre de 2017* dejan fuera del ámbito penal (sin posibilidad de formar un ilícito independiente y propio) los acopios (certificación 1 bis) y el resto de certificaciones de obra, la contratación y adjudicación de la obra a ECISA, el acta de recepción de la obra, el estudio de seguridad y salud y el tema relacionado con el Centro de Arte Joven. Específicamente, el auto de la Sala de apelación indica que son temas que podrán tratarse en el ámbito del agotamiento del delito, sin sustantividad penal propia.

Concretamente y con respecto a la certificación nº 1 bis de acopios, es cierto que el perito interventor nº NUM005 dice que no se indicó en el pliego de cláusulas particulares sobre la necesidad de acopiar materiales por una cantidad tan importante. Parece existir irregularidad administrativa con respecto al *art. 155 del RD. 1098/2001*, que permite la entrega a cuenta del 75% del valor de los materiales acopiados. En el presente caso, es sorprendente que esta certificación fuera por un importe de 2.254.068,68 euros, más de 1/3 del valor de la subvención. Pero tampoco se discute

que esta cantidad fue debidamente avalada por la contratista ECISA. Su desembolso parece referirse a la necesidad de justificar la anualidad del año 2006, ya que la certificación se expidió el 5 de julio de 2008, apenas tres meses de haberse iniciado la obra. Y el Decreto 331/2007 que modificó el original de la subvención, obligaba a justificar la anualidad del 2006, como muy tarde, el 31 de marzo de 2008.

Pues bien, debemos iniciar el análisis por la determinación cronológica de los acontecimientos, iniciando la exposición por el proyecto original, que consta en el anexo 3.1 y está datado en enero/febrero de 2008. En el folio 1026 del anexo 3.3 consta el pliego de condiciones del procedimiento de negociado sin publicidad, de fecha 15 de enero de 2008, del contrato de consultoría y asistencia para la redacción del proyecto de ejecución de la obra "Teatro Auditorio Municipal". En la cláusula tercera se establece el plazo de un mes para la ejecución y presentación del proyecto. En el folio 1034 del anexo 3.3 consta certificación de la secretaria accidental de la resolución de la Alcaldía de 17 de enero de 2008, referente a la aprobación de dicho pliego.

Al mismo tiempo, la concejal de Cultura Sonia remite misiva el 17 de enero de 2008 a Fausto para que participe en el procedimiento de negociado (folio 1035), el arquitecto acepta en fecha 21 de enero de 2008 y se certifica por la secretaria accidental resolución del alcalde de 29 de enero de 2008 de la adjudicación del contrato (folio 1047). En el folio 1051 consta el contrato de fecha 7 de febrero de 2008 suscrito entre el Ayuntamiento y Fausto; y en el folio 231 del anexo 9.2, consta certificación de Adelaida de la resolución de la Alcaldía de fecha 18 de abril de 2008 designando director de la obra a Fausto.

Presentado el proyecto básico y de ejecución de enero/febrero de 2008, consta en el folio 658 del anexo 3.2 informe de 11 de febrero de 2008 del técnico municipal Felix: *"El proyecto presentado no presenta anomalía, siendo este informe favorable."*

En el mismo sentido, también Felix emite informe de la misma fecha en el que hace constar: *" El proyecto de edificio de "Teatro-Auditorio" se localiza en una parcela de equipamiento comunitario dentro del sector de suelo urbanizable residencial URSR-11. El Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras cuenta con disponibilidad de los citados terrenos en virtud de convenio firmado con los propietarios de estos de fecha 17 de Noviembre de 2006".* (folio 659 del anexo 3.3).

En los folios siguientes consta el informe emitido por la secretaria accidental, de la misma fecha de 11 de febrero de 2008, en el que concluye que, a la vista del proyecto técnico de la obra redactado por Fausto y del replanteo del proyecto por los Servicios técnicos municipales (que confirman su idoneidad y viabilidad y la disponibilidad de los terrenos), no existe inconveniente para la aprobación del expediente y el inicio de la convocatoria del concurso para la licitación de la obra. Nótese que en ese momento no había replanteo alguno.

El 14 de febrero de 2008, la JGL aprobó el proyecto de ejecución de la obra "Teatro Auditorio Municipal de Puerto Lumbreras", redactado por el arquitecto Fausto, con un presupuesto de 5.998.514 euros y aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso de adjudicación de las obras, por urgencia (folio 1424 del tomo IV).

Al mismo tiempo en fecha de 8 de febrero de 2008, se aprobó providencia de la Alcaldía para el anuncio de la licitación de la obra, con tramitación urgente, *"por la adecuación de la ejecución de las obras a los plazos del Decreto de Subvención "*, y

con plazo de presentación de ofertas de 13 días. Y se dictó también providencia de la Alcaldía de 11 de febrero de 2008 iniciando el expediente de contratación de la obra.

Y también consta en el folio 662 del anexo 3.3 certificación de la interventora accidental Sabina, de fecha 14 de febrero de 2008, acreditativa de que existía la partida presupuestaria 451 622.13 del presupuesto general del ejercicio 2008 para atender el gasto de 5.998.514 euros por la construcción del teatro-Auditorio.

El técnico y hoy testigo Felix efectuó informe de fecha 21 de marzo de 2008, a solicitud de la Mesa de Contratación, sobre las dos propuestas realizadas por la empresa ECISA y por la empresa Construcciones Villegas, y se decantó por la primera por un menor precio en la construcción y mejoras. Se indicaba que ECISA había mejorado el *"recálculo y optimización de la cimentación y la estructura de los edificios proyectados y de las instalaciones"*. La Mesa de Contratación, en fecha 24 de marzo 2008 propuso al órgano de contratación la adjudicación a ECISA, S.A., que además hizo un ajuste en el presupuesto de -5,65%.

El 25 de marzo de 2008 la JGL acordó por unanimidad *" declarar válida la licitación y adjudicar el contrato a ECISA, S.A., por su oferta de 5.659.597,96 euros, con una rebaja de 338.916,04 euros, un plazo de ejecución en 16 meses, una garantía de 2 años y mejoras sin valorar"* (folio 1407 del tomo IV).

Se firma contrato de obras el 4 de abril de 2008 entre el alcalde Evaristo y el acusado Felicísimo, representante de ECISA (folios 221 y ss. del anexo 9.2).

El proyecto básico y de ejecución de 2008 tenía tal cantidad de defectos que era inviable finalizarlo con el presupuesto del que se disponía. Tales defectos fueron la causa de lo que posteriormente ocurrió con respecto al proyecto modificado. Interesa destacar algunos de esos defectos:

1.- La superficie a construir era muy superior a la prevista en el anteproyecto y proyecto de 2006 y en el proyecto de 2007, lo cual deja patente que era inviable hacerla con el dinero recibido. En los tres proyectos, la superficie construida era de 4.500m², 4130m² y 5.821,02m², respectivamente; mientras que en el proyecto de 2008 era de 9.322,64m².

2.- Se asimila el presupuesto de ejecución de material al presupuesto de ejecución de contrata, ajustado este último por valor de 5.998.514 euros, lo cual permite duplicar las partidas de GG (13%), el BI (6%) y el IVA (16%). En la Memoria del proyecto se distingue entre el PEM (4.345.489,04 euros) y el PEC con IVA incluido (5.998.514 euros); pero el Resumen del Presupuesto que desarrolla la obra con todas las partidas asimila e identifica ambos conceptos. Aquí está el error, ya que si el PEM es la cantidad mayor y posteriormente han de sumarse los conceptos de Gastos Generales, Beneficio Industrial e IVA, el presupuesto final alcanza un valor muy superior a los 6 millones presupuestados. Así lo concluye también el perito Roberto, propuesto por la defensa de Evaristo.

Es cierto que este error podría haber sido únicamente aritmético, sin importancia. Más cuando no se pone en duda en los escritos de acusación que, según el contrato de licitación, ECISA estableció una garantía de 4% del precio del contrato, que fueron 226.383,91 euros, sobre un precio de contrato fijado por las partes en la cantidad de 5.659.597,96 euros. Pero su corrección hubiera requerido la suspensión temporal de la obra y la realización de un proyecto modificado, dado que afectaba a

más del 10% de los precios primitivos; en concreto un 38,04%.

3.- El proyecto no contenía capítulo de Seguridad y Salud (incumpliendo el *art. 124 del contenido de los proyectos del RDL 2/2000*).

4.- Tampoco se realizó un estudio geotécnico completo, sino que se utilizó uno anteriormente efectuado sobre el estudio del terreno exclusivamente en el vértice superior de la parcela, que resultó insuficiente.

5.- Existe un error en la ubicación del edificio del Teatro-Auditorio, ya que no se tuvo en cuenta que el Plan Parcial de ese sector dibujaba un vial más ancho.

6.- No existía visado alguno por parte del Colegio de arquitectos.

Ninguno de estos defectos fue detectado por el técnico municipal Felix; quien, en su declaración, indica que es el Colegio profesional quien debe examinarlo, aunque desconoce si este organismo puso reparos. Añade que comprobó el proyecto y no detectó falta de información, ya que era la información mínima que debe tener un proyecto: memoria, pliego, planos. Sí reconoce que inicialmente faltaba partida de seguridad y salud, pero no recuerda si había un estudio geotécnico, aunque cree que sí había un estudio geotécnico de la zona. No recuerda si se incorporó al proyecto.

Incluso el perito arquitecto Roberto, propuesto a instancia del acusado Evaristo, concluye que *"Este proyecto básico y de ejecución, aún con las deficiencias observadas, fue el aprobado por el Ayuntamiento y sometido a licitación."* Añade: *"Por consiguiente, con la documentación que he podido consultar, no se trataría de un Proyecto Básico de Ejecución completo en sentido estricto, con la composición mínima que describe el Código Técnico y no reunía los contenidos que fija el Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio en el texto que aún continúa en vigor."* Y concluye con respecto al error en los presupuestos: *"Esta diferencia de valoración dentro del mismo documento del conjunto de unas obras sería objeto de licitación, constituirá probablemente, en mi opinión, el punto de partida de toda una serie de acontecimientos que serán objeto del análisis que desarrollaremos a continuación. Como veremos, aunque no tuvo trascendencia en cuanto a la suma total de las certificaciones realizadas, sí implicó la exigencia de la adecuación entre ambos supuestos y la redacción del Proyecto Modificado."*

El Colegio de arquitectos de Murcia tuvo conocimiento del proyecto básico y de ejecución mucho más tarde, el 19 de diciembre de 2008 (folio 1762 del tomo V). El informe indica que el proyecto básico de ejecución *"presenta fecha de redacción de enero de 2008 y no llega a ser visada por el Colegio, pues se paraliza el trámite de visado por los siguientes reparos técnicos (1.El PEM que se indica en resumen de capítulo no coincide con el que figura en reseña; 2.Falta Estudio de Seguridad; 3. Falta Declaración de Condición Urbanística. Falta rellenar parámetros urbanísticos; 4. Falta Estudio geotécnico; 5. Falta Certificado de Eficiencia Energética; y 6; Falta Memoria de Gestión de Residuos, según RD 105/2008) que se notifican al arquitecto en fecha 08/01/2009."*

Con fecha de registro de entrada 16/01/2009 se presenta documento de subsanación de reparos del proyecto básico y de ejecución, en contestación a los reparos emitidos, el arquitecto Sr. Fausto aporta documentación complementaria para subsanar dichos requerimientos (hoja de reseña de características, estudio de seguridad y salud redactado por el arquitecto técnico, declaración de condiciones

urbanísticas, estudio de gestión de residuos y certificado de eficiencia energética). Con esta nueva documentación no se subsanan todos los reparos, por lo que el expediente sigue quedando en estado de reparos".

Sorprende por parcial la conclusión a la que llegan el perito Florentino: *"En efecto, el Proyecto Básico y de Ejecución redactado en enero de 2008 contenía todos los documentos necesarios con la suficiente definición para poder ejecutar las obras y así fue considerado por la preceptiva intervención de la Oficina de Supervisión. Constituye por tanto un documento completo."*

Cuando se emitían tales informes del COAMU, la obra ya se había iniciado, pues el acta de replanteo lleva fecha de 12 de mayo de 2008 (folio 146 y 237 del anexo 9.2).

En cuanto al primer punto referente a la superficie a construir, consta efectivamente en el pliego de bases generales del concurso de proyectos que *"la superficie se llevará a cabo en una parcela de 7.488,10 m2 de superficie, clasificada como equipamiento comunitario, regulada en el Plan Parcial del Sector URSR-11. No obstante, la actuación podrá extenderse a los espacios públicos anexos a dicha parcela (viales y plazas)."*

En los tres proyectos anteriores, la parcela se ubicaba en la Rambla de Nogalte, con una superficie 10.363 m2. En el anteproyecto de 2006, la obra construida era de 4.500 m2; en el proyecto de 2006 de 4.130 m2 y en el proyecto de 2007 de 5.821,02 m2. Pero en el proyecto de ejecución de enero de 2008 se establece una superficie total de construcción de 9.322,64 m2, ya que se debía realizar un edificio de teatro, un edificio de danza y música, un edificio de exposiciones, un edificio de cafetería y un aparcamiento subterráneo.

Es cierto que al concurso de licitación de las obras concurrió también otra empresa, Construcciones Villegas, que también manifestó la posibilidad de ejecutar tal cantidad de obra con el mismo presupuesto de 6 millones. Pero no debemos olvidar que la empresa ganadora, ECISA, propuso una rebaja del 5,65%, por lo que el presupuesto de licitación total quedaba reducido a 5.659.597,96 euros. Y además, se incluyeron otros conceptos en el presupuesto que no estaban en el proyecto de ejecución.

En cuanto al segundo error cometido, recordemos que el Decreto 349/2006 establecía expresamente que la justificación de la subvención se realizaría por certificaciones (en cuanto a la acreditación de los trabajos de obra llevados a cabo); y por medio de facturas de la entidad beneficiaria relacionadas en las certificaciones (en cuanto al gasto). Lo que hizo la mercantil ECISA en las certificaciones 1 a 17 (de junio de 2008 a septiembre de 2009) fue establecer el PEM indicado en este último apartado de "Mediciones y Presupuesto" y añadir, además, de forma independiente, los tres conceptos de GG, BI e IVA. Ello significaba contabilizar dos veces los mismos conceptos y de ahí el desvío de un 38,04% en el presupuesto. Este porcentaje propuesto por los peritos Ignacio y Victoriano (de las acusaciones) es incluso reconocido por los peritos Florentino y Carlos Antonio (de las defensas). Este error afectaba a más del 10% de los precios unitarios, ya que un PEM de 5.998.514 euros al que se le sumaba un 13% de GG, un 6% de beneficio industrial y un 16% de IVA, arrojaba un PEC de más de 8 millones de euros.

Con respecto a este tema, es ilustrativa la pericial de Roberto, cuando

concluye que en el presupuesto del proyecto modificado *"se aplicó a cada partida unitaria el mismo precio unitario que se contenía en la relación del proyecto inicial. Esto lo hace en todas aquellas partidas que se contenía en la relación del Proyecto inicial...Y ello porque en el Proyecto Modificado se incorporaron los precios (comúnmente llamados "simples", "auxiliares", y "unitarios o "compuestos") que figuraban en la relación del Proyecto Inicial, directamente al Presupuesto del Proyecto Modificado. Por lo tanto, para mantener el mismo presupuesto, en el Modificado se tenía que reducir la medición de partidas del conjunto bien descartando algunas unidades o bien reduciendo su dimensión. El Proyecto Modificado optó por dejar fuera del proyecto algunas que constituían unidades funcionales completas, como la cafetería, y otras que se referían a partes de las unidades funcionales restantes. En definitiva, en el Proyecto Modificado se optó por no ejecutar las partidas de acabado interior del Teatro-Auditorio e incluso conjuntos completos de obra como la cafetería, dejando sin terminación en proyecto el edificio principal y parte de las obras de urbanización exterior"*.

La omisión de la partida de Seguridad y Salud fue patente desde el primer momento. Por tal razón, en fecha de 9 de mayo de 2008 se dictó resolución desde la Alcaldía para celebrar contrato menor de servicios con la mercantil Metrocuadrado Oficina Técnica S.L., para la redacción de Estudio de Seguridad y Salud de la obra Teatro Municipal, por importe de 14.790 euros (IVA incluido), según consta en el folio 127 del anexo 9.2. Ese mismo día se firmó el acta de aprobación del Plan de Seguridad y salud en el trabajo por el coordinador de Seguridad y Salud y el jefe de obra, el Sr. Camilo.

Consta en la documentación y en la pericial del interventor núm. NUM005, que, con cargo al gasto previsto para la obra del teatro-Auditorio, se imputaron múltiples facturas en este concepto, a pesar de que esta partida no estaba en el proyecto de ejecución. Así, con fecha de 28 de julio de 2008, Metrocuadrado emitió factura por los trabajos de coordinación de Seguridad y Salud, por importe de 4.129,60 euros, IVA incluido y se abonó en la certificación nº 1. Existe otra factura de la misma fecha nº NUM006, con el mismo concepto y por importe de 14.790 euros (IVA incluido). Consta igualmente factura de fecha 24 de abril de 2009 en el mismo concepto, por valor de 2.064,80 euros, IVA incluido. También factura nº NUM007 de 13 de julio de 2010 por el mismo concepto e importe de 4.200,80 euros, IVA incluido. También factura nº NUM008 de 14 de enero de 2011 por el mismo concepto e importe de 6.301,20 euros, IVA incluido. Y factura nº NUM009 de 20 de septiembre de 2011 por el mismo concepto y por importe de 3.951,60 euros, IVA incluido. Estas partidas constan abonadas en la certificación nº 1 y nº 2, pero posteriormente el apartado de Seguridad y Salud fue uno de los que se incluyó en el Proyecto Modificado y se volvió a certificar en la nº 25, de 21 de septiembre de 2011, por importe de 169.963,27 euros, que no figuraba en las certificaciones anteriores.

Igualmente, se indica que se cargaron a la partida presupuestaria prevista para el pago del teatro auditorio las facturas referentes a los honorarios del arquitecto Fausto, cuando había sido objeto de un procedimiento independiente de negociado sin publicidad. Consta en la pericial del interventor núm. NUM005 que se pagaron 130.000 euros en tal concepto en la certificación 1 (con retención de 16.810,34 euros por IRPF); pero posteriormente, en la certificación 25 se volvió a incluir un apartado de pago de honorarios. Según consta en el folio 1034 del anexo 3.3, existe resolución del alcalde de 17 de enero de 2008 de que esta partida se abone a la partida 451 622.13 del presupuesto para 2008, que es la del teatro Auditorio (según informe de la interventora accidental de 15 de enero de 2009, al folio 1025 del anexo 3.3). Consta

también pagada la factura nº NUM010 emitida por Fausto en concepto de pago por los honorarios de consultoría y asistencia técnica para la dirección técnica de la obra, por un importe de 91.000 euros (IVA incluido) y con retención de 11.767,24 euros en concepto de IRPF. Consta factura nº NUM011 emitida por Fausto el 18 de enero de 2011 por el mismo concepto y por importe de 39.672,41 euros (con 5.043,10 euros de retención), y según consta en la factura, era por el 50% de la anualidad de 2010. Igualmente consta factura nº NUM012 de la misma fecha por importe de 37.113,98 euros (con 4.717,88 euros de retención), correspondiente al 50% de la anualidad de 2011, según se indica (abonada por el Ayuntamiento el 30 de mayo de 2012, según certificado de la interventora accidental anexo 9 página 131).

Y estos defectos en relación con las partidas de honorarios y Seguridad y Salud incluso fueron detectados por la Dirección General de Promoción de la Cultura y el Libro, cuando requirió al Ayuntamiento subsanar la justificación de la subvención correspondiente a la anualidad de 2007, precisamente por tales conceptos. Ello se hizo por medio de escrito firmado por el secretario municipal de fecha 12 de noviembre de 2010, que sorprendentemente, vuelve a referirse al Proyecto Básico de Teatro Auditorio suscrito en noviembre de año 2006, que no es el proyecto que se está ejecutando (Folio 78 y ss. del anexo 9.2).

Durante la ejecución de la obra fue cuando se detectaron los defectos referidos al retranqueo necesario por el plan parcial y a los defectos que contenía el estudio geotécnico utilizado.

Y justo en la certificación 12, el 3 de febrero de 2009, es cuando el acusado Fausto, como director facultativo de la obra, presentó escrito en el registro general del Ayuntamiento (folio 2027 del tomo V), poniendo en conocimiento la necesidad de modificar el Proyecto de ejecución de febrero de 2008. Se basaba en la necesidad de retranquear al interior el edificio del Teatro Auditorio en 9 metros, a la vista de un vial de nueva construcción que iba a tener una dimensión superior a la inicialmente prevista y también como consecuencia de necesarios ajustes topográficos y de rasantes por la condición irregular de la parcela. Este documento iba también firmado por Íñigo, por delegación de su jefe Diego, en representación de ECISA.

Y se añade textualmente: *"En el acto de la firma del Acta del Replanteo se constata que, debido a la existencia de un vial de próxima construcción, por reparcelación, se debe retranquear el edificio denominado "Teatro" aproximadamente unos nueve metros hacia el interior de la parcela y reubicar el resto del complejo. Esto produce que se deban modificar las dimensiones de los edificios, con un nuevo recálculo de la estructura y un nuevo ajuste en las distribuciones, por lo que el Teatro-Auditorio ha permanecido paralizado por estos motivos hasta enero de 2009".*

No obstante tal afirmación, dice el testigo Íñigo que el documento lo firmó porque así se lo indicaron, por delegación de su jefe. Añade que el escrito obedeció a la necesidad de hacer el modificado para terminar la obra y en cuanto a las razones expuestas, indica que él no estuvo en el acta de replanteo. Recuerda que había un problema con el vial que solamente afectaba al edificio del auditorio y que, cuando él se hizo cargo de la obra, los dos edificios pequeños casi estaban terminados y el del teatro no se había iniciado. También añade que firmó muchas certificaciones por obra ejecutada, que es cierto que había un error en los precios porque se lo dijo el Colegio de arquitectos, aunque cree que se solucionó a partir de la certificación nº 18.

Y dice este modificado (CD del folio 31 del anexo 9.1 y anexo 3.2): *"El*

presente Modificado de Proyecto Básico y de Ejecución desarrolla la documentación para el necesario ajuste de las características arquitectónicas del nuevo TEATRO-AUDITORIO y Edificio polivalente de Puerto Lumbreras debidas a los cambios originados en los límites y la superficie de la parcela original como consecuencia de la modificación en el Plan General Municipal de Ordenación de la anchura de uno de los viales que la delimitan...

La edificación tiene su emplazamiento en un terreno - en la actualidad sin urbanizar -en el que se proyecta una ordenación por la que se genera una parcela exenta - destinada al equipamiento en cuestión -, y definida en sus tres lados principales por las calles:

- nor-oeste: calle de nueva creación (cambio de sección del vial a 25 m)

- sur: c/Torres de Cotillas

- este: c/Villanueva del Segura

La superficie total estimada de la parcela sobre la que se asienta la edificación es de 7.450,00 m² (ver planos de emplazamiento, de ordenación general del polígono y de parcela)..."

Y añade la Memoria Justificativa:

"El desarrollo de la ejecución del proyecto de Teatro-auditorio y edificio polivalente ha conllevado el ajuste y la modificación de algunas de sus características dimensionales, estructurales y constructivas debido:

en primer lugar a las modificaciones y correcciones realizadas en las dimensiones de la parcela como consecuencia de la redefinición de alineaciones ya mencionadas

así como a los necesarios ajustes topográficos y de rasantes dada la condición irregular de la parcela, que en definitiva han de posibilitar la idónea integración de los usos previstos en los edificios al terreno dispuesto para ello.

El presente Modificado tiene por objeto la resolución de los siguientes aspectos:

- los ajustes urbanos de la nueva parcela, estableciendo correctamente sus límites, alineaciones y rasantes, adaptándolos a la nueva realidad del entorno urbano.

- la reubicación y redimensionado de los edificios, manteniendo sus características generales originales, como consecuencia de las correcciones realizadas en el perímetro edificable y en las condiciones asociadas (infraestructuras).

- la corrección a los sistemas estructurales inicialmente proyectados, por la misma razón, tanto en el edificio principal del teatro como en los edificios complementarios.

- la redefinición del programa de necesidades - en contacto con la propiedad-, y de las condiciones interiores de los edificios para dar cumplimiento al mismo.

- una vez relacionadas las operaciones de redefinición de los límites con las diferentes áreas afectadas, se ajustan los acabados y revestimientos para actualizar sus prestaciones y garantizar el uso intensivo especificado según las diferentes áreas de uso, mejorando asimismo sus cualidades de cara al mantenimiento.

(Se adjunta nueva documentación gráfica completa de los edificios correspondientes a teatro Auditorio, congresos y exposiciones y música y danza)

Como consecuencia de lo anterior se considera necesaria la redacción del presente Modificado al Proyecto que contemple las unidades de obra que deben ser ejecutadas y no estaban inicialmente previstas, según la solicitud cursada a la propiedad...Se trata de una obra completa, cuyo fin último se alcanza una vez concluida la misma..."

Y este modificado se ejecutó a partir de la certificación 18 (de octubre de 2009), a pesar de que no estaba aprobado por el órgano de contratación. Más aún, teniendo en cuenta el plazo de ejecución de 16 meses desde la fecha del acta de replanteo (el 12 de mayo de 2008), la obra debía estar ya finalizada cuando se realizó esta certificación nº 18. Ni siquiera se sabe quién firmó la certificación 18 (folio 256 del anexo 1.1.) pues lleva el nombre del jefe de obra Íñigo, pero él ha dicho que no la firmó, ya que, en ese momento, ya no estaba en la obra.

No fue hasta el 17 de septiembre de 2010 cuando la JGL aprobó el modificado nº 1 del Proyecto del Teatro Auditorio (folio 1388 del tomo IV), Y se indica expresamente en el acta que el modificado es para atender " *las necesidades surgidas a consecuencia del retranqueo impuesto por el Proyecto de reparcelación del sector en el que se ubicaba la parcela :*

- Corrección de las dimensiones de la parcela como consecuencia de la redefinición de alienaciones.

- Reubicación y redimensionado de los edificios, corrección de sistemas estructurales y redefinición del programa de necesidades...

Teniendo en cuenta que la modificación del Proyecto no implica alteración del precio del contrato 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 ...

Visto el dictamen favorable de la Comisión Informativa de Economía, Hacienda y Régimen Interior celebrada en la sesión de fecha 10 de septiembre de 2010."

El proyecto modificado se remitió por el alcalde Evaristo a la Dirección General de Cultura el 29 de octubre de 2010 (folio 31 con CD del anexo 9.1).

Según dicen las partes acusadoras, con el modificado se mantienen las mismas superficies construidas (únicamente varía en 64 m2) y el precio original, pero se reduce la cantidad de obra a ejecutar (no se construye el edificio de la cafetería) y se deja un edificio en construcción. Se pretendió arreglar así el problema económico existente desde el inicio de la obra, pero en detrimento del objeto fundamental del contrato y del interés público: la construcción completa del Teatro-Auditorio de Puerto

Lumbreras.

Además, se describe que cuando se aprobó el modificado, la obra ya estaba paralizada desde abril de 2010, por lo que nada modificó; y que tampoco se dice nada en las resoluciones sobre el incumplimiento del plazo de 16 meses de ejecución de la obra; y que a pesar de aprobarse el modificado, no se modificó el contrato de obras original que ligaba al Ayuntamiento y a ECISA; y es curioso que la certificación 25 coincide plenamente en los 338.916,04 euros, que era el 5,65% de disminución que ECISA había propuesto en su documento de licitación

Dicho lo anterior, los miembros de la JGL que han testificado son parcos en narrar las razones de la aprobación del modificado. Los testigos Hugo y Graciela describen que lo que se aprobó en la Junta de 17 de septiembre de 2010 debía estar visado por los técnicos, aunque desconocen que, en este caso, no había informe alguno de técnico municipal supervisando este proyecto modificado. También desconocían que el modificado ya se estaba aplicando con anterioridad a su aprobación. Ninguno de ellos explica las razones por la que se tuvo que realizar este proyecto modificado, únicamente Graciela añade que cree que se hizo por algún problema geotécnico en el terreno.

Y es más parco el testigo Leoncio, quien explica que ni siquiera recuerda si le explicaron el modificado y que votó a favor sin mirar el expediente, en la confianza de que se estaba sometiendo a la JGL. En el mismo sentido el testigo Ceferino.

Y la interventora Sabina recuerda que se estudió el proyecto modificado y no se pusieron objeciones a las certificaciones porque era a coste 0, de tal manera que siempre hubo crédito para abonarlas. Recuerda que la comisión informativa de Hacienda (compuesta por miembros del equipo de gobierno y de la oposición, la secretaria y ella misma) sí intervino y tuvo conocimiento de proyecto modificado.

Dos son las razones por la que se efectúa este modificado, según el acusado Fausto: el error de ubicación del edificio Teatro Auditorio, que debía retranquearse varios metros al interior porque el vial iba a ser más ancho, de 25 metros de acuerdo con el plan parcial; y las características del suelo que no fueron advertidas en el estudio geotécnico que se tenía, por lo que debía variarse la cimentación y algunas estructuras, sobre todo aligerar la carga.

1.- Plan parcial y necesidad de retranquear hacia el interior 9 metros el edificio por la construcción de un vial de 25 metros, que hacía que la parcela perdiera 900 m2. anchura.

Recordamos el contenido de la explicación dada por el arquitecto Fausto al Ayuntamiento (folio 2027 del tomo V): *"En el acto de la firma del Acta del Replanteo se constata que, debido a la existencia de un vial de próxima construcción, por reparcelación, se debe retranquear el edificio denominado "Teatro" aproximadamente unos nueve metros hacia el interior de la parcela y reubicar el resto del complejo. Esto produce que se deban modificar las dimensiones de los edificios, con un nuevo recálculo de la estructura y un nuevo ajuste en las distribuciones, por lo que el Teatro-Auditorio ha permanecido paralizado por estos motivos hasta enero de 2009"*.

Y, en aras a ratificar tal alegación, se presenta la pericial del arquitecto Florentino, que parece indicar que hubo una modificación en el PGOU, al establecerse un vial de nueva construcción de 25 metros de anchura. Igualmente, la pericial de Eva

María, tras alegar el *art. 101.1 del TRLCAP*, concluye que *"ninguna duda ofrece que el retranqueo impuesto como consecuencia de los cambios originados en los límites y superficies de la parcela original, derivados de la reparcelación del sector, era una causa imprevisible en el momento de elaborarse el Proyecto Original."* Y añade: *"Este tipo de modificaciones de viales son usuales en el planeamiento urbanístico y obligan a una modificación, en cascada, de todos los instrumentos de planeamiento derivados y, en último término, de los proyectos aprobados"*.

Pero en el acta de replanteo (folio 146 del anexo 9.2) no se estableció absolutamente nada con respecto a esta necesidad de retranquear el edificio. Y así lo indicó el testigo David, técnico del Ayuntamiento adscrito a la concejalía de Urbanismo desde 2005 a 2011. Estuvo presente en el acta de replanteo y visitó la parcela como representante del Ayuntamiento. Y se trataba solamente de eso: el técnico de la obra le explicó dónde iba a ir la construcción. Añade el técnico que cuando se concede la licencia es cuando se constata el retranqueo de los edificios.

En el mismo sentido se expresa el testigo Camilo, director de ejecución material de la obra y coordinador de Seguridad y Salud. Narra que estuvo presente en el acta de replanteo de la obra el 12 de mayo de 2008 y no se apreció ningún problema, ya que solamente se vio la geometría de la parcela.

Por su parte, el testigo y técnico Felix describe que no participó en la supervisión del proyecto modificado, pero recuerda que apareció el arquitecto del plan parcial y manifestó que la obra había que retranquearla porque el vial era más ancho de lo que se preveía.

Y es importante el informe de la arquitecto Benita que consta en los folios 1239 y ss. del tomo III, que el plan parcial del Sector URSR-11 se aprobó definitivamente en la sesión del Pleno del Ayuntamiento del 26 de mayo de 2008 (Certificación al folio 1245), a reserva de subsanación de deficiencias. El 21 de julio de 2010 se aprobó la subsanación de deficiencias. Y se añade: *"No consta fecha de aprobación definitiva del proyecto de reparcelación, ni del proyecto de urbanización, ni del acta de replanteo o inicio de las obras del proyecto de urbanización referido en el Sector URSR-11"*

Y el acontecimiento digital 1486 es copia compulsada de la certificación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de fecha 21 de julio de 2010, por el que se aprueba la subsanación de deficiencias del plan parcial del Sector SR-11 de Puerto Lumbreras. No consta que las deficiencias apreciadas y que fueron posteriormente subsanadas se refirieran a la parcela donde iba ubicada el teatro auditorio, ni mucho menos que se modificara la amplitud del vial.

Y la testigo Teodora únicamente recuerda que el plan parcial de este sector se realizó en paralelo con el PGOU.

La pericial aportada por la acusación popular unificada (peritos Victoriano y Onesimo) estudia la documentación relativa a este plan parcial (y la acompañan a su pericial) y concluye: *"Examinado el Plan Parcial del sector SR-11 que obra en la web del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, este Plan fue promovido por la Asociación de Propietarios de Las Parcelas SR-11 y redactado por el arquitecto don Teofilo. Obtuvo su aprobación inicial el 10/10/2006, habiendo sido informado por el DGU de la CARMU el 08/01/08 para su aprobación definitiva el 26/05/08 condicionada a subsanar deficiencias que fueron aprobadas el 21/07/10 (BORM nº 233 de 7/10/10).*

En el plano P.2.P Estructura viaria del Plan Parcial se puede observar que la avenida principal (denominada CALLE TIPO A) de la parcela del Auditorio ya tenía en 2008 un ancho de 25,00 metros por lo que la calle no ha aumentado de anchura". Y esta pericial llega a la conclusión de que, con el retranqueo del edificio del teatro, únicamente se perdían 64,70m2.

Finalmente, la pericial aportada por el acusado Evaristo (realizada por el arquitecto Roberto) llega también a la misma conclusión, en cuanto a que no hubo modificación del plan parcial. Se narra textualmente: *"Las obras se desarrollan al amparo de la normativa urbanística reseñada que ha mantenido su vigencia durante el curso de las mismas en lo que se refiere al Sector SR-11 y por tanto el planeamiento de desarrollo y sus derivaciones."*

De todo lo anterior se infiere que la primera justificación dada por los acusados para realizar el proyecto modificado no tiene soporte alguno. Lo que parece sorprendente es que el arquitecto que realizó el proyecto de ejecución obviara que la anchura del vial ya era de 25 metros. Más aún: dado que la aprobación definitiva del plan parcial se efectuó el 26 de mayo de 2008, es imposible que los técnicos de la obra no tuvieran conocimiento de que el vial tenía un ancho de 25 metros, pues precisamente el acta de replanteo se efectuó unos días antes, el 12 de mayo de 2008.

Pero aunque fuera así, cabe recordar que cuando se realiza el modificado, el edificio del Teatro Auditorio ni siquiera se había iniciado, lo cual permite concluir, junto con el perito Sr. Ignacio, que las modificaciones del proyecto por este motivo, si es que hubieran existido, no eran tan importantes como las que contenía el modificado.

2.- La necesidad de realizar un nuevo informe geotécnico.

Antes de iniciar este capítulo es preciso no perder de vista que el proyecto de ejecución de 2008 presentado por el acusado Fausto no acompañaba ningún estudio geotécnico, y que tampoco se realizó con posterioridad a que reparara en ello el Colegio de arquitectos.

Y ello a pesar de que en la memoria de actuaciones del proyecto se indica expresamente que *"debe hacerse una toma de datos previos referente a estudio geotécnico (sondeos a rotación e informe del terreno) y comprobación del levantamiento planimétrico-topográfico."* Y se prevé la cimentación con pantalla continuas hormigón armado.

A las actuaciones se ha aportado el estudio geotécnico realizado por la Fundación Josefina Alcaraz para la construcción de una residencia de mayores; con varios recálculos, el último de junio de 2008 (CD del folio 1103 del tomo III). Pero no consta la realización de un nuevo estudio geotécnico y el Ayuntamiento ha contestado (folio 1104 del tomo IV) textualmente: *"Con respecto al realizado con posterioridad al replanteo de mayo de 2008 no ha sido encontrado en los archivos municipales"*.

A pesar de la existencia de este estudio geotécnico de la fundación, ni el acusado Fausto, ni el director de ejecución Camilo dan una explicación clara de las razones en el cambio topográfico o geológico de la parcela. Es más, este último incluso declara que se inició la obra con el estudio geotécnico del año 2006, que realizaba cuatro sondeos en la parte superior de la parcela. Sí explica que cuando hicieron la excavación en la parte baja de la parcela, se dieron cuenta de que el terreno era

heterogéneo y que no coincidía con el estudio geotécnico que tenían, sin precisión alguna.

Y la misma imprecisión se contiene en el peritaje del arquitecto Florentino, pues da por ciertas las alegaciones del cliente que le ha contratado (el acusado Fausto) y acompaña los estudios geotécnicos de la residencia, como si fueran propios.

En los mismos términos se expresó la perita Ángela en el acto de juicio oral, donde indicó que el tema fundamental era el de los estudios geotécnicos. Añade que había unos desniveles enormes y el técnico director de obra tiene que tomar decisiones. La losa de cimentación inicialmente proyectada probablemente no fuera viable por la desviación. Se plantea cimentación por zapatas y entonces una estructura más ligera y tiene que quitar determinados elementos. Añade que se debieron hacer otros estudios geotécnicos, que no constan.

Este estudio geotécnico del que se disponía no describe la necesidad de modificar las cimentaciones o estructuras. Se dice en el Estudio geotécnico para la realización de la Fundación Josefina Alcaraz a 30 de noviembre de 2006:

"INVERSIONES DE MURCIA S.L., LABORATORIOS HORYSU, ha realizado un Estudio Geotécnico en un solar de 3.000 m2 aproximadamente, en la localidad de Puerto Lumbreras (Murcia), situado en la calle Puente Tocinos, a petición de la FUNDACIÓN JOSEFINA ALCARAZ MARÍN .

El objeto del estudio ha sido determinar las características del terreno, en orden a realizar el proyecto de cimentación y posterior construcción de una Residencia para la 3ª edad que constará de sótano, planta baja y dos plantas"

Se añade que, dada la consistencia del terreno, se prevé la cimentación mediante zapatas. Ya se preveía la construcción de sótano, planta baja y dos plantas. Y el estudio sí ratifica que Puerto Lumbreras se halla en una zona alta del Mapa de Peligrosidad Sísmica.

Conclusiones del estudio:

- El solar está constituido por nivel de gravas y arenas.
- El contenido de sulfatos del suelo es no agresivo.
- No es previsible que se produzcan problemas de expansividad por cambios de volumen del terreno por variaciones de la humedad.
- Hay que tener en cuenta que Puerto Lumbreras se encuentra en una zona alta del Mapa de Peligrosidad Sísmica.
- No se detectó nivel freático.
- Se considera viable la cimentación mediante ZAPATAS.

Consta de dos anexos de fechas 19 de enero de 2007 y 16 de abril de 2008 y dos recálculos de 30 de abril de 2008 y 13 de junio de 2008.

Del anexo de 19 de enero de 2007 puede inferirse que la dirección técnica

informa de que la cimentación se va a realizar por losa armada.

En el anexo de 16 de abril de 2008 se pone de manifiesto un error en la designación de la parcela sobre la que se hizo el estudio geotécnico, aunque no hay error en la parcela en sí misma.

En el anexo/recálculo de 30 de abril de 2008 se hace un recálculo para sótano, ya que la dirección técnica ha solicitado la determinación de los parámetros de capacidad de carga del terreno y asientos para una cimentación mediante zapatas a una cota de +95,60 m (respecto del nivel del mar; cota inferior de cimentación supuesto un canto de zapata de 0,50 m) dado que se proyecta realizar un sótano en una zona de la edificación. Y se llega a la conclusión de que no hay inconveniente alguno y se concluye: *"Por otro lado, ya que no se observan variaciones en cuanto al tipo de litología sobre la que se proyecta cimentar a la nueva cota y la que se analizó en el estudio geotécnico, podemos considerar válidos parámetros tales como expansividad, presión de hinchamiento, agresividad por sulfatos, etc. por lo que se consideran válidas para las nuevas condiciones las conclusiones indicadas en el Estudio Geotécnico."*

En el anexo/recálculo de 13 de junio de 2008, se indica: *"Nos ha sido solicitado por parte de uno de los departamentos técnicos de la obra (oficina de cálculo), el determinar los valores de tensión admisible y asientos para el caso de una cimentación consistente en dos losas."*

Nunca se identifica quién era la dirección de la obra. Y es obvio que los anexos y los recálculos no fueron encargados por la dirección de la obra de la construcción del Teatro-Auditorio, pues el acusado Fausto nunca ha indicado que estos estudios se hicieran por su encargo. Al contrario, ha reconocido que su proyecto carece de estudio geotécnico. Tampoco el director de ejecución de la obra Camilo solicitó la ampliación del estudio geotécnico que se tenía. No existe prueba alguna de que la empresa INVERSIONES DE MURCIA S.L., LABORATORIOS HORYSU hubiera sido contratada por la dirección técnica o de ejecución de la obra del Teatro-Auditorio; ni, obviamente, cobro de honorarios al respecto. En sus documentos, se sigue indicando que los anexos y recálculos se realizan para la Fundación Josefina Alcaraz.

A mayor abundamiento, cabe recordar que el Colegio de arquitectos introdujo reparos por varios motivos, uno de ellos es que faltaba estudio geotécnico. El acusado Fausto presentó documentación de subsanación de reparos, pero nunca presentó un estudio geotécnico o anexo o recálculo. Y preguntado expresamente al respecto, únicamente contesta que pensó que la información presentada en el Colegio era suficiente. Y no puede olvidarse que cuando entró el proyecto en el Colegio de arquitectos (el 19 de diciembre de 2008), ya se podía contar con el estudio geotécnico, sus anexos y sus recálculos. Más cuando se presentó la documentación de subsanación, el 19 de enero de 2009, sin haberse efectuado ampliación alguna al respecto.

Finalmente, el perito Sr. Ignacio añade que no existen nuevos ajustes topográficos o de rasantes, por lo que debe concluirse que el terreno sigue teniendo las mismas características topográficas, niveles y de rasantes que cuando se aprobó el proyecto de ejecución.

Igualmente, el informe pericial de la Acusación popular unificada concluye en este punto que el estudio geotécnico del que se disponía no establece restricción

alguna para ejecutar una cimentación superficial con losas o zapatas, no se requería una mejora técnica mecánica del terreno ni había necesidad de ejecutar cimentaciones profundas tales como pozos o pilotes.

Esto es muy importante, ya que no se ha puesto en duda que la localización de la parcela se halla en una zona alta de actividad sísmica, y parece sorprendente que se decidiera iniciar una obra de estas dimensiones con un estudio geotécnico *prestado*, que no recogía todas las características de la parcela.

La conclusión, nuevamente, es que el proyecto básico y de ejecución de 2008, redactado por el arquitecto Fausto tenía claras y patentes deficiencias.

Se intentan amparar las defensas para justificar el proyecto modificado en que se dio cuenta a la CA de su existencia, a partir de los informes emitidos por la empresa INCOSA. Esta mercantil fue contratada por la CA para el control técnico de la supervisión de ésta y otras las obras, según declaración del testigo Pelayo, director general de Promoción Cultural de julio de 2007 a junio de 2010; y así consta en el folio 2 del anexo 2.3.

En la causa constan cuatro informes de este mercantil (folios 2170 y ss. del tomo V). El primer informe, de 28 de julio de 2009, sobre una visita el 21 de julio de 2009. Se indica que el objeto y alcance del informe es documentar la inspección de la obra, con la revisión de la documentación; y comprobar que la obra ejecutada en general y en particular las estructuras e instalaciones, se realizan conforme al proyecto. También se realiza un control económico para verificar la obra ejecutada realmente en los periodos mensuales, conforme al proyecto y presupuesto de obra comprometido. Se redacta: *"Los trabajos en el edificio del teatro se encuentran paralizados, ya que se ha realizado una modificación en el sistema estructural del mismo. Según la contrata, se tiene previsto reanudar los trabajos la primera semana del mes de Agosto."* También se describe que la contrata prevé finalizar la obra en 20 meses de los 22 comprometidos (recordemos que el plazo original era de 16 meses), Y que la ejecución del teatro auditorio tiene un retraso en su ejecución; y se añade *"Este retraso es consecuencia, principalmente, a la modificación en el diseño del sistema estructural del edificio, que pasa de una estructura mixta (metálica y hormigón) a una estructura metálica."*

El segundo informe es de 11 de diciembre de 2009, por visita del 25 de noviembre de 2009, y se dice: *"Durante la vista se nos informa de la existencia de un proyecto modificado presentado y aprobado por el Ayuntamiento. Este nuevo proyecto a grandes rasgos incluye:*

- El cambio de la estructura del módulo de Teatro (edificio A) que pasa de un sistema mixto a estructura metálica.

- Cambios en los acabados de Edificio de Exposiciones y Escuela de Danza (módulos B y C)

Los cambios son motivados principalmente por el interés de reducción de plazos de ejecución y algunos cambios conceptuales de proyecto (cambios sistema de impermeabilización, protección de muros...) No suponiendo valor adicional al Proyecto de origen.

Por otra parte nos informan la existencia de un proyecto complementario

cuyo PEM asciende a 240.520,16 e incluye obra civil a acometidas de media tensión, canalización de telecomunicaciones en anillo perimetral y drenaje superficial de pluviales"

El tercer informe de 5 de mayo de 2010, por visita el 9 de abril de 2010. Constata el retraso en la ejecución de la obra y se indica: *"Durante la visita, la contrata de las obras nos informa que todavía no tienen la aprobación firmada del proyecto modificado que fue presentado y aprobado por el Ayuntamiento."*

Y, finalmente, el último informe es de 5 de noviembre de 2010, por visita a la obra el 18 de octubre de 2010. A pesar de constatar el incumplimiento de los plazos, se añade: *"Están finalizadas las obras del edificio de danza y música y el edificio de Congresos. Los trabajos en el auditorio se encuentran paralizados desde el mes de abril, fecha en la que se comunica por la contrata que se agotó el presupuesto de ejecución material."*

Lo primero que se observa es que estos informes no describen claramente las causas del modificado. Y, en todo caso, tales causas no coinciden con las puestas de manifiesto por el arquitecto Fausto.

Tampoco aporta nada nuevo las declaraciones de los técnicos que realizaron dichos informes, pues son genéricas e imprecisas. Así, Coral ha declarado que consta que las obras, en general, en cuanto a estructura y cimentaciones, se efectuaba conforme al proyecto, pero no recuerda qué proyecto de ejecución se estaba realizando. No recuerda el tipo de cimentación del edificio del teatro y sí constataron que existía un retraso en la ejecución de este edificio. Añade incluso que, si bien es cierto que se les informó del proyecto modificado, cree que no le llegaron a dar copia; e incluso afirma que en sus informes siempre había tres edificios, no tuvo conocimiento del bar-cafetería. Y en cuanto a la discordancia entre los precios, añade que ellos hicieron el informe de acuerdo con los precios que les facilitaba la dirección de la obra, nadie les hizo partícipes de que existía un error en los precios desde el proyecto original. Tampoco pudieron comprobar si las certificaciones se efectuaban conforme al modificado, porque nunca dispusieron de este proyecto.

Y es incluso más parco en su narración el testigo Ángel Jesús, pues ni siquiera recuerda si trabajaron con el proyecto original o con el modificado.

Ambos testigos sí indican que cuando hablan de obra completa, no significa edificio completo, sino visita completa en la obra.

Como hemos visto, ninguna de las dos causas en las que se intentaba apoyar la redacción del proyecto modificado han quedado acreditadas. Pero incluso el acusado Fausto da una nueva, cuando al emitir informe en fecha 12 de julio de 2016 a instancia del Ayuntamiento, narra que *"El edificio Teatro-Auditorio se encuentra ejecutado según el contenido del Modificado de Proyecto Básico y de Ejecución de fecha Abril de 2009, no habiendo sido posible su conclusión total por motivos económicos derivados del ajuste de sus condiciones estructurales, constructivas y derivadas de ellas, también programáticas, según se recoge en dicho Modificado de Proyecto."* (acontecimiento digital 195 del procedimiento del TSJ).

Procede, por tanto, examinar cuáles fueron las verdaderas causas y que, en esencia, ya han sido anunciadas y coinciden con las detectadas por las partes acusadoras.

Efectivamente, consta en las periciales del Sr. Ignacio y de los Sres. Victoriano y Onesimo que desde el primer momento se fue certificando más obra que la realmente realizada; o sea, se entregaba a la contrata más dinero del que se iba ejecutando en obra. Ello respondió, esencialmente, al desfase entre el PEC y PEM y las primeras 17 certificaciones duplican conceptos: se recoge el precio unitario del estado de mediciones y presupuesto (que ya incluye los gastos generales, el beneficio industrial y el IVA) y se vuelve a sumar otra vez estos tres conceptos de forma independiente. Ello lleva al error de certificar obra ejecutada y contratada con un 38.04% de incremento injustificado. Dice el informe pericial del interventor nº NUM005: *"A partir de esta Certificación nº 18 la obra se certificó por Capítulos y partidas diferentes a las del proyecto aprobado que se anexó al contrato de obras. Por estas causas se modificaron las cantidades e importe económico de las partidas ejecutadas hasta la certificación nº 17. Lo que sí se respetó fue el Presupuesto Total de Contrata, de acuerdo con la Memoria, Subvención concedida y bases del concurso."*

Tampoco había control en algunos de los conceptos por los que se estaba certificando obra. De ahí los errores en cuenta al hormigón armado del muro en el auditorio y la cimentación por losa, que constan en la certificación 2, y que posteriormente se suprimió el primero y se estableció cimentación por zapatas en el segundo, según la certificación nº 18. Incluso reconoce tales errores el perito Roberto cuando añade que ya se había certificado movimientos de tierra y losa de cimentación, aunque entiende que es un error que luego se subsana.

En este punto, se ha hecho mucho hincapié por las defensas y por los peritajes realizados a su instancia que los errores en la descripción del concepto no son importantes, pues las certificaciones son entregas a cuenta que posteriormente se liquidan.

No es ésta la interpretación del *art. 145 del RDL 2/2000* :

"Certificaciones y abonos a cuenta

1. *A los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer, en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden."*

Por tanto, la certificación debe contener el concepto claro de la obra que ya se ha ejecutado, sin perjuicio de que al final pueda rectificarse el dinero entregado si la medición final de esa obra *ejecutada* experimenta alguna variación. También el perito Roberto reconoce que las certificaciones son siempre partidas empleadas.

En este momento, nos encontramos con que ha habido un error en la certificación de las obras, ha habido conceptos erróneos en la descripción de las partidas, no se ha tenido en cuenta el plan parcial para determinar correctamente la ubicación del teatro auditorio, el estudio geotécnico que se ha utilizado no sirve y se están pagando conceptos no incluidos en el proyecto (honorarios y Plan de Seguridad y Salud). Es obvio que el dinero de 6 millones de euros no alcanzaba para terminar la obra. Y entonces, con el único objetivo de salvar la subvención y no tener que

devolverla, se creó el proyecto modificado. Así, se eliminó un edificio entero (el bar cafetería), se eliminaron capítulos de carpintería de madera y aluminio, se incluyó el capítulo de Seguridad y Salud (aunque había sido objeto de un contrato independiente), se eliminó el capítulo de equipamiento escénico y se redujeron los capítulos relativos a revestimientos, acabados e instalaciones.

Se ha discutido en este punto si la desviación de los precios alcanzaba o no el 10%, por la necesidad o no de realizar el proyecto modificado. El perito Rodolfo indica que no es necesario hacer el modificado ni paralizar la obra hasta que no se tiene certeza de que el presupuesto varía en más de un 10%. Pero tal afirmación contrasta con la opinión de la perito Ángela, que no tiene duda alguna de que cuando se cambia el replanteo, la cimentación y la estructura hay que hacer un proyecto modificado, porque el constructor tiene que saber lo que le va a costar. Igualmente, el perito Roberto añade que todas las obras requieren un modificado con mayor o menor envergadura. Existe obligación de hacerlo cuando va a afectar a grandes elementos de la obra. Si no son de mucha importancia, se dejan en el proyecto final.

Por su parte, la perito Eva María considera que el modificado ha respetado la legalidad. Añade que el director de la obra pueda adoptar la decisión de introducir un modificado sin necesidad de aprobación previa dos condiciones: cuando una modificación de las unidades de obra que no supongan una alteración en el precio del contrato al 10% al precio primitivo (esto es lo que permitió que se hiciera el modificado y se aplicara y que fuera un año después cuando se aprobara); y cuando el modificado a coste 0. Concluye que no parecía que hubiera una alteración del precio superior al 10%; pero sí debería aprobarse si se cambia las unidades de obra a ejecutar.

Como se ve, este hecho también ha sido objeto de debate en las periciales. Los peritos aportados por las defensas consideran que es posible hacer variaciones de un proyecto sin necesidad de modificado, siempre que no superen el 10% del precio primitivo del contrato; y también dicen que es posible ejecutar un modificado con anterioridad a su aprobación, siempre que tampoco supere ese 10%. Tal afirmación la hacen a partir de una interpretación generosa del *art. 217 de la Ley de Contratos del Sector Público* nº 30/2007, de 30 de octubre, y el *art. 160 del RD 1098/2001, de 12 de octubre*, por el que se aprueba el Reglamento general de la LCAP. Veamos qué dicen tales preceptos:

" *Art. 217. Modificación del contrato de obras.*

3. Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones:

a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.

b) Audiencia del contratista, por plazo mínimo de tres días.

c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa

aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato."

En el mismo sentido, se pronuncia el *art. 146 del RDL 2/2000* .

Y el *art. 160 RD1098/2001, de 12 de octubre* dice:

"Artículo 160 Variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas

1. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido.

2. Las variaciones mencionadas en el apartado anterior, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales, conforme a lo prescrito en el artículo 145 de la Ley, o con cargo al crédito adicional del 10 por 100 a que alude la disposición adicional decimocuarta de la Ley, en la certificación final a que se refiere el artículo 147.1 de la Ley, una vez cumplidos los trámites señalados en el artículo 166 de este Reglamento. No obstante, cuando con posterioridad a las mismas hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de las previstas en el artículo 146 de la Ley, habrán de ser recogidas tales variaciones en la propuesta a elaborar, sin necesidad de esperar para hacerlo a la certificación final citada."

Por tanto, la base de toda la discusión está en determinar si hubo más o menos de un 10% en la variación de la ejecución de la obra. Y nosotros no tenemos duda alguna de que existió incluso un desfase superior. El sentido común nos lleva a esta conclusión: falta por terminar el teatro-auditorio y falta un edificio entero (el del bar-cafetería); se han pagado conceptos no contenidos en el proyecto original de 2008 (como Seguridad y Salud por valor de más de 100.000 euros y honorarios); se han suprimido capítulos de carpintería de madera y aluminio y el capítulo de equipamiento escénico y se ha reducido el capítulo de revestimiento, acabados e instalaciones. Pero lo más importante, ya reiterado en varias ocasiones: en las primeras 17 certificaciones existía un desfase entre la obra ejecutada y el dinero entregado en más de un 38%, lo que hacía patente que, si no se corregía ese error, el presupuesto de ejecución iba a alcanzar más de 8 millones de euros.

Y no se puede intentar reducir ese más de 10% de desviación de los precios originales restando nuevos capítulos de obra y precios incluidos ex novo en el proyecto modificado. Obviamente, eso variaba el objeto principal del contrato de manera clara y determinante.

Por tanto, en el momento en que se vio el desfase entre la obra ejecutada y el dinero entregado, debió suspenderse temporalmente la obra y estudiar qué es lo que había pasado. Y en su caso, estudiar si procedía la resolución o no del contrato (conforme al *art. 146 y ss. del RDL 2/2000*) y la posible responsabilidad del director técnico de la obra por los errores cometidos (conforme al *art. 217 del mismo RDL*).

Dice el RDL 2/2000:

"Art. 149:

Son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 111, las siguientes:

e) Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

Artículo 150:

1. En relación con el letra e) del artículo anterior se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido. (el subrayado es nuestro).

Artículo 151:

1. La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición."

Igualmente, era de aplicación el art. 159 del RD 1098/2001 : "1. Acordada por el órgano de contratación la redacción de modificaciones del proyecto que impliquen la imposibilidad de continuar ejecutando determinadas partes de la obra contratada, deberá acordarse igualmente la suspensión temporal, parcial o total de la obra sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 146.4 de la Ley.

2. En cuanto a la variación en más o en menos de los plazos que se deriven de la ejecución de las modificaciones del proyecto aprobadas, se estará a lo establecido en el artículo 96 de este Reglamento, sin perjuicio de lo que proceda si hubiera habido lugar a la suspensión temporal, parcial o total."

Las defensas han intentado salvar el proyecto modificado, en cuanto a la posibilidad de su ejecución antes de su aprobación por el órgano de contratación, a partir del Dictamen nº 50/1998 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; pero tal dictamen no interfiere en nuestra argumentación. Lo que estudia esta resolución es el principio de enriquecimiento injusto por la obligación que tiene la Administración de pagar las obras que se hayan realizado irregularmente. Y si bien habla del *reformado anticipado* (al referirse a aquél que se ejecuta con anterioridad a su aprobación), indica claramente: *"Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de la posibilidad de que, con posterioridad a la ejecución de estas obras, se tramite y resuelva el expediente de modificación contractual (que debió llevarse a cabo con carácter previo a las mismas), lo que interesa destacar ahora es que, ya estemos ante un contrato verbal, ya ante una orden de la dirección de la obra, la actuación administrativa, que es nula por haberse producido con ausencia de las formalidades*

esenciales, ha generado una obligación económica a la Administración Regional", (el subrayado es nuestro).

Y concluye: " Por todo ello se concluye que, si bien en determinadas circunstancias puede ser conveniente la aprobación "a posteriori" del expediente de modificación contractual, este no es imprescindible para proceder a la "convalidación" del gasto y recepción de las obras.

No obstante, el Consejo Jurídico pone de manifiesto la irregularidad que supone la realización de este tipo de prácticas, que deben ser evitadas: en primer lugar, mediante la mejor verificación de la corrección de los proyectos de obras, exigiendo, en su caso, las responsabilidades contractuales o disciplinarias oportunas; y, en segundo lugar, para el supuesto de que se den las circunstancias que allí se prevén, utilizando los procedimientos de urgencia o el específico para las modificaciones contractuales previstos respectivamente en los arts. 72 y 146 . 41 de la citada ley 13/1995 , conforme a la redacción dada a este último por la Ley 11/96, de 27 de diciembre de 1996".

En el mismo sentido, dice el Dictamen del Consejo de Estado 828/2003, de 29 de mayo sobre el reformado anticipado: " El Consejo de Estado debe señalar en primer término la irregularidad que comporta la ejecución de trabajos, sin haberse aprobado el oportuno proyecto reformado y, por tanto, contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. Dicha actuación comporta una infracción de lo prevenido en la legislación de contratos del Estado que, de forma tajante, establece que ni la Administración, ni el contratista, ni ambos de consuno, pueden introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto de contrato sin la debida aprobación. Ello aunque los trabajos adicionales ejecutados se pretendan basar en una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público. Lo pertinente, pues, hubiere sido aprobar la correspondiente modificación contractual. Y ello, por cuanto el procedimiento de aprobación de un proyecto modificado tiene por objeto valorar la pertinencia legal y la oportunidad de las variaciones a introducir en los trabajos inicialmente adjudicados en atención al interés público, a la disciplina presupuestaria y a las reglas rectoras de la contratación pública; en especial, a los principios de publicidad y concurrencia que aseguran los derechos de eventuales licitadores y de la propia Administración."

Con tales dictámenes concluimos:

- Existe una clara ilegalidad en la ejecución del modificado con anterioridad a su aprobación.

- Únicamente se convalida el gasto (no el modificado) por la doctrina del enriquecimiento injusto.

Igualmente, sentencias de la Sala 3ª del TS hablan de la doctrina del reformado anticipado, referida al abono de las obras que excedan en cantidad o calidad de las que expresamente fueron convenidas en el contrato inicialmente suscrito y que, habiendo sido ejecutadas, requieren de un proyecto modificado que aún no se ha tramitado, y cuyo pago no queda regido por las normas de mora contractual, sino por el principio del enriquecimiento sin causa. Por ejemplo, las SsTS de 26 de febrero de 1999 , 9 y 16 de octubre del 2000 , 18 de julio de 2003 , 10 de noviembre de 2004 , 20 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2006 indican que el exceso en la ejecución de la obra, efectivamente realizada y entregada a la Administración como consecuencia de actos de la propia Administración o de la Dirección facultativa,

produce un enriquecimiento para la Administración y un consiguiente empobrecimiento para la empresa contratista, que impone a aquella la obligación de pagar el coste de dicha obra.

Por tanto, esta jurisprudencia se refiere a la necesidad de pagar ese exceso de obra (por la doctrina del enriquecimiento injusto), pero no valora la ilegalidad de ejecución del modificado con anterioridad a su aprobación por el órgano de contratación. De hecho, el dictamen del Consejo Jurídico considera nulos tales actos llevados a cabo sin aprobación previa.

En nuestro caso, en el año 2009, se decidió acudir a un proyecto modificado para salvar una situación insostenible de inviabilidad técnica y económica del proyecto original. Y en este punto, es muy expresiva la declaración de la acusada Adelaida: declara que era consciente de que se estaba ejecutando el modificado antes de aprobarse y que precisamente la finalidad del acuerdo era regularizar la situación de hecho que se había producido. Cuando se planteó el problema, se intentó solucionar. Añade que no se ha seguido el procedimiento, pero sí se permite incorporar certificaciones de obras sin necesidad de recabar la autorización previa del órgano de contratación si no superan el 10% del precio del contrato. Considera que el director de obra había presentado un modificado a coste 0 y había justificado los motivos por los que había necesidad del modificado y era a obra completa. Faltaba solamente el procedimiento sobre los reformados anticipados. También añade que miraron jurisprudencia que era en línea hacia la aprobación técnica de los proyectos modificados; y aquí era conveniente porque había que dejar constancia de la obra que se había ejecutado. Era imprescindible la aprobación del modificado para justificar las certificaciones y la inversión ante la CA.

Conclusión: ante la situación de hecho creada y la imposibilidad de acabar la obra porque el dinero no alcanzaba, se decidió hacer un modificado para justificar la subvención.

Es posible que el Ayuntamiento intentara buscar más dinero con otras subvenciones recibidas. Así, el Consistorio de Puerto Lumbreras había obtenido otra subvención de la CA (en virtud del Decreto 640/2008) por importe de 1.400.000 euros para la adquisición del terreno y construcción de un "Centro de Arte Joven". Y es posible que, a la vista de los acontecimientos, se intentara aplicar esta subvención para finalizar el Teatro Auditorio, ya que el Decreto 284/2011, de 14 de octubre se modificó el objeto de la subvención, a fin de que el "Centro de Arte Joven" pudiera ubicarse en las dependencias del Teatro Auditorio de Puerto Lumbreras (tomo 4.1 y folios 1167 y ss. del tomo III). Pero esta subvención fue devuelta, según documental del tomo VI y anexo 9.1, y no tenemos más información al respecto.

Retomando el hilo anterior, el modificado, sin ningún género de dudas, deja la obra inacabada, conforme a lo establecido en el art. *Art. 125 del Reglamento General de la LCAP (RD 1098/2001): "1. Los proyectos deberán referirse necesariamente a obras completas, entendiéndose por tales las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto y comprenderán todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra."*

La CA tuvo conocimiento del modificado cuando le fue remitido por el alcalde en octubre de 2010 y lo consintió desde el momento en que dio por justificada la subvención (folios 403 y ss. del anexo 1.2). De hecho, la pericial del interventor nº

NUM005 deja patentes errores en la justificación de la subvención: no se cumplieron ninguno de los dos plazos de justificación de las anualidades, se solicitaron varios nuevos plazos de justificación hasta llegar al 31 de diciembre de 2015, se reiteraron escritos por parte de la Consejería para que se justificaran determinadas partidas y hubo errores por parte del Ayuntamiento en la comunicación de las certificaciones y su pago.

Por eso, se vislumbra como improbable que la CA hubiera obligado a la devolución de la subvención en el caso de que la obra tampoco se hubiera ejecutado completamente, pues el *art. 6 del Decreto 349/2006* de concesión indicaba que *"cualquier exceso en los costes de la actividad sobre las previsiones que fundamentan la subvención otorgada será exclusivamente de cuenta de la entidad beneficiaria."*

Ese visto bueno de la CA, en ningún caso, depura las responsabilidades que se crearon en el momento en que se decidió elaborar un proyecto modificado con la única finalidad de salvar los errores previos de un proyecto inejecutable y que, además, dejaba la obra inacabada.

Y tampoco queda justificado el modificado por el posible informe favorable de la Comisión Informativa de Economía, Hacienda y Régimen Interior. En primer lugar, porque no se cuenta con dicho informe y la interventora accidental Sabina únicamente ha dicho que no se puso reparo al modificado porque era a coste 0 y había partida presupuestaria para su pago. En segundo lugar, no existe informe específico sobre el proyecto modificado realizado por los técnicos del Ayuntamiento. Ni siquiera uno tan parco como el que emitió el técnico Felix con respecto al proyecto de 2008.

Finalmente, el testigo Claudio (secretario del Ayuntamiento desde 2010 a 2012) recuerda que fue sustituido en la JGL que aprobó el proyecto modificado por la acusada Adelaida. A partir de aquí, recuerda que oyó hablar de un modificado. Añade que no vio ningún motivo para ir en contra del acuerdo alcanzado; más cuando nadie, ni siquiera los miembros de los partidos políticos de la oposición, impugnaron el modificado. Pero concluye que el modificado debería ir con una modificación del contrato de ejecución de la obra y para éste, sí era necesario un informe del secretario municipal.

Es patente esta nueva irregularidad: se realiza y aprueba un modificado del proyecto de ejecución, pero no se modifica el contrato de ejecución de la obra. Y ello a pesar de que en el informe que la acusada Adelaida emite el 13 de marzo de 2012 (con ocasión de no aceptar la certificación 25), se indica expresamente:

"PRIMERO.- Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 25 de marzo de 2008, se adjudicó el contrato de obra "Teatro Auditorio Municipal" a la mercantil ECISA, S.A. por un precio de 5.659.597,96 euros.

SEGUNDO.- El contrato fue modificado mediante acuerdo del mismo órgano municipal de fecha 17 de septiembre de 2010. Dicha modificación, de carácter meramente técnico, no supuso variación del precio de adjudicación ." (folios 345 y ss. del anexo 2.3).

Finalmente, el 20 de septiembre de 2011 se firma el acta de recepción de la obra (folio 289 anexo 2.3 o folio 148 anexo 9.2). Esta acta lleva encabezado *"Proyecto de Teatro-Auditorio y Edificio Polivalente (pabellones de danza-música, Exposiciones-Congresos, Bar-Cafetería y sótano para aparcamientos)"* pero no

responde a la realidad, pues no hay cafetería, ni se recibió el Teatro-Auditorio objeto de la subvención. Sí se recepcionaba el edificio destinado a Escuela y Música y a Exposiciones y Congresos y aparcamiento, todos ellos ajenos al objeto de la subvención. Recuérdese que el Decreto nº 349/2006 decía *"Este Decreto tiene por objeto regular la concesión directa de una subvención al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras para la financiación de la totalidad de las obras de "Construcción del Teatro Auditorio en Puerto Lumbreras" según el anteproyecto redactado por el arquitecto Fausto, con presupuesto de 6.000.000 euros."*

En el acta de recepción se hace constar que el constructor hace entrega formal al promotor de la obra y que éste la recibe terminada, en buen estado y de acuerdo con las prescripciones legales, dando comienzo el plazo de garantía. Se firma por el arquitecto director de la obra el arquitecto técnico de la obra, el contratista, el concejal de Servicios y un técnico municipal.

Pero es obvio que no se entrega una obra completa. Ni siquiera puede definirla así el proyecto modificado, pues el edificio del teatro no puede ser destinado al fin por el que se proyectó. En este punto, no compartimos la conclusión a la que llega la perito Eva María, en cuanto a la posibilidad de entender que el acta de recepción fue recepción parcial de las obras, a partir de la interpretación de que la obra podía ser ejecutada por fases y se preveía en el modificado. Si ello fuera así, se estaría reconociendo que falta ejecución de obra.

De hecho, el modificado cambia el concepto de obra completa contenido en el *art. 125 del Reglamento General* de la LCAP (RD 1098/2001): considera que su fin se alcanza cuando se ha concluido la obra, con independencia si puede servir para su buen fin o no.

Más aún, el perito Roberto, al indagar en este concepto que contiene la Memoria del proyecto modificado dice que *"habríamos de entender que la Memoria del Modificado se refiere a una Obra completa y así lo indica el autor, sin establecer ninguna salvedad"* ; y concluye: *"Quiero decir que en la Memoria no se indica en ningún momento que la obra que se proyecta para el Teatro-Auditorio no va a quedar totalmente terminada y que será necesaria una siguiente fase par su conclusión, lo que dicho expresamente hubiera podido acogerse al subrayado que he marcado en la cita del artículo 58. Tampoco se indica en ningún momento que se hayan suprimido unidades de obra del Proyecto Original...Por tanto, de acuerdo con lo dicho en la Memoria, la obra que en ella se describe podría considerarse una obra completa."*

Que faltan unidades de obra en el proyecto modificado para que el edificio pueda ser destinado a su fin es un hecho incuestionado. Y no se puso en la memoria porque no interesaba ponerlo. De hecho, el mismo perito analiza a continuación las mediciones y el presupuesto y llega a la conclusión de que, con estos dos conceptos, no se trataría de una obra completa en lo referente al edificio del teatro.

Es tan patente el engaño, que el propio coordinador de Seguridad y Salud hizo constar en el libro de incidencias: *"Finalizada la obra objeto del contrato y entregada mediante acta de recepción oficial, a su promotor el Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras con fecha 20 de septiembre de 2011 se da por concluidas las tareas de coordinación dejando la obra del auditorio incompleta según proyecto modificado aprobado en pleno municipal, pasando a ser responsabilidad del Ayuntamiento su mantenimiento."*

Los dos edificios relativos al edificio de Congresos y Pabellón de Danza fueron ocupados parcialmente por el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras según consta en acta de 19 de mayo de 2011 firmada por el acusado Evaristo.

Y no tenemos duda de que queda pendiente la medición general de la obra y su liquidación, conforme viene establecida en el *art. 166 del RD 1098/2001* : faltan por concretar muchos pasos establecidos en dicho precepto, especialmente la medición final de las partidas de obra efectivamente ejecutadas. Más cuando no consta que la garantía definitiva que dio ECISA del 4% del presupuesto (226.383,91 euros) le haya sido devuelta. Así lo declaró la alcaldesa Ramona, al indicar que se aperturó un expediente de liquidación de la obra para devolución de las garantías, que no ha concluido por hallarse el asunto judicializado (acontecimiento 179 del procedimiento del TSJ).

Pero por si no fuera suficiente lo relatado anteriormente, el acusado Fausto decide también realizar un Proyecto de Obras Complementarias en septiembre de 2009, (folio 1333 y ss. del tomo IV y también en los folios 18 a 27 del anexo 9.2). Se indica que el PEC, con IVA es de 338.916,04 euros y que su objeto es la definición de los nuevos trazados y dimensiones de las infraestructuras urbanas y de alguno de los servicios necesarios para el abastecimiento del edificio. Se trata de intervenciones relacionadas con las líneas eléctricas, de telecomunicaciones y red de drenaje de la parcela. Especialmente, se indica que existe la necesidad de realizar un trazado definitivo de las líneas eléctricas. El Ayuntamiento remite al consejero de Cultura y Turismo un oficio adjuntado este proyecto de obras complementarias, mucho más tarde, el 1 de junio de 2010. Y esta carta, firmada por el acusado Evaristo, dice: *"De conformidad con las conversaciones mantenidas recientemente, me complace adjuntarte el "Proyecto de Obras Complementarias al Proyecto Básico y de Ejecución del Teatro-Auditorio y Edificio Polivalente", elaborado por D. Fausto, Arquitecto. Todo ello, para tu conocimiento y efectos oportunos, a fin de ultimar esta actuación."*

Y tampoco este proyecto de obras complementarias ha quedado justificado, desde el momento en que el testigo Jose Miguel ha declarado que la modificación de la línea eléctrica que pasaba por el Teatro-Auditorio la ejecutó Iberdrola. Añade que lo solicitó el técnico municipal Felix y todo se hizo con él. Esta declaración consta corroborada también por la documental unida al folio 2030 del tomo V y los folios 3700 y ss. del tomo IX, de proyecto de electrificación y telecomunicaciones en accesos y entorno al Auditorio de Puerto Lumbreras.

Según indica el peritaje del interventor nº NUM005, no existe documento que justifique la contratación de los servicios del arquitecto Fausto para la redacción del proyecto de obras complementarias, ni sobre los posibles pagos de sus servicios. Tampoco existe documento sobre la tramitación administrativa de este proyecto. Y 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 Claudio, 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 Evaristo 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 Evaristo 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 Roberto 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 Evaristo, 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 Fausto. 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 Adelaida, 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 Felicísimo, 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 Íñigo. Por eso, no podemos compartir la conclusión del informe pericial de la arquitecta Ángela: *"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 Roberto 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 Felicísimo 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 Evaristo 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 Nugalte 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. Fausto, 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 Fausto, (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 Evaristo 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 Fausto 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. Fausto.*" 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 Evaristo 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 Evaristo 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 Fausto, 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 Fausto.

QUINTO. Únicamente la defensa del acusado Felicísimo 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.

SSEXTO . 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 Evaristo 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 Evaristo, 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 Adelaida, 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 Fausto. 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 Fausto no puede ser beneficiario de una reducción de la pena y debe soportar la misma penalidad que Adelaida: 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 Evaristo y Fausto se les impondrá la pena de 8 años de inhabilitación, dada la importancia de su participación. Fausto 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 Evaristo 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 Adelaida 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 Fausto 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 Ignacio.

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 Ramona 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 Evaristo se le impone el pago de 3/13 partes de las costas causadas, al ser condenado por tres delitos. Al acusado Fausto se le impone el pago de 2/13 partes de las costas causadas, al ser condenado por dos delitos. E igualmente, a la acusada Adelaida 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 Felicísimo del delito de fraude a la Administración Pública y prevaricación por los que venía acusado.

Que **DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a los acusados Evaristo, Fausto y Adelaida del delito de fraude a la Administración Pública del que venían acusados.

Que **DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** al acusado Fausto 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 Evaristo 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 Adelaida; 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 Fausto 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 respecto a la mercantil ECISA, Compañía General de Construcciones, S.L.

Notifí quese 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.