ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA
Avda Pedro San Martin S/N
Santander
Teléfono: 942346969
Fax.: 942330801
Modelo: C1920

Proc.: **PROCEDIMIENTO ABREVIADO**
Nº: **0000003/2013**
NIG: 3907531220130000004
Resolución: Sentencia 000001/2014

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Fiscal	MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL	
Querellado	FRANCISCO JAVIER LÓPEZ MARCANO	GABRIELA MIRAPEIX ECKERT
Querellado	DIEGO HIGUERA CEBALLOS	GABRIELA MIRAPEIX ECKERT
Querellado	EDUARDO FERNANDEZ ABASCAL TEIRA	ALBERTO RUIZ AGUAYO
Querellado	JUAN IGNACIO COBO UGARTE	CARMEN QUIROS MARTÍNEZ
Querellado	LAUREANO ANTONIO MARTINEZ GUTIERREZ	MARÍA GONZÁLEZ-PINTO COTERILLO
Querellante	SOCIEDAD REGIONAL CANTABRA DE PROMOCION TURISTICA S.A.	ANA MENDIGUREN LUQUERO

SENTENCIA Nº 0000001/2014

Ilma. Sra. Presidenta:

Doña Paz Hidalgo Bermejo

Ilmas. Sras. Magistradas:

Doña Doña Clara Penín Alegre

Doña María Esther Castanedo García

En Santander, a ocho de abril de dos mil catorce.

Este Tribunal ha visto en Juicio Oral y Público la presente causa seguida con el número 3/2013, Rollo de la Sala 1/2014, por presunto delito de prevaricación, contra Don Francisco Javier López Marcano, representado por la Procuradora Sra. Mirapeix Eckert y defendido por la Letrada Sra. Sánchez Morán y Don Diego Higuera Ceballos, representado por la Procuradora Sra. Mirapeix Eckert y defendido por el Letrado Sr. Sánchez-Pego Lamelas. Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal, y como acusación particular, Sociedad Regional Cántabra de Promoción Turística S.A. (CANTUR), representada por

la Procuradora Sra. Mendiguren Luquero y defendida por el Letrado Sr. Varela Pérez.

Es ponente de esta resolución la Magistrada Doña María Esther Castanedo García, redactando voto particular contra el criterio de la mayoría la Magistrada Doña Paz Hidalgo Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Las actuaciones se iniciaron en virtud de querella interpuesta por CANTUR, dando lugar a la incoación de Diligencias previas 3/2013, en las que una vez practicadas las actuaciones que se consideraron oportunas se acordó la continuación del Procedimiento por los trámites del Procedimiento Abreviado y se acordó la apertura del Juicio oral formándose el Rollo de Sala 1/2014.

Segundo.-El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de prevaricación previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, en concurrencia con el artículo 74 del mismo cuerpo legal. Considerando criminalmente responsables del delito a Don Francisco Javier López Marcano y a Don Diego Higuera Ceballos y solicitando la imposición de la pena de inhabilitación de nueve años.

Tercero.- La acusación particular ejercida por CANTUR calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, del que consideró criminalmente responsables a Don Francisco Javier López Marcano y a Don Diego Higuera Ceballos y solicitó la imposición de la pena de inhabilitación especial durante ocho años.

Cuarto.- Por las defensas de los acusados, se mostró disconformidad con las acusaciones, se solicitó la absolución de sus defendidos con toda clase de pronunciamientos favorables.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Quinto.- En fechas 17, 18, 19, 20, 21, 25 y 26 de Marzo de 2014 han tenido lugar las vistas del juicio oral y público de la presente causa. Al acto de la vista asistieron los acusados, con sus representaciones, el Ministerio Fiscal y la acusación particular, fueron practicadas las pruebas de examen de los acusados, interrogatorio de los testigos propuestos y no renunciados y prueba pericial, tras lo cual se dio por reproducida la prueba documental, habiendo quedado recogidas las declaraciones en soporte audiovisual y levantándose acta de vista del Juicio Oral por la Señora Secretaria de la Sala, de conformidad con lo previsto en el art. 743 de la L.E. Crim.

Sexto.- Las partes elevaron sus conclusiones a definitivas y tras la emisión de los informes por las partes, se declaró la presente causa vista para sentencia.

HECHOS PROBADOS

De la prueba practicada en el Juicio Oral se deducen los siguientes hechos, que se declaran probados:

PRIMERO: Don Francisco Javier López Marcano, mayor de edad y sin antecedentes penales, Diputado del Parlamento de Cantabria y funcionario de carrera en el ámbito de la enseñanza, fue nombrado miembro del consejo de administración de la Sociedad Regional Cántabra de Promoción Turística S.A. (CANTUR), sociedad mercantil de capital íntegramente público. El Consejo de Administración acordó designarle como Presidente en sesión celebrada el 25 de agosto de 2003. En dicha condición le fueron otorgadas plenas facultades de

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

actuación en nombre de la sociedad por acuerdo de 3 de septiembre de 2003.

SEGUNDO: Don Diego Higuera Ceballos, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue designado firmando contrato de personal de alta dirección, sometido a la legislación laboral, Director Gerente de la referida sociedad mercantil con facultades contractuales limitadas a 60.102 €.

TERCERO: El Parque de la Naturaleza de Cabárceno, desde fechas anteriores al nombramiento de los acusados, estaba intentando hacerse con una pareja de gorilas como medio para incentivar las visitas.

CUARTO: Con el fin de construir una casa para albergar a estos animales el Sr. Higuera, en su condición de director gerente de CANTUR, se puso en contacto telefónico con el despacho del arquitecto Sr. Don Eduardo Fernández Abscal Teira para la redacción del Proyecto y la dirección de obras de esta construcción, arquitecto sugerido por el Sr. López Marcano. El primer encargo realizado al despacho de arquitectos del Sr. Fernández Abasacal para la casa de los gorilas fue de fecha anterior al 18 de junio de 2004. La contratación de este despacho de arquitectos fue verbal.

QUINTO: El proyecto básico de casa de los gorilas de fecha 5 de julio de 2005 fue visado por el Colegio de Arquitectos de Cantabria el 27 de julio de 2006 y presentado en el registro general del Ayuntamiento de Villaescusa el 26 de octubre de 2006.

SEXTO: En fecha no determinada, entre el 18 de junio de 2004 y el 22 de agosto de 2006, el Sr. Higuera, en su condición de director gerente de CANTUR, se puso en contacto con el arquitecto técnico Juan Ignacio Cobo Ugarte para encargar la dirección de obra y coordinación de seguridad por un importe de 35.061 €

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

que finalmente fue contratada. También esta contratación fue verbal.

SÉPTIMO: Con fecha 22 de agosto de 2006 el Sr. López Marcano firmó un contrato con el representante de mercantil Construcciones Queveda, S.L., para la construcción, con aporte de materiales, de la casa de los gorilas por un importe total de 1.601.785,90 €, de los cuales 481.702,83 € correspondían a las estructuras, y para un edificio anexo, destinado a tienda, cafetería y servicios, por un importe de 310.720,80 €.

OCTAVO: La construcción, supervisada muy activamente por el Sr. Fernández Abascal, sufrió diversas modificaciones para adaptarse a las exigencias de los especialistas en el cuidado de los gorilas, entre ellas sacar la tienda, cafetería y servicios inicialmente previstos dentro de la casa de los gorilas a un anexo externo, que se construyó sobre la base de unos dibujos que realizó el arquitecto superior.

NOVENO: En las determinaciones del planeamiento vigente en esas fechas la calificación de la parte del parque situado en el término municipal de Villaescusa era la de suelo no urbanizable, reserva minera, anterior al desarrollo del Parque de Cabárceno. Dado que el planeamiento no estaba adaptado a la legislación autonómica y por la premura en la construcción si se hacían con la pareja de gorilas, se produjeron diversas reuniones con el Ayuntamiento a lo largo del año 2006. En estas participó, además de personal del Parque, el Sr. Higuera, y a ellas asistió tanto el alcalde como el arquitecto municipal del Ayuntamiento.

DÉCIMO: La solicitud de licencia municipal presentada por el Sr. Higuera y tramitada por el Ayuntamiento tiene registro de entrada 26 de octubre de 2006, ya comenzadas las obras. La autorización de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Urbanismo se concedió el 26 de julio de 2007. La licencia municipal ha sido denegada si bien ha sido objeto de recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO: Cuestiones previas.

1º.- La primera cuestión planteada por las defensas es la condición de CANTUR como acusación particular, debido a que no es perjudicada por un posible delito de prevaricación y, en segundo lugar, porque en sus estatutos sociales no se prevé como objeto social la defensa de los intereses públicos. Pues bien, en puridad, es CANTUR quien efectúa los contratos y por tanto no puede ser considerada como perjudicada por un eventual delito de prevaricación administrativa, por lo que la Sala decide que su condición procesal es la de acción popular sin considerar necesario, a estas alturas del procedimiento, exigir fianza alguna a esta parte.

2º.- En segundo lugar, las defensas impugnaron la documental obrante en autos, por entender que era incompleta y que CANTUR no había aportado toda la existente. La Sala, a la vista que que no se impugna la veracidad del contenido de la documental, tendrá en consideración las alegaciones sobre la falta de documentos a la hora de valorar la prueba.

3º.- En tercer lugar, las defensas protestan ante la amplitud del relato de hechos del escrito de acusación de CANTUR que se excede de los imputados por el instructor. La Sala ya adelantó en el acto del Juicio Oral que sólo tendría en consideración los hechos imputados por el instructor en el Auto de

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, tal y como obliga la Lcrim.

FUNDAMENTO SEGUNDO. Valoración de la prueba. En primer lugar la sala quiere poner de manifiesto que no se han tenido en cuenta más argumentos que los señalados a lo largo del juico por las dos acusaciones, y los concluidos en sus dos informes verbales, teniendo mucho cuidado en no barajar otros razonamientos ni pretensiones acusatorias que las alegadas por éstas. Dejando fuera del examen de esta sentencia el contenido de documentos acompañados por la querella o aportados a los autos de instrucción que pueden reflejar actuaciones del Consejo de Administración de CANTUR que no se han apuntado por las acusaciones ni han traído a juicio a los miembros del Consejo de Administración, ni han analizado el contenido de estos documentos.

Tampoco se tendrá en cuenta ninguna de las declaraciones de los testigos durante la fase de instrucción, ya que ni el Ministerio Fiscal, ni ninguno de los abogados han pedido la reproducción de las mismas, ni han señalado contradicciones de los testigos pidiendo su confrontación en juicio y dando la oportunidad a los mismos de explicar sus posibles divergencias, en el trámite procesal oportuno, es decir durante los interrogatorios. Hay que recordar que la acusación de CANTUR postergó las posibles contradicciones de dos testigos al momento del informe final, por lo que no se le tiene en cuenta su pretensión. Razón por la cual, el voto mayoritario de esta sentencia no ha visionado las declaraciones de los testigos durante la instrucción que constan en DVD, limitándose para fundamentar esta sentencia a las declaraciones vertidas durante el juico oral, a la documental aportada, no impugnada en cuanto a su veracidad por las partes, sino en cuanto a si es toda la documentación existente respecto del objeto de

acusación –los tres contratos realizados para la construcción de la casa de los gorilas-. Y la Sala concluye que, efectivamente, la documentación con la que se cuenta no es completa limitándose prácticamente a la remitida por una de las acusaciones que es la que la tenía los archivos en su poder, cuando su propia pericial de parte y los informes de la Intervención General de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria, en su auditoría realizada por la Unidad de Control Financiero en fecha noviembre de 2008 (folios 627 y siguientes del Tomo III del Rollo de la Sala, en concreto folio 635) acreditan que han existido pérdidas o extravíos de los documentos.

Todo lo anterior, unido a los principios procesales generales de carga de la prueba y al principio penal de presunción de inocencia, nos van a llevar a analizar, bajo este prisma, cada una de las alegaciones de las acusaciones, centrándonos, principalmente en el escrito de calificación de la Sra. Fiscal, ya que es totalmente respetuoso con el contenido del Auto de transformación en Procedimiento Abreviado realizado por el Sr. Instructor de la causa en fecha 27 de septiembre de 2013, y en el cual se concretan las imputaciones que se hacen a los acusados y se acuerda sobreseer libremente a los mismos por los delitos previamente imputados de falsedades o malversaciones. De esta manera no se van a tener en cuenta los relatos de hechos recogidos en el escrito de acusación de CANTUR que exceden de los límites anteriormente fijados. De modo, que para ser respetuosos con el contenido del artículo 24 de la Constitución española, en el sentido de garantizar el derecho a una correcta defensa de las partes, nos limitaremos exclusivamente al análisis de los hechos recogidos en el citado auto del instructor, que se

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

corresponden con el escrito de calificación de la Sra. Fiscal.

FUNDAMENTO TERCERO: Delito imputado a ambos acusados. Nos encontramos con que tanto el Ministerio Fiscal como CANTUR, la sociedad querellante, acusan a los Sres. López Marcano e Higuera de la comisión de un delito de prevaricación, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, pues bien, es constante la jurisprudencia que ha señalado en numerosas ocasiones que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, es decir, que sea arbitraria o injusta; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho, es decir, a sabiendas.

FUNDAMENTO CUARTO: Naturaleza de la actividad imputada y condición de sujetos activos del delito. Analizando las alegaciones de ambas defensas, relativas a la naturaleza de la actividad analizada en juicio e imputada a los acusados, las dos afirman que no estamos ante un asunto administrativo. Además, traen a colación la Sentencia del Tribunal Supremo nº 166 de 2014, de fecha 28 de febrero de 2014, que dice *"El recurrente*

razona que no se trata de resoluciones recaídas en asunto administrativo como exige el art. 404 CP. En verdad en esas operaciones el recurrente vulneró los principios de publicidad y concurrencia a que venía sometido. Pero no estamos ante un "asunto administrativo". La extensión del tipo del art. 404 CP supondría rebasar, más que bordear, las exigencias del principio de legalidad. Desarrolla el recurrente su argumentación con solvencia y solidez, como todo su recurso lo que ha sido objeto de justa alabanza en el dictamen del Fiscal, que, por otra parte, es totalmente impugnatorio. BITEL era una empresa sometida al derecho privado. La presencia de capital público, aunque fuese mayoritario, no altera la naturaleza de su actuación en el ámbito mercantil. Una cosa es que tales sociedades estén sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación y otra que eso mute la naturaleza jurídica de su actuación. Lo razona de forma suasoria el recurrente. El sometimiento a los dos expresados principios en la contratación por parte de ese tipo de sociedades estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Su Disposición Adicional Sexta rezaba así: "Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Dicha redacción estuvo en vigor hasta el Real Decreto Ley 5/2005,de 11 de marzo, en el que, se le dio a la nueva redacción: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el

apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que lo naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".
No por el hecho de que dicha contratación deba sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia, se convierte en una contratación propia de Administraciones Públicas u Organismos Autónomos. Por ende, no cabe hablar de "asunto administrativo". Precisamente que deban extenderse expresamente por ley tales principios a la actuación de esos entes es señal de que no se trata de actividad administrativa, sino puramente mercantil, sometida al derecho privado. Eso no viene alterado ni por la consideración jurídico penal del recurrente como funcionario, ni por la naturaleza pública de los caudales. El concepto de "asunto administrativo" que maneja el Derecho Penal no se ajusta estrictamente a las categorías ajenas a él. Pero no llega al punto de atraer a ese campo actos sometidos exclusivamente al Derecho Privado aunque con esos Condicionantes".

Se trata de una sentencia que analiza un asunto de idéntica naturaleza al nuestro, en que aunque las acusaciones entiendan que se han vulnerado en esas operaciones de contratación imputadas a los acusados los principios de publicidad y concurrencia, lo cierto es que nos encontramos con que CANTUR es una empresa sometida al derecho privado. La presencia de capital cien por cien público no altera la naturaleza de su actuación en el ámbito mercantil. Una cosa es que tales

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

sociedades estén sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación y otra que eso mute la naturaleza jurídica de su actuación. Pero, aún así, el sometimiento a los dos expresados principios en la contratación por parte de ese tipo de sociedades estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, no empece a calificar la actuación fuera de sus límites como un bordeamiento de la legalidad no merecedor de reproche penal, si además, tenemos en cuenta, que posiblemente, en nuestro caso, en los actos preparatorios de los contratos celebrados con el arquitecto y el arquitecto técnico, no sea de aplicación la modificación operada por el Real Decreto Ley 5/2005,de 11 de marzo, en el que, se le dio a la nueva redacción a la Ley de Contratos de 2000, por la que se exige: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que lo naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". Decimos que esta redacción más precisa no es de aplicación a nuestro supuesto, atendiendo a la fecha de la oferta realizada al arquitecto y al arquitecto técnico contratados para la obra de construcción de la casa de los gorilas, toda vez que en el doc, 4.2 de los acompañados con la querella se deduce que el arquitecto Sr. Fernández Abascal ya había iniciado su encargo en fecha 18 de junio de 2004. A mayor abundamiento, la

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2012, recurso nº 1257/2011, analizando un contrato sometido en su fase preparatoria al derecho administrativo, concluye que difícilmente el desarrollo ejecutivo del acto de contratación, ya finalizado en vía administrativa puede constituir una resolución administrativa en los términos que exige el artículo 404 del Código Penal.

Las acusaciones en ningún momento han invocado el artículo 31 del Código Penal, al analizar el sujeto activo de la prevaricación, al considerar que concurrían en los acusados las circunstancias específicas de autores en este delito especial propio, por lo que nos vamos a centrar sólo en el análisis del artículo 24 del Código penal. Para las defensas, el hecho de que el asunto carezca de naturaleza administrativa, les hace concluir que, los sujetos que participan en el mismo, no son sujetos activos del delito, por no concurrir los requisitos del artículo 24 del Código penal. Sobre este artículo se han vertido ríos de tinta, no sólo por la doctrina, al calificarlo como un delito especial propio no simpatizante con la idea de una autor "extraneus", sino también por la jurisprudencia, que partió de la idea de un concepto cerrado de autor, concebido exclusivamente para los supuestos previstos tasadamente por el legislador en el artículo 24 y con interpretación restrictiva, para llegar a una jurisprudencia más moderna que en ocasiones mantiene el criterio anterior y en otras realiza una interpretación aperturista del concepto de autor, pero en ningún caso, hasta el punto de establecerse una jurisprudencia consolidada en la que los directores o gerentes de empresas públicas sean considerados autores del delito del artículo 404, estudiando las Sentencias existentes sobre el tema del

Tribunal Supremo ninguna de ellas analiza el sujeto activo del delito de prevaricación a la luz del art. 24 respecto de directivos o altos cargos en empresas públicas. Sólo en tres de ellas se juzgan personas que actúan en nombre de entidades públicas. En una se absuelve y no entra en la autoría además de involucrar al grupo municipal (Sentencia de la Sala Segunda de fecha 6 de mayo de 2013) y en otra se condena por malversación y no por aplicar el 24 CP apreciando la extensión (malversación impropia) del art. 435 CP (STS de 25 de enero de 2010). En la STS de fecha 5 de octubre de 2012 en que se confirma la condena sí que es una empresa municipal que rinde cuentas al pleno municipal, pero el recurrente no plantea y, por lo tanto, el TS no entra a analizar la figura del autor del delito y si reúne la condición o no de funcionario o autoridad. En cualquier caso, la condena lo es por concurso ideal con malversación y la actuación de la empresa actuaba en ocasiones por encargo del Ayuntamiento. No concluyendo el propio Tribunal Supremo si los que actúan en nombre de empresas públicas sujetas a derecho privado cumplen o no con los requisitos del artículo 24 del Código penal para ser sujetos activos del delito especial propio del 404, la extensión de este concepto por nuestra parte podría llegar a tener consecuencias peligrosas. Las dudas sobre la posibilidad de que una persona que no haya sido designada de alguna de las formas que requiere el art. 24 CP pueda ser funcionario o autoridad a efectos penales son muy complejas, máxime cuando las sociedades públicas no pueden ejercitar facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública (Disposición Adicional 12° de la Ley Estatal 6/1997, y Disposición Adicional 4° de la Ley de Cantabria 6/2009).

El acusado Sr. López Marcano no era Presidente del Consejo de Administración de CANTUR por disposición

inmediata de la ley o por elección, o por nombramiento de autoridad competente, aunque sí pueda participar en el ejercicio de funciones públicas. Pese a la descripción de la intervención en la página 2 de la escritura ante notario de 25 de agosto de 2003, del Sr. López Marcano, en puridad, el Gobierno lo único que le nombra es, como al resto del Consejo de Administración, consejero. Es el Consejo de Administración quien lo designa Presidente de la sociedad, según aclara la escritura de 25 de agosto de 2003, en la página 4 de la escritura (documento 3.1 de la Querella), al margen de la imprecisión de las Actas del propio Consejo.

En cuanto al Sr. Higuera se le nombra Director Gerente a propuesta del Presidente del Consejo de Administración, acordándose en el Consejo de Administración celebrado en fecha 4 de septiembre de 2003 y firmando con el mismo un contrato de alta dirección sometido a la legislación laboral.

Pese a las dificultades que hemos apuntado relativas al concepto de autor de los acusados, no encontramos óbice, como hemos dicho al inicio de este fundamento de derecho, en declarar la plena aplicabilidad de la Sentencia alegada por la defensa del Sr. López Marcano (STS 28 de febrero de 2014), en nuestro asunto, para concluir que quiebra uno de los requisitos del tipo del artículo 404 del Código Penal, el de encontrarnos con un asunto de naturaleza administrativa. A esta misma conclusión podemos llegar analizando otras numerosas sentencias como STS 627/2006 o la STS de fecha 9 de junio de 2007 rec. 245/2006. Pero es más, no hay que irse más lejos de nuestro propio legajo para entender que ya se conocía el carácter privado de la actuación imputada ya que la imputación que hace el Sr. Instructor de la causa, en Auto de transformación de las Diligencias previas en Abreviado, de 27 de diciembre de 2013, contiene la

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

siguiente cita textual: "El documento suscrito entre CANTUR y CONSTRUCCIONES QUEVEDA, S.L., el día 22 de agosto de 2006, es un contrato privado de obra con aportación de materiales" (página 4 del Auto referido). Y teniendo en cuenta que los contratos con los dos arquitectos son verbales y no consta la fecha en que se celebraron, si bien la primera oferta debió ser previa al 18 de junio de 2004 (doc 4.2 acusación particular), y anterior a la Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03 por la que se condena a España de modo que a partir de este momento se modifica la ley de Contratos de 2000, en el sentido antes señalado de obligar a las sociedades públicas de una forma más clara, a contratar mediante un procedimiento que se adecue a sus exigencias de publicidad y concurrencia, por lo tanto, y aunque ya hemos señalado como el sometimiento a estas exigencias no supone que cualquier infracción pueda ser considerada de índole criminal, concluimos, que, además, por el momento en el que situamos nuestros hechos probados, tal reforma (RD 5/2005) podría no ser de aplicación.

Lo anterior en cuanto a los contratos con los profesionales técnicos de la obra, en cuanto al contrato con la constructora de la obra "Construcciones Queveda, SL", si bien es posterior a la reforma del año 2005, en sus efectos se rige por el derecho privado, y esto se confirma, además, por su clausula 17 que somete a arbitraje las controversias que puedan surgir entre las partes (folios 137 a 144 de los autos, documento 4.7 de la acusación particular, unido a la querella).

Si bien la firma de un contrato en el caso de que fuera administrativo (lo se niega por el voto mayoritario), sí podría considerarse resolución en

asunto administrativo, de forma más patente se evidencia en el resto de actuaciones irregulares efectuadas en nombre de CANTUR en cuanto propietaria del terreno, que no estamos en asunto administrativo. Se alude en ambos escritos de acusación a la construcción de la Casa de los Gorilas sin licencia ni autorización preceptivas. Al margen de la irregularidad administrativa sobre la que luego se profundizará, la actuación también en este ámbito lo es como particular que solicita "extemporáneamente" estas autorizaciones a la Administración y comienza construir antes de solicitarlas. Pero la solicitud del particular y la construcción como propietario, sean cuales sean las circunstancias, no es resolución administrativa. La resolución lo es de la Administración al otorgar la licencia o denegarla pero no la petición del particular, así lo concluye también el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de febrero de 2011, recurso nº 1173/2010.

Y habiendo establecido, en principio, que no es un asunto administrativo, y con las dudas de si estamos ante un supuesto del artículo 24 del Código Penal, hay que terminar analizando las conductas típicas que se les imputan a los dos acusados. En primer lugar, con respecto al acusado Sr. López Marcano, se le imputa la contratación con los profesionales técnicos directores de las obras. Lo cierto es que durante su interrogatorio este acusado lo que reconoce es que "sugirió" que el arquitecto superior fuera el Sr. Fernández Abascal al Consejo de Administración de CANTUR, y manifestó que no supo nada más. ¿Nos encontramos ante prueba suficiente de que el acusado realizase acto alguno de contratación? Pues ben, por un lado, ningún miembro del entonces Consejo de Administración de CANTUR ha sido traído a juicio para

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

adverar o desmentir este extremo (se han escuchado más de 25 testigos), y por otro lado, la prueba documental consistente en actas del Consejo de Administración nos demuestra la generalidad con la que los asuntos se trataban en las reuniones, o, al menos, la generalidad con la que los asuntos se plasmaban en las actas, algunas de las cuales dice: "el Presidente informa de los presupuestos y actividades que se están llevando a cabo…". No teniendo, por tanto, la Sala la seguridad de que todas las ofertas de todos los contratos celebrados por CANTUR se plasmasen en actas y se hicieran con el mismo grado de detalle. En cuanto al otro imputado Sr. Higuera, reconoce en su interrogatorio que es él quien llama al arquitecto para hacerle el encargo de la construcción, porque así lo había decidido el Consejo de Administración, estando presente el Sr. Carciller (Director de Compras de CANTUR). En este caso no se ha intentado desvirtuar esta declaración ni con las declaraciones de los miembros del Consejo de Administración, ni con la del citado director de compras.

Finalmente, en cuanto a la competencia atribuida al Sr. Higuera para efectuar pagos de contratos inferiores a 60.000 euros, circunstancia ratificada en juicio por el testigo Sr. Iglesias Gozalo, el mismo manifestó en juicio que nunca había hecho pagos superiores, y que si en su conjunto los pagos de facturas de alguna obra podrían superar esta cantidad, la firma del Presidente Sr. López Marcano, salvaba su incompetencia. En todo, caso nos encontramos con pagos efectuados en la fase de ejecución de un contrato privado, por lo que seguimos fuera del ámbito del artículo 404.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FUNDAMENTO QUINTO: Naturaleza de la actuación imputada. En cuanto al contenido **arbitrario o injusto** de la resolución, algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo vienen a resaltar como elemento decisivo "... el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa", (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS 766/1999, de 18 mayo y STS 2340/2001, de 10 de diciembre). Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico

aceptable. Insistía en estos criterios doctrinales, la STS 755/2007 de 25 de septiembre, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. (STS 340/2012). Concretamente cuando se trata de infracciones del procedimiento, la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se cumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales. Así, se ha dicho que "... el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa..." (STS 1658/2003, de 4 de diciembre).

Se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando "... omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación

administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales". (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo). (STS num. 1312/1994, de 24 junio; STS num. 648/2007, de 28 de junio).

Por lo tanto, este elemento de tipo exige la concurrencia de un elemento fáctico y normativo consistente en el pronunciamiento o dictado de resolución injusta en asunto administrativo, sin ser suficiente la mera infracción de la legalidad, sino que es preciso que en la decisión y ordenación de un asunto se desvíe de la norma o la incumpla, con perjuicio efectivo o potencial para los intereses de los ciudadanos o causa pública, caracterizándose la injusticia como el choque frontal y clamoroso con el ordenamiento jurídico, de tal modo que no solamente sea no adecuada a derecho sino, en modo alguno defendible con argumentos jurídicos razonables, son muchas las Sentencias en las que el propio Tribunal Supremo ha advertido de la dificultad que comporta la delimitación de la línea fronteriza entre la ilicitud administrativa y la penal, y que con la Jurisdicción penal no se trata de sustituir, desde luego, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor revisora y 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 proporcionaba 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 abuso de

poder...." añadiéndose que conforme a la STS 5 de marzo de 2003 "... no basta, pues, con la contradicción con el derecho para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente..." A dichos efectos, la jurisprudencia anterior al CP vigente , siguiendo las tesis objetivas, ponían el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho y por ello se habla de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, (STS de 16 de mayo de 1992, y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que se ha de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal (STS núm. 10 de mayo de 1993), para lo cual, se precisa (STS 2 de abril de 2003) de una tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario.

Por otro lado, sigue declarando la STS de 21 octubre 2004, anteriormente señalada que "... Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 CE , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la

autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, (SSTS de 23-5-1998, núm. 1/1998; de 4-12-1998; núm. 766/1999, de 18 mayo y núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre...).

Por lo que, en nuestro asunto, debemos concluir que no corresponde a los Tribunales penales decidir acerca de la corrección administrativa de las resoluciones adoptadas por quienes tienen competencia para ello, sino únicamente valorar los hechos en orden a la posible existencia de un delito de prevaricación. Nótese que conforme al ATS Sala 2ª de 17-2-2010 "... el Estado de derecho parte de una concepción democrática del poder en el que todos los actos de la administración y del gobierno pueden ser controlados por Jueces y tribunales. El control judicial de la actividad administrativa es realizado por el orden jurisdiccional contencioso administrativo. También por el penal cuando la actuación del administrador infringe notoriamente los principios consustanciales de una administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios de imparcialidad, objetividad, igualdad de oportunidades,

de legalidad, etc. que conforman la actuación administrativa, de acuerdo a los arts. 103 y 106 de la Constitución. En la más reciente jurisprudencia de esta Sala se ha delimitado el requisito típico de la injusticia frente a la mera ilegalidad en la contradicción con la legalidad pero entendiendo por tal la derivada de tomar en consideración los principios y valores constitucionales. El contenido material del delito de prevaricación parte de comprobar que el acto administrativo no sólo contradice el derecho positivo, lo que sería controlado por la propia administración o por la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que, además, requiere que el acto suponga una vulneración de los principios y valores constitucionales".

La jurisprudencia viene exigiendo, pues, un plus de ilegalidad, toda vez que las leyes administrativas (Ley 30/1992) prevén que los tribunales del orden contencioso-administrativo puedan decretar incluso la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, o corregir los actos que patenticen una desviación de poder, esto es, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, de modo que, incluso aquellos actos que fuesen radicalmente nulos, no serían necesariamente constitutivos de delito. Otra cosa supondría dejar sin contenido la potestad de la jurisdicción contencioso administrativo y rebasar el ámbito penal, con contravención del principio de intervención mínima. Así, los adjetivos utilizados para definir la ilegalidad constitutiva de prevaricación han sido: "palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", "grosera"," llamativa"," radical", "clamorosa" etc. En

palabras del Magistrado Sr. Perfecto Ibáñez "de la prevaricación administrativa se excluye por completo la hipótesis de la mera ilegalidad administrativa dado el carácter masivo que requiera la infracción del derecho, sustituyendo el imperativo legal por el capricho de los responsables de la actuación (STS 19 de julio de 2013, recurso 261/2013)". En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo. Es decir, tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

En nuestro caso, reconoce la Sala que han existido irregularidades en los contratos examinados, pero que en ningún caso llegan a tener la relevancia jurisprudencialmente exigida. Así, en los dos primeros

contratos con los arquitectos podría no ser de aplicación la Ley reformada como ya hemos analizado, y en el contrato con la constructora, que si suponía claramente que se debían realizar las ofertas con los requisitos de publicidad y concurrencia de la Ley de contratos, con las exigencias de la reforma de 2005 (véase la Disposición Adicional Sexta de la Ley), constatamos que existió concurrencia, en cuanto a que al menos consta otra oferta (la de la empresa construcciones CENAVI- documento 4.7 de la querella), e incluso puede que dos (Empresa Construcciones ASCAN, según la declaración del Sr. Higuera), y en cuanto a la publicidad, ciertamente, no se siguieron los requisitos legales desde el punto formal, pero si existió divulgación toda vez que no se ocultó la actuación a otras empresas del sector. Es un hecho notorio en esta Comunidad autónoma que cuando no se ha dado cumplimiento suficiente a los principios de concurrencia y publicidad en materia contratación administrativa, el propio colegio de arquitectos de Cantabria ha reaccionado interponiendo los correspondientes recursos. Y en este supuesto consta el visado del colegio al proyecto básico sin que se opusiera reparo ni queja alguna (documento 4.6 de la querella). Lo que al menos es indicio de que una posible vulneración de estos principios no podría considerarse como patente y clamorosa. Expresamente no consta ninguna queja de ninguna constructora no adjudicataria del contrato. Las otras empresas que concurrieron al contrato y no se les adjudicó han comparecido en juicio a través de sus representantes legales para decir que se enteraron de la futura realización del contrato a través del periódico, en la cafetería (Testigo Sr. Gutiérrez Cianca- Representante Legal de las sociedades Besaya y Surco S.L) o porque les llamaron de CANTUR por teléfono, así lo dice el

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

acusado Sr. Higuera que dice que por regla general llamaban a tres o cuatro empresas diferentes por teléfono, también afirma que le llamaron por teléfono el representante legal de la empresa Construcciones Anibal, Sr. Iglesias Gozalo. De hecho, Construcciones Anibal resultó la adjudicataria de las obras relativas al movimiento de tierras anterior a la realización de las estructuras de la casa de los gorilas, y con respecto a este contrato si que constan por escrito en la documentación aportada por la querellante las ofertas realizadas a otras. Dado que en este pleito existe un problema de prueba relativo a la inseguridad de que la documental aportada este completa, puede ser que el resto de las ofertas también se realizaran por escrito y que constasen. Y decimos, como hemos repetido a lo largo de la sentencia, que puede ser que los documentos aportados a los autos no estén completos, porque la querellante es la que tenía en su poder los documentos, y la defensa ha pedido a lo largo del procedimiento que se aclarase si estaban aportados a juicio todos los existentes, punto que no ha sido aclarado, y lo único que consta al tribunal es que existe un libro registro escrito y uno informático en CANTUR que no han sido traídos a juicio. Así lo señaló el actual Sr Director Gerente de CANTUR Sr. Muela Carriles durante su interrogatorio y los peritos de la querellante, Sres. Gago y Cayón, que expresamente dijeron que había documentos sustraídos o extraviados.

En cuanto a las irregularidades predicadas de la actuación de los acusados con respecto a la ausencia de licencia municipal y autorización de la CROTU (Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo) antes del comienzo de las obras, si bien se reconoce que previamente no se habían solicitado formalmente ni obtenido tales autorizaciones, lo cierto es que los

acusados, y a través de ellos los responsables de CANTUR y del parque de la naturaleza de CABÁRCENO, habían iniciado los procedimientos de obtención: bien con conversaciones con el Ayuntamiento. Bien con una supuesta presentación en mayo de 2006 de una solicitud por parte de un trabajador del parque Sr. Arce, quien habiendo fallecido no ha comparecido al juicio, y este conocimiento se tiene a través de una testifical de referencia del entonces director del parque Sr. Oti, ratificada por la declaración del arquitecto técnico Sr. Cobo Ugarte. Bien con la presentación de una solicitud ante el Ayuntamiento de Villaescusa en octubre de 2007. Bien en las reuniones mantenidas con el arquitecto técnico municipal Sr. Agüayo y con otros concejales y personal de la administración regional para buscar una solución. Entre las posibles soluciones que se barajaban estaban las relativas a subsanar la falta de previsión del Parque de Cabarceno en el planeamiento urbanístico, de modo que se propuso la modificación de las "obsoletas" Normas Subsidiarias del municipio, o la redacción de un PSIR. La propia Directora General de Urbanismo de la época, Sra. García García, testigo del juicio y persona que firma el informe jurídico escrito previo a la autorización finalmente concedida de la CROTU, manifestó que al ser el parque un equipamiento de interés general no era necesaria la propuesta modificación puntal.

También es necesario recordar que el edificio en cuestión tenía deficiencias de altura y cubierta que según el arquitecto técnico municipal eran perfectamente subsanables, y para ello se solicitó al Sr. Borragán, Veterinario Jefe del parque que realizara un informe, que consta en autos, que justificara la necesidad de que un edificio que alberga gorilas tenga que tener una altura determinada, unos pocos

centímetros superior a lo previsto en las normas subsidiarias como altura máxima para la vivienda de humanos. En este extremo la testigo Sra. Garcia García, antigua Directora general de Urbanismo, en su declaración dudó de que a la casa de los gorilas le fueran de aplicación las normas sobre alturas previstas para las edificaciones residenciales "de humanos".

FUNDAMENTO SEXTO: Elemento subjetivo del injusto. Ya desde 1997, el Tribunal Supremo en Sentencia 4 de julio de ese año estableció que el elemento subjetivo alcanza una plena relevancia cuando existen factores de interés público que pueden aconsejar o justificar una decisión que siendo formalmente contraria a la ley, este impulsada por el deseo de atender a las necesidades inaplazables del interés general. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 6-5-2013, nº 411/2013, rec. 1123/2012. Pte: Granados Pérez, Carlos, que dice:"Esta Sala se ha pronunciado sobre el alcance el elemento subjetivo "a sabiendas de su injusticia" que se recoge en el artículo 404 del Código Penal. Así, en la Sentencia 228/2013, de 22 de marzo, se declara que es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código

Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7). por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).

Y ciertamente, ese exigido conocimiento que abarque el carácter arbitrario de la resolución en modo alguno puede inferirse del relato fáctico al que se hemos hecho referencia como hechos probados.

En cuanto a la prueba de este dolo directo, la Sentencia de 26 de noviembre de 2013, del Tribunal Supremo manifiesta: "Como recordábamos en nuestra Sentencia num. 987/2012 3 de diciembre: El Tribunal constitucional ha recordado que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación a los demás componentes de naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe

satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. La STC num. 126/2012 de 18 de junio de 2012, reitera que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. Cabe distinguir los supuestos en que la decisión sobre concurrencia de ese elemento subjetivo acarrea una sentencia absolutoria, de aquellos en que su afirmación es fundamento de una decisión de condena del acusado. No cabe el subterfugio de distinguir artificialmente entre la garantía que afecta a la afirmación del hecho base y la que se refiere a la razonabilidad de la inferencia que desde el mismo lleva a la conclusión relativa al elemento subjetivo. Tal confusión llevaría a conclusiones incompatibles con garantías constitucionales como las ínsitas en la acotación de lo que puede decidir el órgano que conoce del recurso cuando la resolución recurrida es absolutoria. Precisamente cuando la sentencia es absolutoria la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo ¬u otro elemento subjetivo del tipo¬ exige en todo caso la previa audiencia por el órgano revisor del acusado absuelto. Y ello porque esa conclusión no es una cuestión meramente jurídica. Como recuerda esa Sentencia del Tribunal Constitucional tal doctrina es acorde a la de TEDH declarada en la Sentencia de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, en la que los discutido era la ausencia de voluntad fraudulenta del acusado como fundamento de su inicial absolución, pues la revisión de ésta sobre aquella

voluntad implicó el pronunciarse sobre una cuestión de hecho, en concreto, la existencia de una voluntad de defraudar a la Hacienda Pública... modificando así los hechos declarados probados por el Juez de la primera instancia. Doctrina reiterada por el TEDH en la Sentencia de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España. En el que la revocación de la inicial absolución se refería a un delito de estafa fundándose la condena del Tribunal del recurso (el Tribunal Supremo) en la proclamación de un dolo eventual de defraudar. También este Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en la Sentencia num. 274/2012 de 4 de abril, en la que dijimos que: el elemento típico del engaño que caracteriza la estafa, tiene un alcance factual cuya proclamación debe acomodarse a las exigencias de aquella garantía constitucional. Sin perjuicio, cabe matizar, de que la acusación pueda cuestionar una posible vulneración del derecho a la tutela judicial, si la decisión estuviera huérfana de toda motivación o que la expuesta careciera de modo patente de razonabilidad. Ciertamente no ha faltado hasta épocas recientes, quizás en algún caso aún mantenida, una abundante jurisprudencia que venía residenciando el control casacional de la proclamación de tales elementos subjetivos dentro de la casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Entre las recientes cabría citar la STS de 15 de noviembre del 2011,resolviendo el recurso 11029/2011, que, sin embargo, califica el elemento subjetivo de la intención como un hecho de conciencia, y que se encuentra precisado de prueba, cuya existencia no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente

acreditados. Salvo, es obvio, en los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias resulte creíble. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca del elemento subjetivo surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente. En otras Sentencias de esta Sala, como la de 5 de mayo de 2011, resolviendo el recurso 10467/2010, se ha recordado que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990 de 5 de julio, FJ 4; 87/2001 de 2 de abril FJ 9; 233/2005 de 26 de septiembre, FJ 11; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006 de 16 de enero, FJ 2 y 92/2006 de 27 de marzo, FJ 2). En la Sentencia de este Tribunal de 12 de marzo del 2012, resolviendo el recurso 1925/2011 se reitere que sobre la naturaleza de premisa fáctica que cabe predicar del elemento subjetivo del delito poco cabe dudar. Y la Sentencia también de este Tribunal Supremo num. 32/2012 de 25 de enero, recuerda con el TEDH que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico. Y también en la STS num.: 624/2013 27 de junio de 2013, Recurso: 2304/2012 donde se dice que: En relación a la concurrencia de este elemento interno, de naturaleza inequívocamente fáctica relativo a la concurrencia en los imputados del conocimiento y consentimiento en su actuación al firmar el Convenio-Contrato, el requisito " a sabiendas "que exige el tipo penal del art. 404, (aunque en el caso) el Tribunal de instancia lo dejó extramuros de su

consideración y valoración, como consecuencia de no estimar el Convenio-Contrato una resolución de fondo a los efectos de dicho artículo 404 Código penal .

En consecuencia, en cuanto al dolo que se les puede imputar a los dos acusados, pese a las infracciones administrativas que se han señalado ya anteriormente en esta resolución, es la de actuar en el ámbito de la contratación con la finalidad de conseguir urgentemente construir una "casa de gorilas" que pudiera albergar a los animales que eran ansiados para el zoológico existente en Cabarceno desde años anteriores a las fecha de los hechos imputados a los acusados (junio 2004 a enero de 2007), teniendo en cuenta que la finalidad perseguida con esta actuación era fomentar el turismo al parque y aumentar el número de visitantes y los ingresos económicos, como al parecer, según los testigos , efectivamente se produjo. De modo que la finalidad de la conducta es lícita, tal y como ha quedado acreditado en el relato de hechos probados de esta sentencia.

Por último, en la contratación de las sociedades de capital público, en la época de los hechos imputados, y con referencia a los dos primeros contratos, la legislación no era suficientemente clara para que una persona no jurista (Sr. Higuera es una persona lega en derecho) fuera consciente de la exigencia de los principios de publicidad y concurrencia y de las características de los mismos. Con respecto al tercer contrato (con Construcciones Queveda), tampoco cabe descartar, desde el prisma de la presunción de inocencia, que el Sr. López Marcano actuase en la creencia de que había precedido una mínima publicidad y concurrencia.

En cuanto al inicio de las obras de construcción antes de obtener las licencias preceptivas, en paralelo se estaban desarrollando reuniones con el Ayuntamiento que les permitía confiar en su futura concesión. De hecho, la cláusula 19 del contrato de obra con la constructora QUEVEDA, S.L., firmado por el acusado Sr. López Marcano en fecha 22 de agosto de 2006, manifiesta que la efectividad del contrato esta condicionada a la obtención de las licencias y permisos pertinentes. Por lo que la intención manifestada al inicio de la actividad de construcción es la de actuar de acuerdo con la legalidad.

Toda la actuación imputada a los acusados tiene por objeto la construcción de la "casa de los gorilas". El edificio que finalmente se construyó tiene una zona anexa con aseos, cafetería y tienda de regalos, siguiendo las directrices de la EPE (asociación protectora de los gorilas). No hay que olvidar que el proyecto arquitectónico de la casa de los gorilas recoge en sus observaciones, bajo la responsabilidad de los arquitectos firmantes, que el edificio proyectado, un pabellón de animales con visitas de público, es asimilable a un uso agropecuario y ocio-cultural. Se considera una instalación de interés público y social que debe desarrollarse en el suelo rural.

FUNDAMENTO SÉPTIMO: costas: Procede la declaración de oficio de las costas procesales al haberse absuelto a los acusados del delito imputando, en aplicación de la regla general de costas de la 240.1º Lecrim. No estimamos la petición de condena en costas a CANTUR realizada por una de las defensas, alegando mala fe en esa acusación a la hora de iniciar este procedimiento, toda vez que existiendo acción acusatoria por parte del Ministerio Fiscal, decae su argumentación.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FALLO

Absolvemos a los acusados Sr. López Marcano y Sr. Higuera del delito de prevaricación que les era imputado por el Ministerio Fiscal y la acusación popular, declarando las costas procesales de oficio.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACION, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro del plazo de los CINCO DIAS siguientes al de la última notificación, y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

VOTO PARTICULAR QUE DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 260 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL, FORMULA LA MAGISTRADA DOÑA PAZ HIDALGO BERMEJO, A LA SENTENCIA 1/2014 DE FECHA 8 DE ABRIL DE 2014, DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO NUM. 3/2013, ROLLO DE SALA 1/2014.

Dando cumplimiento a lo establecido en el art. 206.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no estar conforme con la decisión mayoritaria de mis compañeras, y al mismo tiempo haciendo uso de la facultad que me confiere el precepto antes citado, tal y como anticipé en el momento de la deliberación, formulo el presente voto particular, habiendo declinado por ello su redacción, dada mi originaria designación de ponente.

No disiente este voto particular de lo consignado en los antecedentes de hecho de la resolución, ni de la resolución de la cuestión previa suscitada referente a la posición de CANTUR, tampoco de los fundamentos jurídicos referentes a la regulación del delito de prevaricación administrativa. En este voto particular se disiente de la relación de hechos probados de la sentencia, de la valoración de la prueba documental y testifical practicada y del análisis que de los elementos del tipo se realiza en la sentencia; discrepando con la inaplicación que se hace, en el presente caso, del tipo penal de prevaricación y con la decisión de absolver respecto de los dos acusados, y ello según se fundamenta a continuación.

Primero.-Para centrar las objeciones al criterio de la mayoría, resulta imprescindible aunque resulte fatigosa su lectura, recoger los hechos nucleares descritos en

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

el Auto de transformación en Procedimiento Abreviado realizado por el Sr. Instructor de la causa, de fecha 27 de septiembre de 2013, recogidos asimismo por el Ministerio Fiscal.

D. Francisco Javier López Marcano, Diputado del Parlamento de Cantabria, en los años 2004 a 2007, era Presidente de la Sociedad Regional Cántabra de promoción Turística S.A. (CANTUR), Sociedad mercantil de capital íntegramente público, por su condición de Consejero de Cultura, Turismo y Deporte.

Entre Junio de 2004 y enero de 2007 el Sr. López Marcano, en su condición de Presidente de Cantur, y D. Diego Higuera Ceballos, Director Gerente con facultades contractuales limitadas a 60.102 euros, obviando las exigencias legales de publicidad y libre concurrencia, realizaron las siguientes actuaciones en la construcción de la "Casa de los gorilas" en el Parque de la Naturaleza de Cabarceno:

-Contratación del arquitecto Don Eduardo Fernández Abascal Teira, para la redacción del proyecto y la dirección de las obras, por un importe total para el despacho de arquitectos de 103.941,29 euros.

-Contratación del arquitecto técnico D. Juan Ignacio Cobo Ugarte para la dirección de obra y coordinación de seguridad por importe de 35.061 euros.

-Contratación de Construcciones Queveda S.L. para la construcción, con aporte de materiales, de la "Casa de los Gorilas" por un importe total de 1.601.785,90 euros, de los cuales 481.702,83 correspondían a las estructuras, y para un edificio anexo, destinado a tienda, cafetería y servicio por un importe de 310.720,80 euros.

Las obras se realizaron sobre suelo no urbanizable y sin disponer de la autorización de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

(CROTU), ni licencia municipal de obras. El edificio anexo se construyó sin Proyecto arquitectónico.

Estos hechos han quedado plenamente acreditados y probados tras la prueba practicada.

Segundo.- En primer lugar mi oposición al voto mayoritario se produce en relación con la valoración de la prueba documental y en concreto, porque la decisión mayoritaria fue, como se indica literalmente en la sentencia, *"dejar fuera del examen de la sentencia el contenido de los documentos acompañados por la querella o aportados a los autos de instrucción"*, se refiere al contenido de las Actas del Consejo de Administración de CANTUR correspondientes al periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 2003 y el 21 de abril de 2007, aportadas por CANTUR, cinco con la querella y el resto (doce más) al ser requerida por Providencia del Magistrado Instructor, de fecha 15 de julio de 2013. Sin embargo, estas mismas Actas, fueron también aportadas por la defensa en el juicio oral, y con ellas se añadieron las Actas del Consejo de Administración correspondientes a periodos de tiempo diferente y las Actas de la Junta General de Accionistas de CANTUR, correspondientes al periodo de tiempo comprendido entre el 14-8-2003 y el 9-6-2011 y esta prueba documental, en cambio, se dice que se tiene en cuenta para dictar la sentencia, pese a que no se ha valorado, ni en lo que fuere prueba de cargo ni de descargo.

Lo antes expuesto determina que la sentencia se aparta de los criterios jurisprudenciales referentes a la valoración de la prueba. Es relevante señalar a estos efectos que el Tribunal Supremo ha manifestado, *"que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e*

individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa" (STS. 422/2007 de 23 de mayo).

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios jurisprudenciales, según los cuales la sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en un análisis parcial (sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo) no da satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E., y en definitiva esta actuación no es el resultado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria. En palabras de la STS de 3 de mayo de 2.006, *"convierte en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos"*.

De esta manera no sólo la prueba documental practicada por la defensa, sino también la prueba documental practicada a instancia del Ministerio Fiscal y de la acusación popular han de ser plenamente

valoradas, máxime cuando, como sucede en este caso, son las mismas Actas, todas las del Consejo de Administración, comprendidas entre el 4 de septiembre de 2003 y el 21 de abril de 2007, las que en la sentencia no se valoran por ser aportadas por la entonces querellante y se dice, que como prueba de la defensa aportada al juicio, servirán para fundamentar la sentencia, pero en cambio se silencia su valoración en relación con los hechos que se imputan a los dos acusados.

A lo anterior se añade que los argumentos relacionados con el contenido de las Actas del Consejo, frente a lo que se afirma en la sentencia, si que fueron alegados por la representación letrada de CANTUR, no sólo al elevar a definitiva su previa calificación provisional, donde expresamente constan, por servir de soporte a la concurrencia de los elementos del delito de prevaricación, sino además, porque fue expuesto en el informe emitido en el juicio oral (minuto 21:15 y siguientes de la grabación correspondiente al día 26 de marzo de 2014). No existe pues impedimento para valorar las Actas del Consejo de Administración de CANTUR, cuyo contenido es refrendado por el Secretario del Consejo, Sr. Labat redactor de las mismas.

También se discrepa de la conclusión que se llega respecto de las contradicciones de los testigos, dado que la acusación particular si que advirtió las contradicciones respecto de lo declarado en instrucción respecto de alguno de los testigos, por lo que debió valorarse con ocasión de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim y ello porque la jurisprudencia del TS y del TC han relativizado el requisito formal de la lectura a que se

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

refiere el art. 714 de la LECrim. considerando suficiente que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales, así se ha cumplido escrupulosamente en el juicio oral, siendo relevante señalar las declaraciones en el juicio oral del Sr. Cobo Ugarte (44: 13 y 44:55) y Sr. Cianca Gutiérrez (2:25).

Tercero.- Una vez descritos los hechos y realizadas las anteriores apreciaciones en relación con la valoración de la prueba, procede exponer la tesis de la decisión mayoritaria por la que concluye que estos hechos no integran el tipo penal del art. 404 del Código Penal.

En la sentencia mayoritaria se expresan las dudas relativas al concepto de sujeto activo de los acusados, parten, para su justificación, afirmando la inexistencia de una jurisprudencia consolidada respecto de la inclusión de los directores o gerentes de empresas públicas como autores de este delito especial, en el concepto del art. 24 del Código Penal. Además niega que nos encontremos con una resolución recaída en asunto de naturaleza administrativa, a la vista de la naturaleza privada del contrato suscrito con Queveda, y que los pagos son realizados en la fase de ejecución de un contrato privado, y porque afirma, los contratos con el arquitecto y el arquitecto técnico fueron verbales y además previos a la reforma de la Ley de Contratos de 2000, realizada en 2005. Recoge en este punto el contenido de la sentencia 166/2014, de 28 de febrero, alegada por la representación de la defensa.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En cuanto al contenido arbitrario o injusto de la resolución, la sentencia reconoce la existencia de irregularidades, pero concluye que no tienen la relevancia jurisprudencialmente exigida, a tal efecto recoge de forma extensa los pronunciamientos que, en el análisis de la arbitrariedad, ha dictado el Tribunal Supremo. La sentencia mayoritaria excluye el elemento de la arbitrariedad e injusticia, razonando que a los contratos suscritos con el arquitecto y el arquitecto técnico no son aplicables los principios de publicidad y concurrencia. Respecto de la construcción afirma la existencia de concurrencia (una o dos empresas) y de divulgación, porque *"no se ocultó la actuación a otras empresas"*, porque *"el colegio de arquitectos no opuso reparo ni queja"*, porque *"no consta ninguna queja de ninguna constructora no adjudicataria"* y porque, en definitiva igual que se invitaron en algún caso a alguna empresa, pudo ser que otras invitaciones también se realizaran, incidiendo en la no presentación del *"libro registro escrito"* e informático.

Tampoco la ausencia de licencia y autorización de la CROTU resultan, en la decisión mayoritaria, relevantes, ya sea por la existencia de conversaciones previas, ya sea por la supuesta presentación de solicitud de licencia por un trabajador, Sr. Arce, en mayo de 2006. Tampoco la denegación de la licencia, porque las deficiencias eran subsanables, atribuyendo esa afirmación al arquitecto municipal, Sr. Aguayo, y porque para la testigo, Sra. García, Directora de Urbanismo en aquella fecha, era dudosa la aplicación de las normas sobre alturas previstas en las normas para edificaciones de humanos.

Se omite cualquier referencia a la contratación del edificio anexo destinado a tiendas, bar y cafetería a la existencia o no de Proyecto, licencia y autorización.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Acaba concluyendo la sentencia mayoritaria, que no concurre el elemento subjetivo, el conocimiento del carácter arbitrario, y como argumento clave razona que la actuación se regía por una finalidad lícita, conseguir urgentemente construir una casa de gorilas, que la legislación no era los suficientemente clara para una persona no jurista, que aunque se iniciaron las obras sin licencia, en paralelo se estaban desarrollando reuniones con el Ayuntamiento, que el arquitecto redactor del Proyecto recoge en este que es asimilable a un uso agropecuario y que es una instalación de interés público y social.

Cuarto.- Tras exponer la tesis de la sentencia de la mayoría, procede ahora plasmar cuales son las discrepancias que mantengo sobre la exclusión, por la mayoría de la Sala, del tipo penal de prevaricación respecto de los dos acusados.

Tal y como recogen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2006 y 25 de noviembre de 2009, son varios los elementos que requiere el artículo 404 del Código Penal para la existencia del delito de prevaricación administrativa y el primero, es la cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a los que de estos conceptos nos ofrece el artículo 24 del CP. Se trata el delito de prevaricación de un delito especial que no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida en la norma, cualidad ampliada a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular. Lo que define la condición de funcionario es

la participación en funciones públicas como establece la STS 10 de julio de 2000, por lo que el delito de prevaricación de la autoridad o funcionario público se configura como un delito de infracción de un deber, puesto que los mismos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico del que son garantes y primeros obligados y por ello su actuación, al margen y en contra de la Ley, tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. Como ha reiterado la jurisprudencia el concepto de funcionario a efectos penales no es vicario del derecho administrativo, es más amplio que aquél, y fija el punto relevante en su participación en el ejercicio de funciones públicas.

A fin de comprender el problema planteado en esta causa es necesario precisar que como forma de descongestionar y agilizar el trafico jurídico se prevé en nuestro ordenamiento la creación de empresas que a veces son mixtas, es decir solo con parte de capital público, y otras totalmente publicas, pues sólo tienen capital público, como es el caso de CANTUR. Son instrumentos o brazos de la Administración, en este caso Autonómica, caracterizándose porque existe una forma más fluida que las que rigen bajo el sometimiento a las leyes administrativas.

La Ley de Finanzas de Cantabria, en su art. 3.b, define el sector público empresarial como el integrado por las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles autonómicas y las entidades autonómicas de derecho público y consorcios no incluidos en el sector público administrativo. Por su parte el art. 2.e) de la misma Ley entiende por sociedades mercantiles autonómicas aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el sector público

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

de la Comunidad Autónoma de Cantabria, sea igual o superior al cincuenta por ciento. Así pues, CANTUR, por la participación de la Administración autonómica en un 100% de su capital, es empresa pública, se integra en el sector público empresarial de Cantabria, como lo es también por la finalidad de la sociedad.

En el análisis de la actuación de gestores de empresas públicas, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de febrero de 1993, estableció que, *"si bien estas sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceros una forma personificada de carácter privado, "ad intra", las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses públicos y colectivos. Lo que representa que, aunque en la gestión utilicen los medios más ágiles del "ius privatum", lo que están ejercitando es una función pública".*

El hecho determinante es que la Sociedad Regional Cantabra de Promoción Turística S.A. (CANTUR, S.A.), se creó por el entonces Presidente de la Excelentísima Diputación Provincial de Santander, mediante escritura pública de fecha 1 de marzo de 1969, por tiempo indefinido, constituyendo su objeto social "*la promoción del turismo y el deporte en la provincia de Santander*"(art.2).Posteriormente, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria, de fecha 28 de junio de 1984, fueron aprobados nuevos Estatutos Sociales, elevados a escritura pública en fecha 22 de agosto de 1.985. Por último se adaptaron los Estatutos a la Ley de Sociedades Anónimas, en escritura de fecha 30 de diciembre de 1993. Según el art. 2 tiene por objeto *"promover el deporte de alta montaña y el turismo en la*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

región de Cantabria, especialmente en las zonas en las que estas manifestaciones no existan o sean insuficientes". Así consta en el Informe de la Intervención General del Gobierno de Cantabria, aportado por la defensa al juicio oral, obrante a los folios 628 y ss. de las actuaciones, todo lo cual pone de relieve el interés público y social que tiene encomendado CANTUR.

La sociedad se constituye con capital íntegro de la Administración Autonómica, siendo su órgano de Gobierno la Junta General de accionistas, constituida por el Consejo de Gobierno de Cantabria, habiéndose procedido a realizar ampliaciones de capital a cargo de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Cantabria, acordados por la Junta General de Accionistas en sucesivas ocasiones, así consta en las Actas de fechas 4 de mayo de 2006, 7 de noviembre de 2006, 4 de abril de 2007,27 de noviembre de 2008,15 de julio de 2010,24 de febrero de 2011 (Actas de la Junta General de Accionistas aportadas por la defensa al juicio oral y que obran a los folios 514 y siguientes de las actuaciones).

El acusado, Don Francisco Javier López Marcano, durante los años 2003 a 2011 ejerció como Presidente del Consejo de Administración y representante del socio único, del Gobierno de Cantabria, en su calidad de Consejero de Cultura, Turismo y Deporte, como así consta en la escritura de fecha 28 de agosto de 2003 que obra a los folios 3 y ss. de los aportados con la querella y en el Acta de la Junta General de Accionistas de fecha 24 de julio de 2003. Le fueron otorgados todos las facultades del Consejo de Administración menos las indelegables, y en concreto en

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

materia de contratación y orden de pagos sin limitación de cuantía.

Don Diego Higuera fue nombrado Director Gerente de CANTUR a propuesta del Presidente del Consejo de Administración, acordándose en el Consejo de Administración, celebrado en fecha 4 de septiembre de 2003, según consta documentado en el Acta obrante al folio 31 de los aportados con el escrito de querella y al folio 547 de los aportados al acto del juicio oral por la defensa, y se le otorgan poderes, con un límite de 60.102€, respecto de la contratación y pagos, requiriendo para cuantías superiores la firma mancomunada con el Sr. López Marcano a quien se le faculta para suscribir un contrato laboral de alta dirección, contrato que efectivamente suscribe como declara el propio acusado en el juicio oral.

Lo anterior pone de manifiesto la inclusión de ambos acusados en el art. 24 del Código Penal, conclusión que además ha sido refrendada por los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Así, la STS de 22 de abril de 2004 , remitiéndose a las previas de 22 de enero de 2003, 27 de enero de 2003, 4 de diciembre de 2002 y 19 de diciembre de 2000, afirma que: "*Tal y como ha declarado esta Sala, el concepto de funcionario público contenido en el art. 24 del Código Penal, conforme al cual se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas, es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus*

diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho Administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente la participación en la función pública, a la que debe accederse por cualquiera de las vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia, de un concepto nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del Derecho Penal y que sólo eventualmente coincide con los criterios del Derecho Administrativo".

Continúa analizando esta sentencia que esa participación en el ejercicio de funciones públicas puede presentarse tanto en la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, y Entidades Locales como en la llamada Administración Institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que *"cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública"* (STS de 27 de enero de 2003).

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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

Resulta evidente, por todo ello, que una conclusión distinta no puede mantenerse en el caso de la Empresa Pública CANTUR, que desarrolla una actuación en la que concurre un interés público que responde a ese concepto amplio de función pública que ha quedado plasmado en los razonamientos precedentes. En consecuencia, Don Diego Higuera, trabajador con categoría de gerente y vinculado con un contrato de alta dirección, suscrito con el Presidente de CANTUR, aunque su relación se regule por normas no públicas, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, tiene la consideración de funcionario público a efectos penales y Don Javier López Marcano reúne la

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

condición de autoridad, por su condición de Consejero del Gobierno de Cantabria como se ha expuesto.

Consta que los acusados participaban del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente. Efectivamente, es el Gobierno de Cantabria, como socio único de CANTUR, a través del Consejo de Gobierno, actuando como Junta General, el que nombra los consejeros, y es el Sr. López Marcano, como Consejero del Gobierno de Cantabria, y representante del socio único, el que actúa en esa cualidad como Presidente de CANTUR, representando a la autoridad pública titular de los intereses que gestiona CANTUR.

A efectos penales Don Diego Higuera, como trabajador de una empresa pública, tiene encaje en el art. 24 del CP, porque participa en el ejercicio de funciones públicas, resaltando que, además, el TS ha identificado órgano público con las sociedades estatales, autonómicas o locales, participadas con capital público aunque con formas societarias privadas (STS 4 de diciembre de 2007), como es CANTUR. En este mismo sentido se pronuncian también la sentencia del TS de 27 de febrero de 2001 y la de 18 de septiembre de 2006, citadas por la Sra. Fiscal.

Quinto.-Como segundo elemento del delito de prevaricación exige el art. 404 del Código Penal la existencia de una resolución en asunto administrativo, concepto en el que tienen encaje los hechos analizados, consistentes en la contratación de técnicos (arquitecto y arquitecto técnico) y de contratación para la realización de unas obras, no una sola obra como se indica en la sentencia mayoritaria.

Como analiza la STS de 21 de mayo de 2012, remitiéndose a las anteriores de 22 de septiembre de

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1993 y citando en el mismo sentido las sentencias 460/2002, 647/2002, 406/2004, 939/2003, 627/2006 y 48/2011: "*Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es tomar determinación fija y decisiva, la resolución tiene carácter, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutivo es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedida de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el «thema decidendi». Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como actos de trámite, lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto*".

En el presente caso, los encargos y adjudicaciones de los servicios técnicos, tanto al arquitecto como al arquitecto técnico, responden a esta voluntad decisoria con eficacia ejecutiva, respondiendo por tanto al concepto penal de resolución administrativa. Otro tanto puede predicarse de las adjudicaciones de las obras a la mercantil Construcciones Queveda, y ello porque, con independencia que una parte de la obra del edificio destinado a los gorilas conste en un contrato de obra con aportación de materiales,(en cuantía de 481.702,83€), tanto para ese contrato como para adjudicar y pagar el resto de la obra de ese edificio

hasta 1.601.785,90 euros, sobre la que no existe contrato escrito, así como para adjudicar las obras de otro edificio, el denominado anexo, destinado a tienda, cafetería y servicio, por un importe de 310.720,80 euros, que tampoco se documenta en contrato escrito, van precedidos del acuerdo de contratar a cargo del presupuesto de CANTUR, por el que lo que debe analizarse es la previa decisión de adjudicar los servicios y las obras, ya se exteriorice en una conversación, en una aceptación de presupuesto o en un contrato privado, actuaciones todas ellas, que conllevaron el pago efectivo de las cantidades fijadas resultantes de las adjudicaciones.

Por otro lado, al tratarse de una empresa pública, que se constituye con una finalidad pública, la materia debe ser considerada como un asunto administrativo y no privado, civil o mercantil que pudiera depender solo de los acuerdos de los directivos con quienes regían el funcionamiento de la empresa, puesto que encontraban limitaciones en las normas administrativas aplicables, en concreto en la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (como establece la D.A duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), y ello aunque la empresa revistiera una forma societaria e interviniera en el comercio a través de la misma. En consecuencia, y como se establece por el TS, en sentencia de fecha 21 de mayo de 2012, la razón de su existencia es el cumplimiento de una función pública, mediante la asignación de recursos públicos al cumplimiento de aquella, por lo que la forma en la que tales recursos se administren y gestionen no puede separarse de la misma, la cual no puede ser valorada, en consecuencia, como un asunto meramente privado, sujeto solo a los

intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa, aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho privado.

Además el TS ya se había pronunciado en otras ocasiones ante supuestos similares al presente, señalando, en la STS núm. 878/2002, de 17 mayo, que *"en el caso actual la resolución arbitraria adoptada en asunto administrativo no se integra exclusivamente por la firma del contrato laboral sino por el acto complejo de contratar a un trabajador escogido caprichosamente, ya que la firma del contrato no es más que la materialización del Decreto de la Alcaldía por el que previamente se había acordado dicha contratación"*.

En definitiva, la conducta que debía analizarse en la decisión mayoritaria y se analiza en ese voto discrepante, es la actuación realizada por los acusados consistente en contratar caprichosamente y sin procedimiento alguno, siendo lo posterior, ya sea la firma del contrato, la aceptación de los presupuestos presentados y la disposición del gasto, únicamente la materialización o ejecución de lo previamente acordado.

En esta línea doctrinal se ha dictado por el Tribunal Supremo la sentencia de 5 de octubre de 2012, que en el caso de una empresa pública, identifica resolución en asunto administrativo, y califica de arbitraria, la contratación despreciando la normativa por ausencia de concurrencia, condenando al gerente por prevaricación. La STS de 5 de julio de 2013, que condena por prevaricación al presidente y al gerente de empresa pública, considerando resolución en asunto administrativo, la decisión de contratación sin cumplir la normativa (con vigencia del Texto de Contratos del

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

2000) y siendo un contrato verbal, y la aprobación del presupuesto aportado.

La STS de 23 de enero de 2014, analizando el concepto de resolución, expresamente la identifica con la decisión de contratar, y resalta que no cabe excluir del tipo penal de prevaricación una de sus más evidentes manifestaciones, la vía de hecho, prescindiendo absolutamente de todo asomo de procedimiento, como sucede en el presente caso.

De lo expuesto se desprende que, en el momento presente, la STS de 28 de febrero de 2014, alegada por la defensa y acogida en la sentencia mayoritaria, es única en estos términos, y en ella no se ha argumentado el cambio de criterio que conlleva respecto de la previa, reiterada, antes reseñada, por lo que no podemos afirmar que se haya despenalizado la "adjudicación a dedo", la contratación realizada por las empresas públicas, obviando los requisitos legales impuestos en las sucesivas normas de contratación. Por esta razón, es por lo que debe primar la jurisprudencia que, en la interpretación del art. 404 del Código Penal, ha determinado la ampliación de los conceptos funcionario, resolución y asunto administrativo a fin de incluir las formas de actuación del sector público y que se plasma en las sentencias citadas.

Sexto.- Una vez expuestas las razones por las que considero que estamos ante "una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo", discrepo también de la decisión mayoritaria en tanto que la actuación sometida a análisis, considero que es ilegal y arbitraria.

La contradicción con el derecho o ilegalidad, puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, porque sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídico mínimamente razonable. Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, pero también de garantía de orden de la Administración, de justicia, aciertoy eficacia en sus resoluciones.

Como establece la STS de 23 de enero de 2014, remitiéndose a la anterior de 5 de marzo de 2003, "*si bien no toda prescindencia de procedimiento aboca al tipo penal, la misma tendrá relevancia penal si de esa forma lo que se procura es eliminar los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales*".

La contradicción con el derecho, la ilegalidad, se manifiesta por la vulneración de las normas de contratación. La Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecía que las

sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Así se redactó por el apartado dos del artículo 67 de la Ley 62/2003, 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El art. 2-1 del mismo texto se refería a las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3, que se refiere a que estén mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, su gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

Esta Disposición Adicional sexta tras el R.D. Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (apartado 2 del artículo 34)pasó a tener el siguiente tenor: *"Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Con efectos de 1 de enero de 2007,la Disposición Adicional sexta es redactada, por el apartado 4 de la Disposición Final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 pasando a tener el siguiente tenor literal: *"Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública, o de un Organismo autónomo o Entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma, sea superior al 50 por 100, así como las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de estas entidades, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las mismas, se ajustarán en su actividad contractual, cuando no estén sometidas a las previsiones del artículo 2.1, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".*

En definitiva, un análisis completo de las redacciones de la norma pone de manifiesto que desde antes del nombramiento de los acusados, como Presidente y Gerente de la empresa pública CANTUR participada al 100% con capital público, ésta estaba sometida a las normas presupuestarias, contables y de contratación pública y también estaba sometida a los principios de publicidad y concurrencia en la contratación, y sin olvidar que se sufraga a cargo de las dotaciones del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Por tanto, aún cuando el primer encargo al arquitecto Sr. Abascal se realizara en el año 2004, ello no exime de aplicar en su contratación los principios de concurrencia y publicidad. Pero es que, además, el encargo y adjudicación de la dirección de la ejecución de la obra y coordinación de seguridad al arquitecto técnico, Sr. Cobo, se realiza al inicio de la obra, después de los movimientos de tierra, en septiembre de 2006, o como mucho con ocasión de valorar los presupuestos (que es otra tarea diferente y siendo estos de fecha julio de 2006 no puede remontarse a dos años antes) y es además un servicio contratado(la dirección de la ejecución de la obra y coordinación de seguridad), diferente del contatado al Sr. Abascal(redacción del proyecto y director de la obra del edificio denominado casa de gorilas) y así lo reconocieron tanto el arquitecto Sr. Abascal como el propio Sr. Cobo en el juicio oral.

Respecto de la adjudicación de la obra del edificio casa de gorilas, la concurrencia no es tal, al no cumplir la mínima de tres ofertas, que en el protocolo de CANTUR se estableció, como declaró el Secretario del Consejo de Administración de CANTUR, Sr. Labat. No existieron 3 ofertas, ni respecto del edificio de la casa de gorilas, realizado en dos fases, siendo las ofertas de Urco y Besaya (respecto de la ampliación de la obra de 481.702,83€ a 1.601.785,90€) una mera apariencia, realizadas por la misma persona, con idéntico formato e idénticas erratas mecanográficas, ni respecto del anexo, toda vez que no existió invitación alguna.

Pero lo que está claro es que no ha existido publicidad en ningún medio, sin que pueda equiparse a la publicidad la inexistencia de ocultación, como se

afirma en la decisión mayoritaria. El requisito de publicidad, como trámite previo a la adjudicación, si bien no ha de ser entendido en el sentido que está previsto con carácter general en la legislación de contratos, sin embargo si obliga a realizar una suficiente difusión de la contratación, con el fin de que sea conocida por los que puedan estar interesados y posibilitarles su participación en la misma, de modo que, como criterio general, sea efectiva y real la concurrencia de ofertas (STS 4 de junio de 2001), puesto que tiene como finalidad fomentar la máxima participación y competencia en las licitaciones con los correspondientes efectos favorables en la formación del precio del contrato evitando distorsiones, y garantizando el libre acceso de todo empresario o profesional a la licitación en igualdad de condiciones y en competencia con los demás, sin la difusión pública será imposible que los licitadores potenciales o los interesados en una determinada contratación puedan concurrir a la misma, ya que desconocerán su existencia. La publicidad se convierte en deber de la empresa pública, sin que su incumplimiento quede exonerado por la inexistencia de reparo del Colegio Profesional de arquitectos que visa un proyecto, pero no le corresponde auditar ni valorar la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia de una contratación que, además, puede no llegar a contratarse ni realizarse.

De ahí que obviar estos principios supone una ilegalidad, y se alza en arbitrariedad cuando la documental pone en evidencia la voluntad de apartarse en este caso concreto de la practica habitual en la empresa pública. Queda constancia en las Actas del Consejo de Administración la necesidad de adjudicar las obras tras la presentación y análisis de, como

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

mínimo, tres presupuestos. Así, en el Acta de 13-10-13 (folio 340 y ss.), respecto de una nueva pista de esquí, en la de 26-12-03 (folio 345, 566 y 569), en relación con la contratación de seguro de responsabilidad auditoria y la contratación de la dotación de señalización de parque, en el Acta de 24-2-04 (folio 347 y 564), sobre Abra del Pas y la contratación del servicio de auditoría, en la de 25-3-04 (folio 348 y 594), en relación con la adquisición de maquinaria respecto del mantenimiento del campo de golf, en el Acta de 2-8-04 (folio 350 y 591), respecto de productos bancarios, en la de 26-10-04 (folio 356),respecto del teleférico de Fuente De y de igual forma en las restantes del periodo coincidente con la redacción del proyecto y construcción del recinto de gorilas. Incluso, en otras obras y servicios se redactan bases y pliegos que han de regir la contratación, como consta en el Acta de 2-8-04, lo que sucede respecto del servicio del Museo Marítimo y de la obra de Peña cabarga (Acta de 30-3-07).

No puede servir de excusa ante el icumplimiento del principio de concurrencia la urgencia de la contratación para acoger a los gorilas, porque la declaración del testigo Sr. Borragán, a quien todos han atribuido el máximo conocimiento sobre las condiciones sobre los gorilas, afirmó en su testifical en el juicio oral, que Madrid no fijó una fecha de entrega de los Gorilas, siendo su testimonio valorado en la decisión mayoritaria respecto del informe que elabora en fecha 26 de enero de 2009, omitiendo que se elabora a petición del acusado Sr. Higuera, sobre la necesidad de determinada altura a fin de albergar en el futuro junto con gorilas, primates que no existían en esa fecha en el recinto.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Tampoco la urgencia puede venir determinada por la apertura del recinto de los gorilas en fecha de temporada alta (Semana Santa) dado que en aquél año 2007, a la fecha de inauguración ya había pasado, baste la lectura del Acta del Consejo de fecha 21 de abril de 2007 para acreditarlo, en ella se informa la realización de una encuesta durante los festivos correspondientes a la Semana Santa.

En definitiva, y como testificó el Sr. Labat no se llevaron al Consejo de Administración presupuestos de empresas, no se informó de la existencia de varios presupuestos, ni se acordaron en el Consejo de Administración las adjudicaciones.Se incumplió el principio de concurrencia, que solo podía se exceptuado en las llamadas obras menores. El proyecto y la construcción de edificios en el recinto de gorilas no se realizó siguiendo el protocolo y ello a pesar de constituir la finalización del recinto de gorilas, en palabras del acusado Sr. Marcano, "*el momento más brillante de la empresa*" (Acta de 30 de marzo de 2007 obrante al folio 41).

Pero además, la ilegalidad se amplía por la realización de las obras sin licencia y sin autorización, en suelo no urbanizable de protección de reservas mineras, vulnerando los arts. 112, 183 y DT2, apartado 5 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria. Y frente a ello no es óbice que existieran conversaciones, que se haya presentado supuestamente una solicitud de licencia de mayo de 2006, que no aparece, que las deficiencias de la obra sean subsanables o que sea dudosa la aplicación de las Normas de Villaescusa. Nada de ello evita la ilegalidad y arbitrariedad cometida por las siguientes razones:

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Porque toda solicitud de licencia se debe presentar en el Ayuntamiento y deberá ir acompañada de al menos tres ejemplares del oportuno proyecto técnico, redactado por profesional competente (art. 190 de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio), por lo que difícilmente podía existir una solicitud de licencia de mayo de 2006, si el Proyecto Básico del edificio de la casa de gorilas se reconoce que se retiró del Colegio Profesional el 26 de julio de 2006, además el primer presupuesto que realiza Construcciones Queveda (de sólo la parte de capítulos relativo a la estructura) tiene fecha de julio de 2006 y es el que ha servico para cuantificar el impuesto;la primera solicitud es la presentada por el acusado Dr. Higuera, en fecha 26-10-06 en el Ayuntamiento (folio 270), es a esta fecha, por otra parte, a la que se refiere todos los escritos posteriores tanto de CANTUR, firmados por el acusado Sr. Higuera, como todos los posteriores del Ayuntamiento al remitirse a la fecha de solicitud de licencia, momento en el que las obras del edificio de la casa de gorilas llevaba meses en ejecución. Respecto del edificio anexo (dedicado a tiendas y cafetería)dificilmente podía siquiera solcitarse licencia cuando no se hizo el Proyecto, como ha reconocido en el juicio oral el arquitecto, Sr. Abascal.

Porque el arquitecto municipal de Villaescusa, Sr. Aguayo, no declaró que las deficiencias fueran subsanables, muy al contrario, ratificó los 4 informes que había realizado y explicó que no se habían subsanado las deficiencias cuyo incumplimiento de las normas reiteraba. Explicó que giró visita a la obra en fecha 10 de marzo de 2007, tras denuncia realizada por subalterno en fecha 5-3-07, por lo que realizó los informes negativos que fundamentaron la denegación de

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

la licencia en fecha 27-11-08 (folio 408), frente a la que no se interpuso recurso alguno.

Es posteriormente, en fecha 28-1-09, cuando el acusado Sr. Higuera solicitó licencia para *"legalizar la obra ejecutada"*, acompañando el Proyecto de Ejecución, que se procede a denegar, en Resolución de fecha 21 de mayo de 2009 (sustentada en informe del arquitecto municipal de fecha 16 de abril de 2009), resolución que, además, ordena la demolición de lo construido. Frente a esta última resolución si se interpone recurso de reposición, en fecha 15 de julio de 2009,según aclaró el testigo Sr. Samano que redactó ese recurso adminsitrativo, pero no frente a la denegación de licencia de fecha 27 de noviembre de 2008, denegación consentida y firme.

Por el contrario, quien declaró que las deficiencias eran subsanables fue el Alcalde en aquella fecha, Sr. Echevarria, si bien no otorgó la licencia, sino que ordenó la demolición d elo construido.

Porque las Normas de Villaescusa eran aplicables a edificios públicos y privados, es decir a todos, según se informó por la CROTU el 7-10-09(folio 164), por tanto no existía duda sobre el uso del suelo o la duda de la Sra. García queda desvirtuada por el informe del órgano que asesoraba y formaba parte como Directora de Urbanismo.

Porque el arquitecto redactor del proyecto adjuntó al proyecto de 26-7-06, la ficha urbanística en la que consta la clasificación del suelo, como no urbanizable, y la calificación de extractivo, interés público y social, si bien según su propia declaración en el juicio oral, de conocer que no existía licencia, hubiera acordado la inmediata paralización de la obra (minuto 7:04).

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Porque el colegio de Arquitectos emitió informe negativo al proyecto realizado, de fecha 12 de enero de 2007, que advertía la necesidad de tramitar la previa autorización a la CROTU (Folio 152 y 130 del rollo de apelación)y pese a ello se continuó la obra hasta su finalización e incluso se inició otro edificio, el anexo, sin proyecto ni licencia y sin autorización de la CROTU tambien.

Porque las obras son ilegalizables por incumplir el planeamiento urbanístico, que es la legalidad aplicable.

Y a lo antes expuesto debe añadirse que la obra referente al edificio anexo, se ha realizado sin proyecto, sin licencia, y sin autorización de la CROTU porque ni siquiera con posterioridad se ha solicitado respecto de este edificio licencia presentando un Proyecto redactado por técnico competentes, que todos han reconocido inexistente,ni autorización de uso, siendo un edificio cuyo coste supera los 300.000€.

Séptimo.- Por último y en relación con la concurrencia del elemento subjetivo del delito, en este voto no se discrepa del análisis que del requisito realiza la sentencia mayoritaria, trascribiendo un profuso resumen de pronunciamientos del Tribunal Supremo. Se discrepa de la aplicación que se realiza al caso presente.

La prueba documental pone de manifiesto que, lejos de considerar que los acusados eran ajenos a los temas de contratación, permisos y licencias, su implicación era personal y total. Así, las Actas antes referidas y respecto de los *"expedientes de contratación"* que se realizaban en CANTUR los acusados, informaban al Consejo, uno y otro, de las presupuestos, de la necesidad de pliegos, de las propuestas de adjudicación, de la necesidad de solicitar informes en algún caso… Eran pues los directamente responsables.

Pese a ello en este caso inexplicablemente no lo hicieron

Otro tanto se puede decir del análisis de sus intervenciones en materia de licencias y permisos e instrumentos urbanísticos.

El Acta del Consejo de Administración de fecha 13 de octubre de 2010, obrante al folio 340 y siguientes, pone de manifiesto el conocimiento e intervención del acusado Sr. Marcano sobre la incidencia de Proyectos, licencias y permisos en obras, en concreto en la obra del teleférico previsto para unir el parque de Cabarceno y la cima de Peña Cabarga, y en las obras del edificio de Venta de Carmona.

En el Acta del Consejo de 2-8-04 (obrante al folio 350) consta que el acusado Sr. Marcano, informa sobre la no realización de trabajos en una pista de esquí por estar a la espera de obtener permisos y licencias necesarias.

En el Acta del Consejo de 26-10-04 (folio 353) consta que el Sr. Marcano informa la necesidad de modificar un proyecto que se autoriza por el Consejo.

El Acta del Consejo de 17-12-04 (folio 355) recoge que el Sr. Marcano informa que los trabajos en la Casona de Carmona no se inician a la espera de aprobar el Plan Especial del Ayuntamiento.

A lo anterior podemos añadir que el Sr. Higuera fue nombrado para el máximo puesto gerencial, por su cualidad de empresario que pasa a dirigir una empresa pública, por lo que no cabe en él apreciar inexistencia de méritos en su elección. Respecto del acusado Sr. Marcano, que reconoce en su declaración presidió cinco empresas públicas, resulta inconcebible que quien se dedica de modo profesional a la política, ocupando misiones como Diputado, Alcalde, Consejero y ocupando una posición relevante en la dirección de un servicio público, durante años, desconozca las condiciones

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

legales en que debe desarrollar su función y las consecuencias de actos como los enjuiciados. Muy al contrario, la documental resaltada pone de manifiesto todo lo contrario, y además que ha solicitado y contratado el asesoramiento cuando le asaltaban dudas en alguna actuación, lo que no ha precisado en este caso.

Por todo lo hasta ahora expuesto, entiendo que Don francisco Javier López Marcano y Don Diego Higuera debieron ser condenados como autores de un delito continuado del art. 404 y 74 del Código Penal en los términos solicitados por el Ministerio Fiscal.

En Santander a quince de abril de 2014

La Ilma. Sra. Magistrada