

TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
VALENCIA

Diligencias Previas nº 01/2007 (Derivadas del Rollo 22/2007)

A U T O nº 62/07

En Valencia, a veintisiete de noviembre de 2007.

Siendo Magistrado Instructor de las presentes Diligencias Previas, el Ilmo. Sr. D. José Francisco Ceres Montés.

HECHOS

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, tras haber incoado previamente las Diligencias de Investigación nº 15/2006 en virtud de denuncia de 4 de noviembre de 2005 formulada por D. José Luis Valdés Fernández, por escrito de 21 de agosto de 2006, dicho ministerio público presento ante el Juzgado Decano de los de Instrucción de Alicante, escrito de denuncia contra D. Luis Días Alperi, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alicante y Presidente de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alicante, D^a Sonia Castedo Ramos, Concejala Delegada de Urbanismo y Miembro de la Junta anteriormente indicada, D. Luis Concepción Moscardó, Concejal de Seguridad ciudadana, Tráfico y Transportes, y miembro de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alicante, D. Antonio Escobedo Moya, Jefe del Departamento Técnico de Tráfico y Planificación Viaria y el legal representante de la entidad mercantil Ortiz a Hijos contratista de obras, todo ello, sin perjuicio de la ampliación de responsabilidades penales a cualquier otro miembro de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alicante, siempre que de la instrucción de la causa se desprendiera que concurrían en cualquiera de ellos las exigencias del tipo penal, y todo ello, por si los hechos pudieran ser constitutivos de delitos de prevaricación, tráfico de influencias, falsedad, malversación de caudales públicos y apropiación indebida, personándose en virtud de dicha denuncia en el procedimiento que se incoe.

En dicha denuncia se reseñaban los documentos que a la Fiscalía le había

presentado previamente el denunciante, que eran veintiuno, así como la documental, distribuida en once carpetas que recogía el expediente administrativo íntegro de la concesión de unos estacionamientos en la ciudad de Alicante.

El Ministerio Fiscal, tras describir el contenido de los once documentos acompañados por el denunciante Sr. Valdés Fernández, y a su vez, las once carpetas en que se contenía el expediente administrativo municipal, analizaba las distintas cuestiones planteadas en el curso de las Diligencias de Investigación realizadas en relación con las vicisitudes del expediente administrativo del concurso público convocado por el Pleno del Ayuntamiento de Alicante de fecha 7 de mayo de 2002, relativo a la concesión administrativa para la construcción y explotación de tres estacionamientos subterráneos de vehículos de automóviles en la Avenida Catedrático Soler, Avenida Padre Esplá y Hermanos López de Osaba de dicha ciudad, finalmente adjudicado por acuerdo plenario de la corporación de 17 de enero de 2003 a favor de la mercantil Enrique Ortiz e Hijos Contratista de Obras SA, única licitadora, de conformidad con los pliegos, cláusulas administrativas, y de prescripciones técnicas particulares aprobados por el Pleno del Ayuntamiento en sesiones previas de 7 de mayo y 19 de septiembre de 2002, y con la oferta formulada por el adjudicatario, y cuyos presupuestos de ejecución ascendían a las siguientes cantidades : 5.194739 euros Iva incluido para el estacionamiento de Catedrático Soler, 5.646.686 euros Iva incluido, el estacionamiento de Padre Esplá, y de 4.108.716 euros, Iva incluido el de López de Osaba. En dicha denuncia, se analizaba la modificación del contrato admitida al concesionario cuando había sido informada inicialmente en sentido negativo por los técnicos, resultando finalmente aprobada por la Junta de Gobierno Local, respectivamente según el orden de los estacionamientos anteriormente mencionado, por las siguientes cantidades: 6.741.967,65 Iva incluido, 6.286.630,64 Iva incluido, y 4.930.088,62 Iva incluido.

El resumen de la misma, es que venía a entenderse que tras haberse solicitado en los meses de junio y julio de 2003 una modificación del contrato por el concesionario que tenía una repercusión e incremento económica elevada, y que fue informada negativamente el 10 de septiembre de 2003 por los ingenieros competentes de la Concejalía de Urbanismo, así como por el Servicio de Economía y Hacienda, y que originó una propuesta de acuerdo negativa por el Jefe del Servicio de Contratación y Patrimonio del referido Ayuntamiento que se remitió a la Gerencia de Urbanismo, el Sr. Alcalde por Decreto de 14 de enero de 2004, sustituyó a la dirección técnica y la Concejalía de Urbanismo inicialmente competentes, al traspasar el expediente a la de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes, en la que el técnico de la misma Sr. Escobedo emitió informe favorable a la modificación solicitada por el contratista, la cuál posteriormente, fue propuesta por el Concejal de Tráfico y Transportes a la Junta de Gobierno Local que aprobó la misma provisionalmente el 14 de marzo de 2005, y de forma definitiva el 4 de julio de 2005, habiéndose incrementado indebidamente el coste de las obras, a juicio de la parte denunciante, en más del 20%, para cuya aprobación se hubiera hecho preciso el informe del Consejo Jurídico Consultivo, informe que se obvió reflejando que el importe no superaba el 19,60%.

Tras analizar dichas incidencias, ya posteriormente en los folios 105 y 106 de su denuncia, especificaba concretamente los hechos imputados en los siguientes términos:

“Primero.- Ante la solicitud por la adjudicataria de la modificación del contrato suscrito con el Ayuntamiento de Alicante y su sucesiva denegación por las instancias técnicas competente, existió un concierto entre el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento, la Concejala Delegada de Urbanismo y el Concejal Delegado de Seguridad ciudadana, Tráfico y Transportes con la exclusiva intención de conferir al adjudicatario mejoras respecto al contrato inicial, para lo cuál se decidió dejar sin resolver la denegación de las modificaciones propuestas por los técnicos, sustituir el órgano gestor y la dirección facultativa del contrato hasta entonces competentes, y designar como órgano a la Concejalía de Tráfico y como director facultativo a un técnico de la misma Concejalía.

En cumplimiento de instrucciones verbales de su Concejal, el nuevo Director facultativo del contrato adscrito a Tráfico emitió un Informe en fecha de 28 de Febrero de 2005 que, cotejado con la documentación aportada, incurre en graves contradicciones e irregularidades, falseando el presupuesto de ejecución de contrata de las obras fijado por el Pleno del Ayuntamiento en su sesión de 17 de Enero de 2003, proponiendo sin justificación alguna, la rectificación de un error de cálculo y tres “necesidades nuevas”, por razones de interés público y el aumento del plazo de explotación inicialmente pactado (cuarenta años), en siete años y diez meses más.

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alicante aprobó en sesiones de 14 de marzo y 4 de julio de 2005, sin contar con un nuevo y preceptivo Informe del Servicio de Economía y Hacienda del Ayuntamiento, siendo que el único que se confeccionó en tal Servicio era denegatorio de las pretensiones del adjudicatario, las modificaciones propuestas por el director facultativo en su informe de 28 de Febrero y la ampliación de la concesión a favor del adjudicatario en siete años y diez meses. Pero, respecto al sobrecoste de las obras, la Junta lo aprobó reduciéndolo; al mantener, sin embargo, el aumento de la concesión durante siete años y diez meses, resultó que diez meses de este plazo fueron aprobados sin justificación. Además, la cuantía de las obras aprobada por la Junta de Gobierno Local excedió del 20% del presupuesto de ejecución de contrata aprobado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 17 de Enero de 2003, por lo que la Junta no era competente legalmente para su aprobación directa, sin someterla a Dictamen previo del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

El quebranto económico para el Ayuntamiento de Alicante asciende, al menos, a la suma correspondiente a la amortización anual durante los siete años y diez meses de ampliación. Dicho quebranto económico, sólo por este concepto, debe ser estimado en 2.268.060,94 euros.

La mercantil adjudicataria incumplió la ejecución de la modificación aprobada en

relación a la estructura perimetral del estacionamiento de la C/ Hermanos López de Osaba, beneficiándose económicamente de ello”.

SEGUNDO.- Tras corresponder por reparto al Juzgado de Instrucción nº 8 de Alicante, incoó Diligencias Previas nº 4600/2006, en la cuál se personaron, formulando la correspondiente querrela, y en concepto de acusación popular, el 16 de octubre de 2006, la procuradora D^a Francisca Bieco Marín, en representación de D. José Luis Valdés Fernández que ya había denunciado previamente los hechos en la Fiscalía de Alicante, y al día siguiente, el procurador D. Pedro Montés Torregrosa, en análogo concepto de acusación popular, en representación de Ezquerria Unida del País Valencià. Ambas querrelas se dirigen contra los mismos denunciados por el Ministerio Fiscal, por los mismos delitos, siendo en esencia los hechos idénticos, como así lo indica el hecho decimocuarto de la primera querrela y se infiere de la segunda, que en el hecho quinto apartado d) del mismo indica que “...el informe del técnico de la Concejalía de Tráfico se emite para servir al propósito de beneficiar al contratista, haciendo aparecer las modificaciones contractuales impuestas por el Ayuntamiento y aceptadas por él y no a la inversa, como realmente sucede, como necesarias al interés público y, al propio tiempo, falseando sus parámetros económicos, para evitar sobrepasar el límite del 20% del precio del contrato, que obligaría al dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana...”.

TERCERO.- El referido Juzgado de Instrucción nº 8 de Alicante tras la incoación de las pertinentes Diligencias Previas, ha practicado diversas diligencias, en particular, por lo que a declaraciones se refiere, constan las siguientes: 1) Declaraciones en concepto de imputados de D. Antonio Escobedo Moya, D. Enrique Tomás Ortiz Selfa, D. Luis Concepción Moscardó, D^a Sonia Castedo Ramos y D. Luis Días Alperi, esta última practicada el 15 de diciembre de 2006, de D. Santiago Bernaldez Gazapo (Director de Construcción del Grupo Ortiz), cuya declaración inicial como testigo se suspendió para prestar declaración en fecha posterior como imputado; 2) Declaraciones en concepto de testigos de D. Andrés Lázaro López y Joan Antoni Ferrando i Perez (respectivamente, Jefe de Obras y Servicios, y Jefe del Departamento de Infraestructuras del Ayuntamiento de Alicante, dentro de la Concejalía de Urbanismo), D. José María Simón Rodríguez (Jefe de Contratación y Patrimonio del Ayuntamiento de Alicante), D. Pablo A. Ortiz Garcia (Jefe del Servicio de Economía y Hacienda de la Concejalía de Hacienda del referido Ayuntamiento), D. Florentino Regalado Tesoro (Proyectista, Director de la Obra contratado por Enrique Ortiz e Hijos SA), D. Francisco Guardiola Blanquer (Interventor General del Ayuntamiento de Alicante), D. German Pascual Ruiz-Vadeñelas (Vicesecretario del Ayuntamiento referido hasta 20 de abril de 2005 y actualmente, titular del órgano de apoyo al Secretario de la Junta de Gobierno Local), D. Joaquín Bautista Oltra Gisbert (Jefe del Servicio de Intervención del referido Ayuntamiento).

CUARTO.- Tras la práctica de las citadas diligencias, el Iltmo Sr. Magistrado Instructor de las mismas, decidió en escrito de 13 de septiembre del presente, elevar a esta

Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, una exposición razonada, sobre la competencia de este órgano para continuar con la instrucción de la causa, a la que acompañaba testimonio de la denuncia inicial del Ministerio Fiscal, querellas presentadas por las dos acusaciones, declaraciones de los imputados y testigos, y de la parte sustancial del expediente administrativo, así como un índice detallado de las actuaciones y del voluminoso ramo de prueba documental, y copia del escrito de fecha 18 de junio del imputado D. Luis Bernardo Días Alperi, renunciando al aforamiento, resolución que el Instructor dejaba a criterio de esta Sala.

Así en dicha exposición, reseñaba, que por certificación de la Sra Secretaria Primera de las Corts Valencianes con el VB de la Presidenta, se acreditaba la condición de Diputado Autonómico de D. Luís Bernardo Días Alperí, perteneciente a la VII Legislatura constituida el 14 de junio de 2007, por lo que de conformidad con los artículos 73.3 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 23 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, consideraba, con el informe favorable del Ministerio Fiscal, que la competencia objetiva para la instrucción y conocimiento de la presente causa, correspondía a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Tras realizar un resumen de los hechos, en particular de las vicisitudes del expediente administrativo en similar sentido al indicado por las partes denunciadas y querellantes, e indicar respecto del estado de la instrucción, que esta se encontraba en una fase avanzada de investigación tras las declaraciones y demás diligencias practicadas quedando únicamente por decidir la práctica de una compleja prueba pericial propuesta recientemente por el Ministerio Fiscal, en el apartado “valoración judicial” indicaba lo siguiente: “En el estado procesal en que se encuentra la causa no pueden desestimarse de forma razonada e inequívoca las hipótesis acusatorias sostenidas por el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares personadas, único supuesto en el que procedería el archivo de estimarse que los hechos no son constitutivos de infracción penal alguna, y ello, porque continúan existiendo tras las investigaciones practicadas varios puntos clave, discutibles, sobre los que poder sustentar motivos bastantes de criminalidad como para proseguir con la investigación”, y concretando más los mismos, hacía referencia a que sin perjuicio de los argumentos también detalladamente expuestos en el escrito del Ministerio Fiscal son los siguientes:

El cambio de la dirección técnica del contrato y del órgano gestor mediante Decreto de la Alcaldía de fecha 14 de enero de 2004, que debe tildarse cuanto menos de anómalo o excepcional al tener lugar en un estado muy avanzado de la tramitación del expediente y cuando todas las instancias técnicas han informado en contra de cualquier modificación hasta el punto de que existe una propuesta de acuerdo redactada por el Jefe del Servicio de Contratación y Patrimonio sólo pendiente de firmar, de validar, por la entonces Concejala de Urbanismo, la también imputada Dña Sonia Castedo, lo que permite sostener que fue buscado con el único propósito de sortear dichos informes contrarios y permitir las mejoras interesadas por el adjudicatario.

El informe emitido por el nuevo director, el también imputado D. Antonio Escobedo Moya, que si bien tiene sólidos apoyos argumentales en alguna de las propuestas que realiza, si parece auspiciado por una idea demasiado próxima a los legítimos pero particulares intereses de la empresa adjudicataria o cuanto menos con una defensa laxa de los intereses público que deben guiar la actuación municipal. La propia tardanza en la confección del informe echa por tierra los supuestos argumentos en los que se basaba el cambio de dirección y órgano gestor. En la gestación del informe se tarda algo más de un año en el que no existe documentada actuación alguna aunque al parecer hubo bastantes reuniones; el informe final está literalmente basado en alguno de sus apartados en las argumentaciones del proyectista en un escrito sin registro de entrada y por ultimo realiza un “cálculo estimativo” que no parece responder a datos, partidas de obra, ciertas y reales debidamente proyectados, concretados y analizados. La emisión de este informe fue precedida de una trascendental reunión del Alcalde con la mayor parte de los Jefes de Servicio implicados: Economía, Contratación y Patrimonio, Tráfico, Intervención Municipal, etc.

La cifra final estimada en ese informe como valoración del coste de las mejoras a introducir parece buscada para otorgar la modificación máxima al adjudicatario sin superar el 20% al que se refieren el art. 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigente en materia de Régimen Local, por más que la interpretación del otro requisito (que el precio primitivo del contrato supere los 6.010.12,04 euros) sea discutible, siendo además altamente significativo que en sus cálculos parte de los que podemos denominar PRECIO GLOBAL POR CONTRATA, para diferenciarlo del PRECIO DE EJECUCIÓN MATERIAL y del PRECIO DE EJECUCIÓN DE OBRA, cifra aquélla que hasta ese momento había pasado desapercibida, o sin consideración alguna, en el expediente administrativo, hasta el punto de que el Interventor General solicitó antes de su informe de 29 de junio de 2005 una previa aclaración al técnico informante D. Antonio Escobedo Moya, como es de ver en los f. 154 y 155 carpeta 2 de la documentación aportada por el Ministerio Fiscal y que se corresponde con el expediente administrativo. Sólo desde posiciones de la propia adjudicataria parece sostenible partir de esa cifra para realizar los oportunos cálculos.

Finalmente, concluía, lo siguiente: “Del objetivo relato fáctico expuesto se desprende, sin necesidad de mayores argumentaciones, que el Alcalde imputado D. Luis Bernardo Díaz Alperi, hoy aforado, ha estado siempre informado, y al tanto, de la tramitación del expediente, siendo su intervención personal y directa, decisiva en todos los hitos clave: Decreto de cambio de dirección; reunión previa a la emisión del informe de 28 de febrero de 2005 y aprobación final por las respectivas sesiones de la Junta de Gobierno Local. Es objeto de investigación, también, su relación de amistad o confianza personal con el propietario de la mercantil Enrique Ortiz e Hijos Contratista de Obras S.A., el también imputado, D. Enrique Tomás Ortiz Selfa, que parece excede de la que podría calificarse, simplemente, como una cordial relación institucional”, por lo que concluía elevando dicha exposición razonada por si esta Sala considerase fundada la asunción de la competencia del

citado procedimiento judicial.

QUINTO.- Recibida la exposición razonada del Juzgado de Instrucción, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó providencia de fecha 19 de septiembre del presente por la que se tenía por formulada dicha exposición razonada, así como la apertura del correspondiente rollo penal nº 22/2007, disponiéndose también la designación de ponente a quien por turno ha correspondido.

SEXTO.- Por auto de esta Sala de 11 de octubre de 2007 se acordó: 1) No aceptar la renuncia al aforamiento solicitada por la procuradora D^a María José Merino Díaz en representación de D.Luis Díaz Alperi, 2) Declararse competente para conocer de la continuación de las Diligencias Previas número 4600/06 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Alicante, conforme a la exposición razonada que a este respecto formuló el Ilmo Sr. Magistrado Instructor, e instruidas por un presunto delito de prevaricación administrativa, tráfico de influencias, apropiación indebida, falsedad y malversación de caudales públicos que se imputa al Ilmo Sr. D. Luís Díaz Alperi, Diputado a las Cortes Valencianas, así como a D^a Sonia Castedo Ramos, Concejal Delegada de Urbanismo, D. Luis Concepción Moscardó, Concejal de Seguridad ciudadana, Tráfico y Transportes, D. Antonio Escobedo Moya, Jefe del Departamento Técnico de Tráfico y Planificación Viaria, D. Enrique Tomás Ortiz Selfa como legal representante de la entidad mercantil Ortiz e Hijos S.A.contratista de obras, y a D. Santiago Bernaldez Gazapo, director de construcción gerente de la anterior entidad mercantil, 3) Comunicar a dicho Juzgado de Instrucción nº 8 dicha resolución, el cuál, deberá remitir el indicado procedimiento, 4) Continuar la tramitación de las mismas como Diligencias Previas nº 1/2007 de esta Sala que le corresponde según el Libro de Registro de las mismas en el que se practicará la correspondiente anotación, remitiendo parte de ello al Ministerio Fiscal., 5) Designar Instructor de dichas Diligencias Previas al Ilmo. Sr. D. José Francisco Ceres Montés.

SÉPTIMO.- Por providencia del Magistrado Instructor designado por esta Sala de fecha 11 de octubre de 2007, dictada en las Diligencias Previas 1/2007, se acordó que se estuviera a la recepción del procedimiento original proveniente del Juzgado de Instrucción nº 8 de Alicante. Dicho procedimiento fue recibido en esta Sala en fecha 6 de noviembre del presente, acordando por providencia de la misma fecha, que quedaran sobre la mesa del Instructor las diligencias recibidas, para su estudio y posterior resolución. Las partes, tras ser emplazadas por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Alicante, comparecieron ante este Tribunal, que las tuvo por personadas y partes, a excepción de la representación de D. José Luis Valdes Fernández que al no acompañar a su escrito más que una fotocopia de los poderes otorgados a favor del procurador de los tribunales D. Juan Antonio Ruiz Martí para que ostentara su representación procesal, por diligencia de ordenación de la Sra Secretaria de esta Sala de 22 de noviembre del presente, se le requirió para que en el plazo de tres días aportara su original o copia simple para su cotejo.

OCTAVO.- De la denuncia formulada, querellas interpuestas, documentación

acompañada a las mismas, exposición razonada, y de las actuaciones y diligencias practicadas en las citadas Diligencias Previas provenientes del Juzgado de Instrucción nº 8 de Alicante remitidas y de los documentos unidos a las mismas, tras ser analizadas, resultan , con el valor propio de esta instrucción, los siguientes hechos esenciales:

El Ayuntamiento de Alicante, por acuerdo del Pleno municipal de 7 de mayo de 2002, convocó concurso público para la construcción y explotación de tres estacionamientos públicos subterráneos en las calles de Catedrático Soler, Padre Esplá y Hermanos López Osaba, aprobando el pliego de condiciones y designaba como órgano gestor del contrato a la Concejalía de Urbanismo y, como directores municipales del contrato a los ingenieros municipales del Servicio de Obras y Proyectos, Sr. Lázaro López y Ferrando i Pérez. El pliego de condiciones aprobado, establecía un periodo de duración de la concesión de 50 años, mejorables a la baja, un precio máximo de las tarifas por hora, 24 horas y abono mensual, pagando el usuario el tiempo real, IVA incluido de 1, 10 y 135 euros, respectivamente, y un canon anual a satisfacer al Ayuntamiento, admitiendo proposiciones al alza, de 174 euros por plaza para el de Catedrático Soler, 104 para el de Padre Esplá y 60 para el de Hermanos López Osaba, disponiendo asimismo los plazos de construcción de cada uno de ellos, de doce meses para los dos primeros y nueve meses para el tercero. Se decidió una única licitación conjunta para los tres estacionamientos para evitar que una sola de ellas no pudiera quedar desierta y no resultara rentable.

La gestión de la explotación de los estacionamientos públicos subterráneos de la ciudad es una función atribuida a la Concejalía de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes, si bien, para la designación del órgano gestor de los contratos de obra y de concesión relativos a los mismos y hasta que las obras se terminen, tanto se ha designado a esta Concejalía (supuesto del estacionamiento de la Avenida Maisonnave), como a la de Urbanismo (supuesto del estacionamiento de la calle Alfonso X El Sabio).

A propuesta de la Mesa de Contratación, el Pleno del Ayuntamiento de Alicante, acuerda el 17 de enero de 2003, adjudicar de conformidad con los pliegos y de la oferta presentada por el adjudicatario el contrato a la única oferta realizada, y que era la de la citada mercantil (Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras SA), mejorando el plazo de la concesión a la baja en 10 años, al dejar el plazo en 40 años para los tres aparcamientos, mejorando asimismo las tarifas a la baja, fijando las mismas en 0,85 euros plaza por hora, 8,50 euros por diez horas y 115 euros de abono mensual, y estableciendo el canon a satisfacer al Ayuntamiento en la cuantía fijada en el pliego, fijando como plazo para la presentación de los tres proyectos el del 30 de marzo de 2003, y formalizándose el contrato, previa prestación de garantía, el 17 de febrero de dicho año. Los concretos presupuestos de ejecución de las obras ascendían a las siguientes cantidades: 5.194.739 euros Iva incluido para el estacionamiento de Catedrático Soler, 5.646.686 euros Iva incluido el de Padre Esplá, y de 4.108.716 euros, Iva incluido el de López de Osaba. El importe total del presupuesto de las obras, ascendía a la cantidad de 14.950.141 euros. Entre la documentación aportada por el licitador se presentaban unos estudios económicos-financieros de cada uno de los estacionamientos que hacían referencia a los gastos de la inversión, entre los que incluía con separación de los gastos generales y presupuestos de las

obras anteriormente indicados, los relativos a unos gastos adicionales, que comprendían gastos de proyecto, licencias, gastos notariales, por importe de 1.521.268,61 euros, lo que hacía un total de 16.714.812,63 euros IVA incluido. Posteriormente, el 17 de febrero de 2003 se suscribe entre las partes el documento administrativo de formalización del contrato de los tres estacionamientos, haciendo figurar en el mismo, entre otras circunstancias, que se trataba de un contrato de ejecución de obras y de concesión, y como precio del contrato el canon a satisfacer al Ayuntamiento, ascendiendo como importe total del mismo el de 5.283.320 euros (apartado sexto del contrato, obrante al folio 2815).

El 28 de marzo de 2003, la adjudicataria del contrato presentó un escrito al Ayuntamiento solicitando una ampliación de tres meses en el plazo para la presentación de los proyectos de ejecución, que vencía el siguiente día 30, respecto del plazo inicial establecido, que permita recoger en estos las distintas soluciones que proponía para evitar las molestias e inconvenientes que supondría la ejecución de las obras para el tráfico rodado y a los vecinos, proponiendo un análisis sobre soluciones alternativas basadas en , según dicha empresa, en el empleo de elementos estructurales y sistemas constructivos innovadores y de contrastada eficacia alternativos a los tradicionales, y todo ello para mejorar la calidad del servicio y adelantar de forma significativa la fecha de apertura al tráfico de las vías afectadas. Dicha solicitud de aumento de plazo fue informada en fecha 28 de abril de 2003 negativamente por los técnicos Sres López Andrés y Antoni Ferrando, por entender que ese tipo de estudios debió haberse realizado durante el procedo de redacción del anteproyecto y elaboración de la oferta, y remitidos ambos documentos al Sr. Concejal Delegado de Urbanismo el 5 de mayo de 2003, no consta fuera resuelta dicha petición.

En fecha 2 de junio de 2003, por la entidad adjudicataria del contrato, se presenta escrito al Ayuntamiento, indicando que había solicitado la ya citada ampliación de tres meses para la redacción de los proyectos, a causa del estudio de otras alternativas técnico-económicas que pudieran mejorar las soluciones inicialmente propuestas, no existiendo contestación municipal a dicha petición de ampliación, por lo que entendía que había sido aceptada. A su vez presentaba uno de los tres proyectos de ejecución (el de la Avenida Catedrático Soler), el cuál representaba un exceso de inversión con respecto a la inicialmente prevista, al adecuarse técnicamente la ejecución al estudio geotécnico y completar la urbanización al ámbito total de la calle y no al de afección, lo que implicaba una modificación de la concesión para poder restablecer el equilibrio económico financiero del proyecto, y que supondría una reducción del canon a 4,50 euros, y un aumento en el plazo de concesión de 40 a 50 años. A su vez, indicaba que tras la realización de estudios de capacidad de las vías se detectaban que se ocasionarían graves problemas de circulación que ocasionaría a la ciudad el corte de tráfico de tres vías, por lo que presentaba un documento con un estudio técnico económico para lograr una alternativa técnica basada en la ejecución previa de la losa superior y posterior vaciado en mina del aparcamiento, que elimina los pilares, y además de la mejora estética y funcional, reducía a menos de seis meses el tiempo previsto durante el que las calles permanecerían cortadas al tráfico, precisando entonces la modificación económica de la concesión por los excesos de inversión debiéndose reducir el canon a 5,30 euros, un aumento de la concesión en 10 años (de 40 a 50), y un aumento de la tarifa de 1,00 euros por hora.

De los proyectos presentados resultaba lo siguiente: 1) En relación a las modificaciones de los anteproyectos de los tres estacionamientos se fijaba un importe total de 17.313.080,47 euros sin IVA (6.751.630,45 euros del de Catedrático Soler frente a los iniciales de 5.194.739 euros que implicaba un 29,97% de incremento ; 6.296.293,44 euros del de Padre Esplá frente a los iniciales de 5.646.686 euros que implicaba un 11,50% ; 4.935.135,97 euros del de Hermanos López de Osaba frente a los iniciales de 4.108.716 euros, que implicaba un 20,11%), totalizando 20.083.173,35 euros IVA incluido, frente a los 14.950.141 euros IVA incluido, en que se había presupuestado inicialmente la obra, implicando un incremento del 20,15% del importe total presupuesto del contrato, 2) Además, presentaba unas propuestas alternativas para los estacionamientos, cambiando el sistema constructivo establecido para reducir el tiempo de corte de la circulación rodada, entre un mes y medio y tres meses, que implicaba un sobrecoste del 73,11% .

Por providencia de 11 de junio de 2003 del Sr. Alcalde firmado por delegación por la Sra Concejal Delegada de Contratación y Patrimonio Sra Revenga Ortiz de la Torre, pasa a informe de la Gerencia de Urbanismo informando los técnicos el 18 de junio, en el sentido de entender que además que se habían sobrepasado ampliamente el plazo de dos meses establecido en el pliego, y estando pendiente la presentación de los dos proyectos restantes de los otros dos estacionamientos se requiriera al concesionario para la presentación de los mismos, para que se pudiera emitir un informe homogéneo del conjunto del expediente, siendo presentados dichos otros dos proyectos, el 3 de julio de 2003 el relativo a la Avenida Padre Esplá, y el 17 de julio de 2003, el relativo a Hermanos López de Osaba, a los que acompañaba diversos documentos, ya que, al igual que ocurría con el primer proyecto presentado, entendía que se producía un exceso de inversión respecto de la inicialmente prevista, lo que implicaba una modificación de la concesión para restablecer el equilibrio económico financiero del proyecto. Así, para el estacionamiento de la Avenida Padre Esplá se indicaba que se solicitaba respecto al exceso de inversión, la supresión del canon anual y aumento de la concesión de 40 a 50 años, y en relación con las obras a realizar para acortar el periodo de obras y mejorar la circulación, solicitaba la reducción del canon a 2,90 euros, un aumento en el plazo de concesión de 40 a 50 años y un aumento de la tarifa a 1,00 euros por hora. Respecto del estacionamiento de la calle Hermanos López de Osaba, solicitaba la reducción del canon anual a 1,97 euros por plaza y año, plazo de concesión de 40 a 50 años, requiriendo la necesidad de construir una segunda entrada al recinto por ser la vía que emplea gran parte del tráfico para acceder a la zona, y respecto del acortamiento del periodo de realización de las obras, solicitaba la reducción del canon a 2,37 euros por plaza y años, un aumento en el plazo de concesión de 40 a 50 años, el establecimiento de la tarifa a 1,00 euros por hora, y la segunda entrada antes citada.

Tras pasar a informe de la Gerencia de Urbanismo, en su condición de órgano gestor, los técnicos de la Concejalía de Urbanismo Sres López Andrés y Ferrando, el 10 de septiembre de 2003, informan negativamente a las modificaciones de contrato propuestas, concluyendo del modo siguiente: 1) En relación sobre los proyectos presentados, entendían que desarrollaban adecuadamente los anteproyectos redactados en la fase de licitación y, en general, cumplían con las prescripciones del pliego del concurso, salvo las observaciones que detallan, por lo que proponían que se requiriera al concesionario para que en 15 días

presentara los proyectos modificados con las observaciones contenidas en el informe, advirtiéndole que todos los costes para realizar los desvíos de tráfico por causa de las obras correrían por su cuenta aún cuando no estuvieren previstos en los presupuestos de los proyectos, así como los costes para la realización de catas o excavaciones arqueológicas, 2) Sobre los estudios económicos-financieros, que no procedía la modificación del contrato adjudicado por el Pleno municipal, ni en sus términos económicos ni en lo relativo a los plazos de ejecución de las obras (respecto del estacionamiento de la Av. Catedrático Soler porque las soluciones técnicas respecto a la estructura y a la reposición de la urbanización eran las mismas que las contempladas en el Anteproyecto; en el de Padre Esplá, porque las características del terreno a excavar, la reposición de los servicios afectados y la reposición de la urbanización de la superficie eran las mismas que las del anteproyecto; la modificación estructural planteada en el proyecto respecto del estacionamiento de la calle Hermanos López de Osaba no había sido requerida por el Ayuntamiento sino presentada bajo responsabilidad del concesionario y valorada unilateralmente por éste, considerando que no es adecuada por el tipo de terreno del subsuelo, 3) En relación a las alternativas técnico-económicas, que para la ventaja de las reducciones de los cortes de tráfico que se proponía resultaba un importante incremento de los presupuestos que se calculaba en el 85% (el de Av. Catedrático Soler), 55% (el de Padre Esplá) y 80% (el de Hermanos López de Osaba), considerando que la solución estructural propuesta del estacionamiento de la avenida Padre Esplá no era realizable, que la del estacionamiento de la calle Hermanos López de Osaba difícilmente podía ejecutarse una estructura de muros pantalla, dadas las características geológicas del subsuelo, y que el método de construcción propuesto no estaba proporcionado con el grado relativamente bajo de afección al tráfico rodado, no siendo admisible la solución estructural propuesta de los forjados intermedios.

Por providencia de la Sra Concejala de Contratación de 14 de octubre de 2003, pasa a informe del Jefe del Servicio de Economía y Hacienda, informando el mismo el 11 de noviembre de 2003, por lo que se refería a la modificación del canon concesional y de la tarifa del servicio, y sin hacer referencia a la idoneidad de las modificaciones técnicas y a la posibilidad de ampliar el periodo concesional, en el sentido siguiente: 1) En relación al equilibrio económico, que no concurrían las circunstancias prevenidas en el art. 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para mantener el citado equilibrio, 2) En relación al canon municipal y ampliación de la concesión, de admitirse la reducción propuesta del primero y la ampliación de la concesión, calculaba que el Ayuntamiento dejaría de percibir 10.158.341,50 euros, 3) Y respecto de la modificación de la tarifa, al proponerse un incremento que pasaría de 0,85 a 1 euros, y aunque era difícil de precisar la repercusión de la medida y el grado de ocupación calculaba que el incremento de ingresos podría ser entre 36.233.550 a 50.726.970, por lo que concluía, que dado que se trataba de cantidades importantes, sólo una modificación de suma trascendencia justificaría la aceptación municipal de la propuesta del adjudicatario, y ello siempre que por los órganos competentes se comprobara la legalidad de tal medida.

Posteriormente, el 19 de noviembre de 2003, el Jefe del Servicio de Contratación y Patrimonio D. José María Simón Rodríguez, con base en dichos informes, redactó un borrador de Propuesta de Acuerdo en el que en consonancia con los mismos, rechazaba

todas las modificaciones propuestas por la adjudicataria. Dicha propuesta la remitió a la Concejal de Urbanismo Sra Castedo para que, en su caso, se elevase al Pleno (folios 234 a 238 obrantes en el tomo I).

La citada Sra Castedo, Concejal de Urbanismo, que desconocía las exactas vicisitudes del expediente, pero sí que la modificación de contrato había sido informada negativamente por los técnicos comentó con el Jefe de Servicio Sr. Ortuño que dado el ingente trabajo que tenían en la Concejalía, le parecía más lógico que quien iba a llevar la gestión de la explotación llevara toda la tramitación, por lo que le indicó la posibilidad de traspasar los concretos expedientes de los tres estacionamientos antes citados a la Concejalía de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes, siendo informada por éste que precisaba la firma del Alcalde al tratarse de un traspaso entre dos Concejalías, indicándole la Concejal que lo fuera preparando, ya que ella hablaría con el Sr. Alcalde. A éste, que no conocía los datos concretos del expediente, la Sra Castedo le indicó que existía saturación de trabajo en Urbanismo, así como que creía que debía llevar su tramitación la Concejalía de Tráfico, y por tanto que era conveniente su traspaso, para lo que se precisaba que dictara un Decreto, a lo que éste no puso inconveniente. A su vez, éste le comentó al Concejal de Tráfico Sr. Domínguez que recibiría dicho expediente. Dicho Concejal, que tampoco conocía las vicisitudes del expediente, no le extrañó dicha remisión ni puso impedimento alguno en la misma, porque una de las competencias de su Concejalía eran los aparcamientos (declaraciones del Sr. Ortuño, Sra Castedo, Sr. Alperi, Sr Domínguez). En dicha Concejalía de Tráfico, entre otros, se ha llevado la dirección facultativa de las obras del estacionamiento de la avenida Maisonnave cuyo contrato se formalizó el 15 de diciembre de 1998 (folios 1390 y siguientes).

Consecuencia de las conversaciones previas anteriores, y por iniciativa de la Sra Castedo, y redactado por el Sr. Ortuño siendo de la propia decisión de éste, como él reconoce, las argumentaciones incluidas en el mismo, se dicta por el Sr. Alcalde D. Luis Díaz Alperi el Decreto de 14 de enero de 2004, bajo el Epígrafe “Cambio en la dirección del contrato de construcción y explotación de tres estacionamientos subterráneos de vehículos automóviles en la Avda de Catedrático Soler, Avda Padre Espla y calle Hermanos López de Osaba”, que acuerda con fundamento en el artículo 21.1 a) y d) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, “ Sustituir la dirección técnica designada para el contrato de construcción de tres estacionamientos subterráneos de vehículos automóviles en la Avda de Catedrático Soler, Avda. del Padre Esplá y calle Hermanos López de Osaba, encomendándola al Ingeniero Municipal de Caminos, Canales y Puertos D. Antonio Escobedo Moya, adscrito a la Concejalía de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transporte”. Como argumentación para dicho traspaso se indica lo siguiente: “Dado el contenido del referido contrato, parece más adecuado adscribirlo a la Concejalía de Tráfico y Transportes que a la Gerencia de Urbanismo, ya que los cometidos de esta última se proyectan más hacia la ejecución de nuevas áreas como consecuencia del desarrollo del planeamiento urbanístico, que hacia actuaciones en la ciudad consolidada como se trata en este caso. Como, por otra parte, las obras de los mencionados estacionamientos subterráneos no han comenzado, la sustitución de la dirección técnica del contrato en este momento, no producirá desajustes de importancia”. En dicho Decreto consta “Conforme desde el punto de vista de la legalidad”,

firmado con la misma fecha por el indicado Jefe del Servicio de Organización y Régimen Interno D. José Luis Ortuño Castañeda. Del citado Decreto se dio cuenta al Pleno el 20 de enero de 2004 (folio 2143 obrante al tomo VI).

Tras recibir notificación de dicho Decreto, el Sr. Simón, Jefe del Servicio de Contratación, se dirige a la Sra Concejal Delegada de Urbanismo Sra Castedo, solicitando instrucciones respecto de la tramitación del expediente, añadiendo lo siguiente: "...cuyo borrador de propuesta de acuerdo, cuya copia se acompaña, fue remitido a esa Concejalía con fecha 18 de noviembre de 2003, sin que hasta la fecha se haya recibido indicación alguna sobre el particular", instrucciones que solicitaba, dado que el citado Decreto, a su juicio, no aludía a cambio en cuanto al órgano gestor y sí sólo respecto de la dirección técnica municipal designada, presumiendo que continuaba siendo competencia de la Concejalía de Urbanismo. Dicho escrito es contestado por la Sra Castedo el 29 de enero de 2004, como Presidenta Delegada, indicando lo siguiente: "que el cambio de la dirección técnica municipal debe llevar aparejado el cambio de órgano gestor, siendo ahora éste el de alguna dependencia de la Concejalía de Seguridad, Tráfico y Transportes. Consiguientemente las instrucciones relativas a la propuesta de acuerdo redactada por ese Servicio meses atrás, así como a cualquier otro aspecto sobre el particular, le vendrán dadas por la referida Concejalía".

Posteriormente, el Sr. Simón, Jefe del Servicio de Contratación el 2 de febrero de 2004, se dirigió al Sr. Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes, para tras hacer referencia a los antecedentes del expediente, entre los que citaba la existencia del borrador de propuesta de acuerdo a la Concejalía responsable sin que se recibiera indicación alguna y al cambio de la dirección técnica municipal que pasó a ser competencia del ingeniero de Caminos Municipal adscrito a esa Concejalía D. Antonio Escobedo Moya, solicitaba la impartición de instrucciones para lo que acompañaba copia del expediente junto con el referido borrador de propuesta de acuerdo de fecha 18 de noviembre de 2003, y los últimos escritos.

Tras pasar el expediente a la Concejalía de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes, el Jefe del Servicio le comentó dicha recepción al Concejal, que desconocía las vicisitudes del mismo, encomendándole éste último oralmente al ingeniero municipal de caminos adscrito a dicha Concejalía Sr. Escobedo Moya que se encargara del proyecto. Por escrito de 16 de agosto de 2004, la empresa adjudicataria presentó escrito en el Ayuntamiento, donde recordando las alternativas técnicas presentadas en su día y que perseguían la reducción de los perjuicios ocasionados por las obras de construcción de los aparcamientos, y para que pudiera valorarse más apropiadamente los beneficios que ello supondría frente a las condiciones de la adjudicación se presentaba un documento para dicha valoración. En el mismo se concluía que con él se demostraba y acreditaba que el exceso de inversión compensaba la propuesta demandada por la adjudicataria en relación con el incremento de tarifa y reducción del canon. Dicho escrito fue remitido al Jefe del Servicio de Economía el 1 de septiembre de 2004, que no consideró oportuno responderlo por no aportar nada nuevo al respecto, como él mismo declaró.

Dicho técnico D. Antonio Escobedo, tras supervisar el expediente, analizar el informe negativo a la modificación de contrato de los anteriores técnicos del área de Urbanismo,

entrevistarse con distintas personas, en particular con el proyectista de la obra Sr. Regalado, tener reuniones con distintas empresas (Iberdrola, Aguas, etc), y en algunas ocasiones con técnicos del Ayuntamiento, en febrero de 2005, cuando ya tiene avanzadas sus posibles conclusiones, solicita al Concejal Sr. Domínguez celebrar una reunión con los Jefes de los distintos departamentos, para valorar una posible modificación, si bien, parcial del contrato y cómo se podría producir la compensación económica del contrato. Dicho Concejal llama al Sr. Alcalde para que convoque la reunión con los técnicos más importantes del Ayuntamiento, siendo convocados el 22 de febrero de 2005. A dicha reunión acudieron al menos, el Sr. Simón Jefe de Contratación, el Sr. Pablo Ortiz de Economía, el Sr. Pascual Ruiz Valdepeñas Vicesecretario del Ayuntamiento, el Concejal de Tráfico Sr. Dominguez, y el propio Sr. Alcalde. El Sr. Oltra de Intervención se reunió con el Sr. Escobedo en otras ocasiones pero no consta que asistiera a la misma (declaración del Sr. Oltra). En dicha reunión se trató del contenido de la modificación parcial del contrato que el técnico Sr. Escobedo estimaba factible por considerar que existían necesidades nuevas o imprevistas, y que eran de interés público y, especialmente, de la conveniencia de incrementar la seguridad con la instalación de muros pantalla durante las obras, del acceso de los minusválidos mediante ascensor en vez de rampas mecánicas, así como de la forma más adecuada de realizar pertinente compensación económica del contrato, acordando como fórmula menos perjudicial la del incremento de la concesión, sin afectar al canon y a la tarifa, hablando también, si bien de forma tangencial, que debía respetarse la legislación, y si se rebasaba el porcentaje del 20% de incremento de obra, como un trámite más, debería pasar al expediente a informe del Consell Juridic Consultiu (Declaración del Sr. Ruiz-Valdepeñas, entre otras).

El Sr. Escobedo, como Jefe del Departamento Técnico, y ajustándose a lo hablado en dicha reunión, el 28 de febrero de 2005, presenta informe, en el que en sus antecedentes se hace referencia al informe de 10 de septiembre de 2003 de los técnicos de urbanismo que proponía la desestimación de la modificación de contrato pretendida por el adjudicatario el cuál compartía en parte y que en todo caso analizaba, así como el informe negativo del Jefe del Servicio de Economía de 11 de noviembre de dicho año, y al borrador de propuesta de acuerdo sin tramitación de 18 de noviembre de dicho año. Dicho informe venía a concluir lo siguiente: 1) Que habían surgido necesidades nuevas y circunstancias imprevistas que aconsejaban la modificación del contrato (apreciaba que existían defectos y errores u omisiones existentes en los documentos técnicos que sirvieron de base a la adjudicación, que debía mejorarse la seguridad de las obras mediante la técnica de construcción con muros pantalla, y mejorarse el acceso de los discapacitados mediante la utilización de un ascensor), 2) Que el sobre coste que surgía, estimativamente, lo calculaba en la cantidad de 2.880.423,32 sin IVA, que era el 19,99% de la adjudicación, y que incluía el coste de las obras, el coste de arqueología, licencias y aperturas, honorarios profesionales, avales, anuncios y publicidad, y gastos de notaría, tal y como se reflejaba en el proyecto de explotación. Dicha cantidad de sobre coste equivalía al 19,99% sobre la adjudicación (indicando que incluía como valor total en la adjudicación 14.409.321,24 euros sin IVA, y 16.714.812,63 con IVA). A su vez, calculaba como ingresos netos adicionales del adjudicatario la cantidad de 273.925,64 euros anuales, 3) Que en los proyectos presentados

se realizaban propuestas que no debían ser, en general, aceptadas por el Ayuntamiento, 4) En relación a la denominada alternativa técnico económica con propuesta de modificación sustancial de las condiciones esenciales del contrato, estimaba también que no debiera ser admitida a trámite, al considerarla desorbitada, 5) Que al margen de consideraciones jurídico-administrativas que deban realizar los servicios municipales correspondientes, se consideraba necesario y viable la realización de las obras, subsanando los proyectos presentados e incluyendo la resolución de las nuevas necesidades surgidas, 6) Para ello estimaba necesario la modificación del contrato con el cambio, únicamente, de la duración de la concesión en un incremento de 7 años y 10 meses, 6) Que debían rechazarse las propuestas presentadas por el adjudicatario en los términos que las ha realizado. Resultado de dichas conclusiones proponía, que debían presentarse nuevamente para su aprobación los proyectos reformados, para que, en ningún caso, superara el valor de la suma de los tres presupuestos de los tres proyectos la cantidad de 20.056.103,69 euros, debiendo contener dichos proyectos las subsanaciones que se reflejaban en el apartado a) del informe del servicio de obras y proyectos de 10 de septiembre de 2003, y las contenidas en el apartado 5º del informe y que satisfacen las nuevas necesidades surgidas y las circunstancias imprevistas, así como modificar el plazo concesional en el período antes indicado para financiar y viabilizar la ejecución del contrato, adecuando proporcionalmente los plazos de ejecución de las obras de los tres estacionamientos a la modificación contractual que se proponía.

Las discrepancias esenciales entre el informe del Sr. Escobedo, y el de los técnicos adscritos a la Concejalía de Urbanismo, que entendían que el adjudicatario debió prever en el anteproyecto todas las modificaciones que luego solicitaba, eran parciales, ya que coincidían en las reparaciones que debía subsanar el adjudicatario, y se compartía lo que se decía sobre la tarifa al no proceder un cambio de estructura tarifaria. La diferencia principal radicaba en la interpretación de si el adjudicatario había incumplido o no las previsiones existentes al suscribir el contrato. Así el Sr. Escobedo, a diferencia de los otros técnicos, entendía que existían errores u omisiones existentes en los pliegos y documentos técnicos que sirvieron de base a la adjudicación, (se citaba el error existente, en el estacionamiento de la Avda Catedrático Soler, donde aunque en el anteproyecto se hablaba de muros pantalla, en el presupuesto se valoraba como muro tradicional), y a la vez que existían necesidades nuevas y circunstancias imprevistas (ejecución de los muros perimetrales de los estacionamientos de la calle Hermanos López de Osaba y Avda Catedrático Soler mediante la técnica de muros pantalla en lugar de muros bataches, para garantizar mayores condiciones de seguridad, que conlleva el encarecimiento de las obras; introducción de un nuevo sistema de accesibilidad para los discapacitados en cumplimiento de la normativa legal mediante ascensor en lugar de rampas mecánicas; ejecución de determinadas mejoras en los servicios a reponer para evitar la posterior ejecución de obras concurrentes en los mismos lugares a corto plazo con los consiguientes perjuicios ciudadanos; hallazgo de rocas en el subsuelo de naturaleza y características distintas a las previstas en el estudio geotécnico y que obliga al empleo de una técnica de excavación de mayor duración a la que preveía el anteproyecto, por lo que se precisa un mayor plazo de ejecución de las obras en el aparcamientos de la Avda de Padre Espla). En relación a la instalación de ascensores, esta

modificación ya había sido indicada en este expediente por el Sr. Escobedo en informe de 31 de marzo de 2003, en relación a los proyectos, y por tanto antes de emitir informe los técnicos de urbanismo y de ser designado director técnico de la obra, siendo recibido el mismo en la Gerencia de Urbanismo el 2 de junio de 2003 (folio 799 y 808 obrantes al tomo II), y se había estimado como susceptible de motivar una modificación de la obra por razón de interés público (caso del aparcamiento de Maisonnave, folio 1390, obrante al tomo IV). Respecto de las obras de urbanización, en obras realizadas en otros estacionamientos, se estimó la modificación del contrato por reposición total y mejora del pavimento de las aceras (caso del de Alfonso X El Sabio, obrante al folio 1357, obrante al tomo IV).

Por escrito del adjudicatario de 7 de marzo de 2005, manifestó que siendo conocedor de la propuesta de acuerdo que se estaba tramitando en el Ayuntamiento al objeto de modificar el contrato, a los efectos establecidos en el art. 101 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mostraba su conformidad, acompañando una copia del texto del borrador de la expresada propuesta, firmado en señal de aceptación.

El Concejal de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes, el 7 de marzo de 2005, realizó una propuesta, en la que recogiendo el inicial informe negativo de los técnicos entonces encargados de la dirección del contrato de fecha 10 de septiembre de 2003 y el del Jefe del Servicio de Economía de 11 de noviembre de dicho año, con fundamento en el informe del Sr. Escobedo, proponía a la Junta de Gobierno Local: 1) Rechazar las consideraciones efectuadas por el concesionario para modificar la concesión administrativa de los tres estacionamientos y desestiman las alternativas técnico-económicas, que no se admitían a trámite, 2) Autorizar inicialmente la primera modificación del contrato por la concurrencia de necesidades nuevas o circunstancias imprevistas ordenando al concesionario que : a) sustituyera, para mayor garantía de seguridad, el sistema constructivo de ejecución de los muros perimetrales de los estacionamientos de la avenida Catedrático Soler y de la calle Hermanos López de Osaba aplicando la técnica de los muros pantalla, en lugar de los muros bataches, b) Introdujera un nuevo sistema de accesibilidad para discapacitados consistente en la implantación de ascensores en lugar de rampas mecánicas., c) Ejecución de mejoras en los servicios a reponer, con el fin de evitar la reiteración de obras en la vía pública y perjuicios a los ciudadanos, d)Adecuación del plazo de excavación del subsuelo de la avda Padre Esplá al hallazgo de rocas de características distintas a las previstas en el estudio geotécnico, e) Retribuir las modificaciones ordenadas mediante la ampliación del plazo de concesión en 7 años y diez meses (un total de 47 años y 10 meses), f) Aceptar parcialmente el informe formulado por los técnicos municipales de la Gerencia de Urbanismo de 10 de septiembre de 2003, y aceptar la totalidad el informe del ingeniero Sr. Escobedo Jefe del Departamento Técnico de Tráfico y Planificación Viaria de 28 de febrero de 2005, g) En consecuencia que se subsanaran y modificaran los proyectos presentados, siendo de cuenta del concesionario los costes que sean necesarios para los desvíos de tráfico, realización de catas o excavaciones arqueológicas.

Dicha propuesta fue aprobada por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 14 de marzo de 2005, constando en los antecedentes de la misma, el informe negativo de los técnicos de 10 de septiembre de 2003 y el del Jefe de Economía de 11 de noviembre de 2003. Recibido dicho acuerdo por los técnicos que realizaron el informe de 10 de

septiembre de 2003, presentaron escrito el 4 de mayo de 2005, desconociendo el motivo de la notificación del acuerdo, pero en cualquier caso, se ratificaban en dicho informe, no compartiendo ni cualitativa ni cuantitativamente el contenido del informe del Departamento Técnico de Tráfico de 28 de febrero de 2005.

Tras el cumplimiento por el adjudicatario de los trámites ordenados, y presentados los proyectos modificados conforme a los criterios municipales requeridos, el Sr. Escobedo, Jefe del Departamento Técnico de la Concejalía de Tráfico, en informe de 31 de mayo de 2005, donde reflejaba separadamente los gastos de las obras (por importe total de 17.958.686, 89 euros) y los gastos adicionales (2.097.416,79 euros) propuso su aprobación, ascendiendo el importe total a la cantidad de 20.056.103, 68 euros IVA incluido. E igualmente el Jefe del Servicio de Contratación y Patrimonio Sr. Simón, en fecha 13 de junio de 2005, entendiendo que “el expediente se encuentra concluso y en condiciones de poder adoptarse los acuerdos propuestos, bien entendido que la aprobación o no de las modificaciones contractuales propuestas, constituye materia discrecional”. También el Sr. Cordón Gámiz, Jefe de la Asesoría Jurídica, que el 17 de junio de 2005, informaba que “el borrador de la Propuesta de Acuerdo sobre primera modificación del contrato de referencia se estima adecuado en sus aspectos jurídicos, si bien debería evitarse, si ello fuera técnicamente posible, cifras límites”.

La Intervención municipal solicitó una aclaración al informe del Sr. Escobedo al no constar en el último informe de 31 de mayo de 2005, cuáles eran los gastos iniciales de los contratos, presentando éste la aclaración el 28 de junio de 2005, recogiendo como gastos de las obras 14.950.141,05 euros y como gastos adicionales (que comprendían arqueología, licencias y aperturas, honorarios profesionales y avales) 1.764.671,59 euros, totalizando con IVA incluido la cantidad de 16.714.812,64 euros (declaración del Sr. Oltra Jefe del Servicio de Intervención). Posteriormente, en fecha 29 de junio de 2005, el Interventor General del Ayuntamiento Sr. Guardiola Blanquer, realizó informe favorable en la fiscalización previa, indicando que en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, se justificaba la no necesidad de informe del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma al no concurrir las exigencias del art. 59.3 LCAP, al ser la modificación del contrato inferior al 20% del precio primitivo del contrato. Finalizaba indicando, que la modificación del contrato inicial suponía un incremento, prescindiendo del IVA de 2.880.423,32 euros (sin IVA), equivalente al 19% sobre el precio inicial del proyecto, que era en total de 14.409.321,24 euros (sin IVA) (16.714.812,64 euros con IVA), por lo que el nuevo precio del contrato, IVA incluido, ascendía a la cantidad de 20.056.103,69 euros (17.289.744,56 euros sin IVA) para la contratación de las obras de los tres estacionamientos.

Posteriormente, el 29 de junio de 2005, a propuesta del Concejal de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes D. Luis Concepción Moscardó, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 4 de julio de 2005, acordó, autorizar definitivamente la modificación del contrato de los tres estacionamientos subterráneos, en los términos autorizados inicialmente por dicha Junta de Gobierno Local, en la sesión celebrada el 14 de marzo, y a su vez, aprobaban los tres proyectos presentados ya modificados, ascendiendo éstos a las siguientes cantidades: 6.741.967,65 euros IVA incluido por el de Avda Catedrático Soler, 6.286.630,64 IVA incluido por el de Avda de Padre Esplá, y de 4.930.088,62 IVA

incluido por el de Hermanos López de Osaba, fijando como plazo de ejecución de las obras el de 14,4 meses para los dos primeros, y el de 10,8 meses para el tercero, rectificando al propio tiempo la garantía definitiva del contrato en la cuantía de 120.341,80 euros (4% del aumento experimentado por el presupuesto efectivo de las obras).

No consta que ni el Decreto de la Alcaldía de 14 de enero de 2004, de cambio de dirección técnica y órgano gestor de la obra, ni el informe del ingeniero técnico de la Concejalía de Tráfico Sr. Escobedo, ni los acuerdos de la Junta de Gobierno Local antes indicados, de los que no existe constancia de que hayan sido recurridos en vía contencioso-administrativa, por los que se aprobó parcialmente la modificación de contrato de obra y concesión citado, hayan sido dictados, emitido o aprobados como consecuencia de presión o influencia alguna motivada por cualquier tipo de relación que pudiera favorecer dicha aprobación, ni por parte del Sr. Alcalde, ni de algún Concejal, o de la empresa adjudicataria contratista. Tampoco que tuvieran por causa la finalidad de beneficiar o favorecer al adjudicatario del contrato, la mercantil Enrique Ortiz e Hijos SA, contratista de obras.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se imputa al denunciado y querellado, aforado ante esta Sala, D. Luis Díaz Alperi, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alicante y Diputado de Les Corts Valencianes, así como a los demás imputados, la comisión de un delito de prevaricación administrativa y de tráfico de influencias, cometido en su calidad de Alcalde-Presidente del citado Ayuntamiento, que se fundamenta, esencialmente según la denuncia del Ministerio Fiscal coincidente con las imputaciones realizadas por las dos partes querellantes, en la existencia de un concierto entre el mismo, la Concejal Delegada de Urbanismo, D^a Sonia Castedo, el Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes D. Luis Concepción Moscardó para permitir a la empresa adjudicataria Enrique Ortiz e Hijos contratista de obras S.A., cuya adjudicación de contrato no se cuestiona por ser la única licitadora, una modificación del contrato de obra y concesión relativo a los tres estacionamientos subterráneos a que se refieren los antecedentes de hecho de la presente. A su vez, se imputa a los anteriormente indicados, y a D. Antonio Escobedo, técnico de la Concejalía de Tráfico, la comisión de los delitos de malversación de caudales públicos, apropiación indebida y falsedad de documentos.

Explicando dicha actuación concertada, se indica, que las modificaciones de obra pretendidas por la mercantil adjudicataria, habían sido informadas negativamente por los servicios técnicos competentes (técnicos de la Concejalía de Urbanismo, informe del Servicio de Economía sobre el quebranto que ello supondría, y borrador de propuesta del Jefe de Contratación), por lo que para lograr su indebida aprobación, se decidió dejar sin resolver la denegación de las modificaciones propuestas por los técnicos, sustituir el órgano gestor y la dirección facultativa del contrato hasta entonces competentes, designando como órgano competente a la Concejalía de Seguridad Ciudadana, Transportes y Tráfico y como director facultativo al técnico de dicha concejalía, el también denunciado y querellado Sr.

Escobedo, para cuyo traspaso competencial el citado Sr. Alcalde dictó el Decreto de 14 de enero de 2004. Posteriormente, según los querellantes y denunciante, se emitió por el nuevo técnico un informe de fecha 28 de febrero de 2005, que con graves contradicciones e irregularidades, y falseando el presupuesto de ejecución de contrata de las obras fijado por el Pleno del Ayuntamiento el 17 de enero de 2003, propone sin justificación alguna la rectificación de un error de cálculo y tres necesidades nuevas por razones de interés público así como un aumento en siete años y diez meses más del plazo de la concesión inicialmente pactado (cuarenta años). Finalmente, dicha modificación de obra se aprobó por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alicante el 14 de marzo de 2005 de forma provisional y 4 de julio de 2005 de forma definitiva, sin contar con el preceptivo informe del Servicio de Economía y Hacienda del Ayuntamiento, y aunque dicha Junta redujo el sobrecoste de las obras, aumentó la concesión en el período antes indicado, excediendo del 20% del presupuesto de ejecución de contrata, cuando no era competente legalmente para su aprobación directa sin someterla a dictamen previo del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana, produciéndose un quebranto para el Ayuntamiento de Alicante que se fija en 2.268.060,94 euros, equivalentes a la suma de la amortización anual durante los siete años y diez meses en que se amplió la concesión. A su vez añaden, que la mercantil adjudicataria incumplió la ejecución de la modificación de contrato aprobada en relación a la estructura perimetral del estacionamiento de la calle Hermanos López de Osaba, beneficiándose económicamente de ello.

SEGUNDO.- Se torna pues especialmente relevante el análisis de la concurrencia del delito de prevaricación en la actuación del principal representante de la corporación municipal, el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Alicante ya que, desde el punto de vista de las partes acusadoras, este es el delito instrumental de la imputación, de forma que a través del mismo se cometería o facilitaría la comisión de los restantes, en particular el esencial de tráfico de influencias. Igualmente, dado que nos encontramos ante una imputación delictiva llevada a cabo en el seno de la contratación administrativa, resulta necesario deslindar el ilícito penal del posible ilícito en el ámbito administrativo.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial, que podemos entender resumida en la STS 29-9-2004, indica que la prevaricación se concreta en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria. La función de control de la actuación funcional puede ser ejercida tanto por la propia Administración como por la jurisdicción, tanto en el orden contencioso administrativo como el penal, cuando la actuación del funcionario no sólo sea contraria a la norma, incluso ilegal, sino cuando, además, sea arbitraria, reservando ésta última a aquellos actos que infringen notoriamente los principios constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración. Por ello, el sistema penal de control social sólo puede actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden

contencioso administrativo, sino aquéllas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración. El sistema penal tiene, en consecuencia, un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora y es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan sólo las modalidades de agresión mas peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la trasgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública.

La jurisprudencia también ha señalado criterios de diferenciación entre el ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración y la jurisdicción administrativa, del ilícito constitutivo de delito. En la STS 28-11-94, se afirma “debe alcanzar la categoría de manifiesta, insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico que no soporta, sin graves quebrantamientos de sus principios rectores, que las Administraciones públicas se aparten de los principios de objetividad y del servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución. No se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa, el derecho penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que debe salvaguardar y respetar”.

En las STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos (“palmaria”, “patente”, “evidente”, “esperpéntica”, etc.), o rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. 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 (STS 647/2002).

Desde el punto de vista subjetivo, se hace necesario que la resolución injusta sea dictada a sabiendas de su obrar torticero y a sabiendas de su injusticia (STS 16-10-93). El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone “la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho” (STS 2/99, de 15 de octubre), lo que supone un grave apartamiento del derecho.

TERCERO.- Este Instructor tras el examen de las múltiples diligencias ya practicadas en el Juzgado de Instrucción nº 8 de Alicante, entre ellas declaraciones de los

imputados y testigos que de una u otra forma intervinieron en el expediente administrativo o están relacionados con el mismo, incluyendo la del propio querellado aforado a este Tribunal y la voluminosa prueba documental unida a las diligencias, estima que no concurren los presupuestos para la comisión de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, que exige una actuación netamente dolosa, “a sabiendas”, y el dictado de una resolución “arbitraria”, lo que implica, como dijimos, que no basta con que pueda entenderse que sea discutible, o incluso contraria a derecho, ya que el control de la legalidad administrativa corresponde al orden contencioso-administrativo, sino que se requiere que sea injusta, lo que supone un plus de contradicción con el derecho, debiendo ser la ilegalidad evidente, patente, flagrante y clamorosa (STS 19-10-2000, 12-2-2001, entre otras), requisitos que no concurren en la actuación del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Alicante ni tampoco en los miembros de la Junta de Gobierno Local de dicha corporación.

En el concreto supuesto de autos, el Sr. Alcalde Presidente, dicta el 14 de enero de 2004 un Decreto que dispone “el cambio en la dirección del contrato de construcción y explotación de tres estacionamientos subterráneos de vehículos automóviles en la Avda. de Catedrático Soler, Avda. Padre Esplá y calle Hermanos López de Osaba”, constando en el mismo como razones para ello, la de que “dado el contenido del contrato, parece más adecuado adscribirlo a la Concejalía de Tráfico y Transportes que a la Gerencia de Urbanismo, ya que, los cometidos de esta última se proyectan más hacia la ejecución de nuevas áreas como consecuencia del desarrollo del planeamiento urbanístico, que hacia actuaciones en la Ciudad consolidada como se trata en este caso”, sin que estime que se produzcan desajustes de importancia, por que “las obras de los mencionados estacionamientos subterráneos no han comenzado...”.

Previamente, hemos de recordar que como se dijo anteriormente, no se cuestiona la adjudicación de la concesión a la entidad Enrique Ortiz e Hijos SA, al ser el único licitador, sino la estimación parcial de la modificación de obra pretendida, una vez ya adjudicada la concesión. A este respecto, en relación con el Decreto del Sr. Alcalde antes indicado, se ha de mencionar, además de las amplias facultades que el ordenamiento jurídico administrativo asigna al mismo al desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la corporación y el impulso de los servicios municipales (art. 21 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, precepto que es citado expresamente en el Decreto), por lo que no cabe dudar de su competencia, se ha de añadir, que dicho acto administrativo, que cambia la dirección de obra de un contrato administrativo, tiene la consideración jurídica de “acto de trámite”, al no decidir el fondo del asunto ni determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento, por lo que resulta incluso difícil que pudiera ser susceptible de fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 25.1 de la Ley de 13 de Julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), ya que en estos supuestos, únicamente se prevé dicho control jurisdiccional para los supuestos indicados de decisión sobre el fondo, o que determinen la imposibilidad de continuación del procedimiento, se produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, por lo cuál, ha

declarado la doctrina jurisprudencial penal que son atípicos los actos administrativos que no tengan carácter decisorio, como los actos de trámite (STS 23 de enero de 1998 y 12 de febrero de 1999). A su vez, la petición de informes técnicos complementarios, no tiene que implicar necesariamente, la existencia de anomalía o irregularidad administrativa alguna, siendo lo relevante que la resolución que se dicte favorezca a los intereses públicos, pudiendo resultar útil contrastar, en ciertos supuestos, diversos informes, y a este respecto, legalmente, se prevé incluso que la Mesa de Contratación pueda solicitarlos (art. 81.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Además, de las declaraciones realizadas y diligencias practicadas no queda acreditado que fuera el Sr. Alcalde querellado el promotor de dicho cambio departamental en la tramitación del expediente sino que, de las diversas declaraciones practicadas, se infiere que fue la Sra Concejal de Urbanismo D^a Rosa Castedo, la que propició dicho Decreto. En este sentido, declararon la misma, también el Sr. Ortuño Jefe del Servicio de la Gerencia de Urbanismo y el Sr. Alcalde, manifestando que la Concejal citada habló con el Sr. Ortuño, sobre la existencia de ciertos retrasos en la tramitación de expedientes de su Concejalía, entre ellos el de los estacionamientos subterráneos citados, así como que parecía más lógico que fueran tramitados en la Concejalía correspondiente a Tráfico y Transporte, ya que era quien los iba posteriormente a gestionar. Y así, tras obtener la Concejal de dicho Jefe de Servicio la información de que ello era factible pero que precisaba la firma del Sr. Alcalde por tratarse de un cambio de Concejalía, la Sra Concejal de Urbanismo tras hablar con el Sr. Alcalde, al que comunicó meramente dichas cuestiones, se le preparó por Sr. Ortuño el indicado Decreto, siendo éste quien elaboró la argumentación dada al mismo, al considerar el traspaso del expediente conforme a derecho, asumiendo él mismo el criterio del intenso trabajo (Declaración del propio Sr. Ortuño).

Igualmente, de las diligencias practicadas se infiere que las adjudicaciones de obras y contratos de concesión relativos a estacionamientos subterráneos en la ciudad de Alicante, se habían venido tramitando también por la Concejalía de Tráfico a donde iba destinado éste concreto expediente, dato éste que no parece cuestionado por las acusaciones, por lo que tampoco desde la *praxis* administrativa puede considerarse como algo anómalo que la Concejalía de Tráfico y Transportes conozca de dichos expedientes, como ocurrió con la concesión de la construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo en la avenida de Maisonnave de Alicante (folio 1390 obrante al Tomo IV de las diligencias; igualmente el Sr. Ortuño declaró que las competencias entre las dos concejalías son “fronterizas”; los mismos dos técnicos de la Concejalía de Urbanismo declararon que la gestión de los aparcamientos luego pasa a Tráfico una vez finalizada la obra, así como que no habían participado en la dirección facultativa de las obras de otros estacionamientos salvo el de la calle Alfonso X El Sabio; a su vez, el Sr. Concepción Moscardó Concejal de Tráfico, declaró que no le extraña el traspaso de expediente porque una de sus competencias son los aparcamientos, citando varios casos como el de la calle Maisonnave, y Montañeta; el Sr. Escobedo, técnico de la Concejalía de Tráfico declaró que había dirigido el de la Avda Maisonnave así como la gestión de la explotación de los otros aparcamientos; En la

estructura orgánica básica del Ayuntamiento de Alicante, al Departamento de Tráfico y Planificación Viaria, se le asignan, entre otras, las funciones de: elaboración y propuesta de informes técnicos sobre la red de aparcamientos públicos y privados, la supervisión técnica de las concesiones administrativas y contratos municipales en las materias relativas a sus funciones, y cualquier otra función relacionada con las anteriores que le sea asignada por el Concejal-Delegado, art. 84 de dicha estructura orgánica, obrante al folio 1263 del Tomo IV).

Por tanto, conforme a lo indicado y, aunque pueda parecer poco habitual (si bien, según escrito de la procuradora Sra Merino Díaz de 16 de enero de 2007, al folio 1201 y siguientes obrantes al Tomo IV, ha tenido lugar en otras ocasiones), e incluso suscitar para las partes acusadoras diversas interpretaciones y especulaciones sobre las diversas causas que pueden motivar dicho traspaso de expediente, causas que por otra parte aparecen recogidas en el citado Decreto y se analizaron anteriormente, el dictado de una resolución administrativa que acuerda el cambio de la dirección facultativa y el órgano gestor, a los efectos prejudiciales penales (art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no puede estimarse ilegal, antijurídica, ni injusta, y ello aunque se produzca una vez que la petición de modificación contractual haya sido informada negativamente por los técnicos primeramente designados, pudiendo resultar conveniente para la Administración el recabar el parecer de distintos informes técnicos.

Y en relación al elemento intencional o subjetivo del delito de prevaricación, no resulta acreditada una actuación dolosa o “a sabiendas” del Sr. Alcalde en el dictado de dicha resolución, el cuál actúa a instancia de la Concejal de Urbanismo, que le solicita meramente su firma, la cuál es necesaria para un cambio de expediente, y sin que resulte acreditado que el principal representante municipal conociera ni los informes negativos de los técnicos de Urbanismo, ni el borrador de propuesta de desestimación de dichas modificaciones, siendo revelador de que ello fue así, el hecho de que fuera redactado el Decreto por el Jefe del Servicio de la Concejalía de Urbanismo Sr. Ortuño, como él mismo reconoce, dándole la redacción que estimó oportuna, consignando en el mismo además, que el Decreto era “conforme desde el punto de vista de la legalidad”. A su vez, acredita que no existió una actuación dolosa, el que la propia solicitud de aclaración que el Sr. Simón Rodríguez, Jefe del Servicio de Contratación y Patrimonio realiza en fecha 27 de enero de 2004 respecto del citado Decreto, realiza sobre si el cambio de la dirección técnica del contrato supone cambio del órgano gestor, y donde se hace alusión al borrador de propuesta no resuelta, no la dirige al Sr. Alcalde sino a la Sra Concejal Delegada de Urbanismo, la cuál contesta afirmativamente (“...entiendo que ello lleva aparejado asimismo el cambio de órgano gestor, siendo ahora éste el de alguna dependencia de la Concejalía de Seguridad, Tráfico y Transportes”), lo que parecía ya aclarado por el mismo tenor dado al contenido del propio Decreto (“...parece más adecuado adscribirlo a la Concejalía de Tráfico y Transportes que a la Gerencia de Urbanismo,...”), y que además, cabe entender que es lo habitual (declaración del Sr. Ruiz Valdepeñas, Vicesecretario del Ayuntamiento, “Que el cambio de técnicos conlleva el cambio del Órgano Gestor”),

remitiendo respecto de la propuesta a la Concejalía de Tráfico.

Por todo ello, se desprende que el Sr. Alcalde, no promueve dicho traspaso de expediente, ni tampoco puede resultarle anómalo, ya que la Concejalía destinataria tramita expedientes de estacionamientos al haberlo realizado en otras ocasiones, ni se ha acreditado que conozca las concretas vicisitudes del mismo y, en particular la existencia de informes negativos de los técnicos ni el borrador de propuesta negativo cuyo conocimiento tampoco sería obstáculo para contrastar los informes emitidos. Igualmente tampoco participa en la redacción del citado Decreto aunque estampe su firma por exigirlo la reglamentación al afectar a varias Concejalías, y en todo caso, el Jefe del Servicio da la conformidad a la legalidad. Por todo ello, cabe concluir, que en modo alguno concurre acreditada una actuación intencional “dolosa o a sabiendas” de la injusticia como exige el tipo penal en el dictado del Decreto de 14 de enero de 2004, del que además, se dio cuenta al Pleno el 20 de enero de 2004 (Certificación del Sr. Secretario General del Pleno del Ayuntamiento, obrante al Tomo VI, folios 2143 a 2144), por lo que, no concurre respecto de dicho Decreto, el delito de prevaricación imputado.

CUARTO.- Relacionado aún con el delito de prevaricación, se desprende de la redacción de los hechos relatados en la denuncia y querellas, que las partes acusadoras tildan también de prevaricadoras las resoluciones de la Junta de Gobierno Local que, respectivamente, de forma provisional y definitiva por Acuerdos de 14 de marzo de 2005 y de 4 de julio de 2005, aprueban parcialmente la modificación de contrato solicitada por el adjudicatario de la obra. Por tanto, se ha de precisar en primer lugar, que dichas resoluciones no han sido aprobadas exclusivamente por un Decreto del Sr. Alcalde sino por la Junta de Gobierno Local, presidida por el mismo, y que en las mismas, lejos de aprobarse todas las modificaciones solicitadas por el concesionario y ocultarse el informe negativo de los técnicos de urbanismo que se aceptaba en parte (acuerdo 3º de la Junta de 14 de marzo de 2005), se rechazan las consideraciones efectuadas por el concesionario para modificar la concesión administrativa desestimando las denominadas “alternativas técnico-económicas”(acuerdo 1º de la Junta de 14 de marzo de 2005), estimándose únicamente, una parcial modificación del contrato de obra por razones de “interés público” al estimar que concurrían “necesidades nuevas o circunstancias imprevistas”, a retribuir o compensar únicamente mediante la modificación del plazo de concesión, aumentándolo en siete años y diez meses, y no con afectación del canon o la tarifa como solicitaba el contratista. Las modificaciones admitidas, consistían en (acuerdo segundo de la citada Junta) :

- 1) Sustituir el sistema constructivo de ejecución de los muros perimetrales de los estacionamientos de la Avda Catedrático Soler y de la Calle Hermanos López de Osaba, aplicando la técnica de “muros pantalla” en lugar de la excavación a cielo abierto mediante bataches” con el fin de garantizar las máximas condiciones de seguridad durante la ejecución de las obras.
- 2) Introducir un nuevo sistema de accesibilidad para discapacitados consistente en la implantación de ascensores en lugar de rampas mecánicas.

- 3) Ejecución de mejoras en los servicios a reponer, con el fin de evitar la reiteración de obras en la vía pública y los consiguientes perjuicios a los ciudadanos.
- 4) Adecuación del plazo de excavación del subsuelo de la Avda Padre Esplá al hallazgo de rocas de características distintas a las previstas en el estudio geotécnico.

Pero dicha modificación parcial de obra solicitada por el contratista, no se aprueba por la Junta de Gobierno Local, sin fundamento alguno, sino basándose en un segundo informe del técnico de la Concejalía de Tráfico Sr. Escobedo, considerado por el anterior Magistrado instructor en su exposición razonada que reúne “sólidos apoyos argumentales” y, que además lejos de redactarlo unilateralmente y sin contraste alguno, previamente sometió sus criterios y propuesta a una reunión de contraste celebrada el 22 de febrero de 2005 con los distintos Jefes de los principales Departamentos afectados del Ayuntamiento, que consideraron dicha reunión como absolutamente normal, y a la que asistió el concejal de Tráfico Sr. Concepción así como el Sr. Alcalde, donde valoraron principalmente la viabilidad de la misma en especial en sus aspectos económicos, como se ha reconocido en las declaraciones realizadas en la instrucción, informe que además, no es totalmente contrario al primeramente emitido por los técnicos de urbanismo sino que ratifica en parte el mismo y meramente difiere en la apreciación de la existencia de la concurrencia de algunas “circunstancias nuevas o imprevistas”, y por ello, valorando la Junta de Gobierno Local, en consonancia con dicho informe el concepto de “interés público”, accede a una modificación, únicamente parcial de lo pretendido por el concesionario, basándose principalmente, en garantizar en mayor medida la seguridad de la obra mediante la utilización de muros pantalla en alguno de los estacionamientos, mejorar los accesos a los discapacitados mediante la instalación de un ascensor, y aprovechar las obras de urbanización para mejorar los servicios a reponer evitando ulteriores reiteraciones de las obras en un futuro próximo, subsanando las deficiencias que en su opinión existían en algunos aspectos de los pliegos, siendo relevante, que en modo alguno se ocultara al posible debate de dicha Junta, ni en general al municipal, la existencia de los anteriores informes negativos de los técnicos de urbanismo, el informe del Jefe del Servicio de Economía, el borrador de propuesta negativo o el Decreto de la Alcaldía disponiendo la sustitución de la dirección técnica designada, ya que figuran en los antecedentes de dicho informe, y en su mayor parte en los antecedentes de la resolución, y es más es expresamente aceptado de forma “parcial” el informe de dichos técnicos de la Gerencia de Urbanismo, por lo que los distintos componentes de la Junta de Gobierno Local tuvieron a su disposición todos los antecedentes del expediente, sobre los que pudieron debatir y tener en cuenta, para aprobar una modificación de obra solicitada, que no se olvide que fue parcial de la que inicialmente pretendía el concesionario, por lo que no cabe considerar que dicha resolución, sin perjuicio de una posible valoración en la jurisdicción contencioso-administrativa a la que al parecer nadie ha recurrido, pueda estimarse contraria de forma flagrante o palmaria al ordenamiento jurídico, que es lo que a los efectos penales resulta relevante.

Todo ello, máxime cuando legalmente se permite la modificación de los contratos si se aprecia que concurren “razones de interés público”, si son debidas a necesidades nuevas

o causas imprevistas (art. 101.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), interés público que es un concepto jurídico amplio e indeterminado a concretar en cada caso, siendo lo cierto, que la instalación y construcción de un ascensor para discapacitados en éstos concretos estacionamientos subterráneos de la ciudad de Alicante ya había sido informada en igual sentido por el mismo técnico Sr. Escobedo el 31 de marzo de 2003 con anterioridad al informe de los técnicos de Urbanismo y por tanto, con mucha antelación a ser designado director facultativo de la obra lo que aleja sus criterios técnicos posteriores de cualquier suspicacia (folio 1270 y siguientes obrantes al tomo IV), además de que dicha instalación de ascensores también se consideró como de interés público, sin discusión alguna, para otros estacionamientos de la ciudad, como el de la Avenida Maisonnave de Alicante, cuya modificación de contrato, entre otras, por dicha causa se acordó por el Ayuntamiento en sesión de 27 de marzo de 2003, precisamente con informe favorable del mismo técnico Sr. Escobedo (certificación del Secretario del Ayuntamiento obrante al Tomo IV de las diligencias).

Por tanto, de lo anteriormente expuesto resulta que la valoración de si concurría o no un interés público y, si existía o no una necesidad nueva o imprevista, es una cuestión casuística que puede resultar más o menos discutible, pero la misma excede de la órbita penal, sin que pueda dejarse de valorar, lo que resulta también aplicable al delito de tráfico de influencias al hacer referencia el precepto penal que lo regula al dictado de una resolución y obtención de un beneficio, que la compensación asignada para restablecer el necesario “equilibrio económico financiero” establecido normativamente (art. 146, 248 y 250 de la Ley de Contratación Administrativa) de aumentar en 7 años y 10 meses el periodo concesional inicialmente concedido que era de 40 años, sin afectar por tanto al canon y a las tarifas, pueda considerarse de forma palmaria originadora de un evidente gran desequilibrio económico en perjuicio del Ayuntamiento, cuando ya en el mismo Pliego de Condiciones aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el 7 de mayo de 2002, que convocaba el concurso público para la construcción y explotación de los tres aparcamientos públicos, se preveía una duración de la concesión de 50 años, y que lo pretendido por el concesionario en la modificación del contrato era no sólo llegar a esos 50 años de concesión, que tampoco ha conseguido, sino también una drástica reducción del canon anual que debía satisfacer al Ayuntamiento en cada plaza de cada aparcamiento a construir (en el de Catedrático Soler pretendía pasar de 174 euros a 4,50; en el de Avenida del Padre Esplá de 104 euros pretendía pasar a 0.00 euros; y en el de la calle de los Hermanos López de Osaba de 60 euros a 1,97), que no ha sido admitida, ni tampoco la modificación tarifaria pretendida (de 0,85 euros por hora contando el tiempo real el mismo importe pero por hora o fracción). Tengamos en cuenta, que en otras modificaciones de contratos administrativos similares admitidas se afectaron a las tarifas, lo que repercute más en los ciudadanos, fijándose además un nuevo canon (caso del de la Avenida Maisonnave, al folio 1390 obrante el tomo IV), o se autorizó la modificación con cargo al canon de una muy importante cantidad por importe de 58.969.862 de pesetas en el de Alfonso X El Sabio (folios 1347 y 1357 a 1360 obrantes al tomo IV).

A su vez, como se desprende de la documentación aportada, dichas resoluciones de la Junta de Gobierno Local, cuentan con los pertinentes informes de conclusión de expediente y de su legalidad, conforme a lo previsto en la disposición adicional octava e) de la Ley de 7/1985, de 2 de abril, y en este sentido figuran los siguientes:

1) Informe de 13 de junio de 2005 del Sr. Simón Rodríguez, Jefe del Servicio de Contratación y Patrimonio, que fue precisamente autor del borrador de propuesta denegatorio inicial, lo que lo hace más relevante, donde hace referencia “a resultar acorde con la legislación a que la misma hace referencia” estando concluso y en condiciones de poder adoptarse los acuerdos contractuales propuestos, si bien precisa, que la aprobación o no de las modificación contractuales propuestas, constituye materia discrecional”.

2) Informe de 17 de junio de 2005, del Sr. Cordón Gámiz, Jefe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, que estima “adecuado en sus aspectos jurídicos” el borrador de la propuesta de acuerdo sobre primera modificación del contrato, aunque precisa, que debiera evitarse, si ello fuera técnicamente posible, “cifras límite”.

3) Informe de Fiscalización Previa de Intervención de fecha 29 de junio de 2005, del Sr. Guardiola Blanquer, Interventor General del Ayuntamiento, que emite informe favorable al expediente, indicando que la modificación del contrato con las subsanaciones exigidas, “cumplen los criterios municipales referidos y se ajustan a la documentación técnica de los respectivos anteproyectos y a las especificaciones del pliego de prescripciones técnicas particulares”, “que en la propuesta de acuerdo, así como en la parte expositiva del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de marzo de 2005 se justifica la no necesidad del informe del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma al no concurrir las exigencias del art. 59.3 LCAP, al ser la modificación del contrato inferior al 20% del precio primitivo del contrato”, y “que la modificación del contrato supone un incremento, prescindiendo del IVA, de 2.880.423,32 euros equivalente al 19,99% sobre el precio inicial del proyecto, que era en total de 14.409.321, 24 euros (sin IVA), (16.714.812,64 euros con IVA), por lo que el nuevo precio del contrato, IVA incluido, asciende a la cantidad de 20.056.103,69 (17.289.744, 56 euros sin IVA).

Por todo ello, podemos concluir en la inexistencia del delito de prevaricación imputado al Sr. Alcalde y a los Sres miembros de la Junta de Gobierno Local, sin que por todo lo indicado y por lo que seguidamente se añadirá, la alegada ausencia de un segundo informe preceptivo del Servicio de Economía y Hacienda, ni la reiterada cuestión de la preceptividad del informe del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana, por estimar las partes acusadoras frente al criterio del técnico de la Concejalía de Tráfico, que la modificación admitida superaba el 20% de porcentaje, que podrían en su caso, dar lugar a una irregularidad administrativa, no conllevan alterar la conclusión de inexistencia del delito de prevaricación indicado.

Y es que, respecto a la ausencia del referido segundo informe del Servicio de Economía, su supuesta preceptividad es negada por el Interventor General Sr. Guardiola, y el Sr. Simón Jefe de Contratación en sus declaraciones judiciales, e inclusive por el propio

Jefe del Servicio de Economía que tendría supuestamente que realizarlo (testifical del Sr. Ortiz García, declaró que sólo debe realizarlo cuando se producen ingresos). En todo caso, el Jefe de dicho Servicio asistió a las reuniones pertinentes conociendo la modificación contractual solicitada al acudir a la reunión de 22 de febrero de 2005, donde dio su opinión sobre la compensación económica a conceder por la modificación.

Y en relación, con el pretendido incremento superior al 20%, no es esa la conclusión que ha alcanzado el técnico del área de Tráfico que lo cifró en el 19,99% del conjunto de la valoración económica y en el 19,60% respecto de la modificación del plazo concesional, ni los demás órganos que han fiscalizado el expediente (el Sr. Guardiola Blanquer, interventor general de la corporación, declaró que se solicitó una aclaración al técnico de la Concejalía de Tráfico Sr. Escobedo, por no aparecer el valor inicial o del principio de que se parte sino el final, estimando correcto dicho porcentaje tras la aclaración, declarando expresamente que “el expediente tiene todo lo que tenía que tener. Incluso más de lo necesario...”; el Sr. Oltra Gisbert, Jefe del Servicio de Intervención, además de hacer referencia a la particularidad de estos contratos, valoró la coherencia entre cifra inicial y final, solicitó aclaración al Sr. Escobedo sobre la cifra inicial, viendo coherencia en las cifras; el Sr. Pascual Valdepeñas, Vicesecretario del Ayuntamiento, además de hacer referencia a la complejidad técnica de este expediente, declaró que “no detectó ninguna irregularidad administrativa”).

Pero es que, en todo caso, y aunque dada la gran proximidad de los porcentajes con el límite del 20% así fuera y se superara dicho límite, tampoco conllevaría a concluir en la existencia del delito imputado, tanto por los razonamientos ya esgrimidos, como por los siguientes:

1) El Ministerio Fiscal basa (páginas 85, 97 y 98 de su denuncia), esencialmente, dicha afirmación del exceso del 20%, en que el técnico Sr. Escobedo para calcular si supera o no dicho porcentaje, en vez de partir de la suma total aprobada por el Ayuntamiento de los tres presupuestos ascendentes a la cantidad de 12.888.052,57 euros sin IVA (14.950.141 euros con IVA), parte de la cantidad de 16.714.812,63 de euros resultado de añadirle a la anterior de 14.950.141 de euros los denominados “gastos adicionales” (arqueología, licencias y aperturas, honorarios profesionales, avales, anuncios y publicidad, gastos de notaría) de 1.521.268,61 euros (14.950.141 + 1.521.268,61), y al obrar de esta forma que entiende indebida, y proponer un sobrecoste de las obras por importe de 2.880.423,32 euros sin IVA (3.341.291,05 euros con IVA), dicha cantidad resultaría muy superior al 19,99% sobre el presupuesto de 14.950.141 de euros IVA incluido, (que salvo error u omisión se situaría en la cantidad de 2.988.533 euros), por lo que se sobrepasaría el citado porcentaje en 352.758,5 euros (3.341.291,05 menos 2.988.533 euros), habiéndose con ello obviado el preceptivo informe del Consell Juridic Consultiu. Sin embargo, se ha de indicar previamente, que aunque la cuestión de cuál sea la cantidad de que deba partirse para el cálculo del incremento del 20%, pueda

entenderse discutible (si la del presupuesto de la obra, como sostienen las acusaciones, o si el citado más los gastos adicionales por tratarse de un contrato de concesión, los cuales se acompañaron a la oferta realizada por el adjudicatario, adjudicándose el contrato “de conformidad con la oferta formulada al efecto por el adjudicatario”, folio 200, como sostiene el técnico Sr. Escobedo), no debe dejarse de tener en cuenta, que nos encontramos ante un contrato de concesión y no de obra pura lo que puede tener su trascendencia, y que el precio del contrato del que las propias partes partieron, no es exactamente el importe de los tres presupuestos de obra, sino el “canon” a satisfacer al Ayuntamiento (véase el apartado 6º del documento administrativo de formalización del contrato de 17 de febrero de 2003). A su vez, resulta relevante a los efectos jurídico-penales, donde prima la intencionalidad de las conductas, que el licitador, cumpliendo con lo prevenido en la cláusula 18.5ª del pliego de cláusulas administrativas particulares, reverso del folio 55, acompañó con los respectivos anteproyectos y proyectos presentados, tanto del 2002, 2003 y 2005, una carpetilla denominada de “estudios económico-financieros”, en cuya página siete dentro de lo que se denomina “Plan de inversión y fuentes de financiación”, (que figuran además de en dichas carpetillas en los folios 186, 221 figurando copia de los mismos también a los folios 910 a 915), en los cuales se hace referencia separada al presupuesto de contrata de construcción y al resto de gastos (presupuesto de arqueología, licencias y aperturas, honorarios profesionales, avales, anuncios y publicidad, gastos de notaría), y específicamente en el detalle de resumen de gastos, se incluyen éstos últimos, separadamente, bajo la denominación de “gastos adicionales” (folio 916). Además, al menos en algunos supuestos, se ha constatado como un posible criterio de la práctica contractual administrativa, el que no necesariamente los gastos adicionales formen parte siempre de los gastos generales, sino que existen supuestos en que pueden computarse independientemente (véase la Circular 1/2003, de 17 de Julio, de la Secretaría de la Junta Superior de contratación administrativa de la Generalitat Valenciana sobre la inclusión en el concepto de gastos generales en los contratos de obra del abono de honorarios por dirección de obras en relación con la no previsión de los mismos en el art. 131 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, obrante a los folios 2819 y siguientes obrantes al Tomo VIII de las diligencias, que concluye “...sin que dichos gastos puedan, en consecuencia, considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra”; o también los documentos acompañados por la representación procesal del contratista, el 27 de abril de 2007, folios 2797 obrantes en dicho Tomo VIII, donde se aprecia que en distintas ofertas presentadas por los licitadores de contratos de explotación de estacionamientos subterráneos a distintos Ayuntamientos, se computan separadamente, los gastos adicionales). Y en todo caso, como se indicó, lo que interesa a éste proceso penal, es la intencionalidad que pueda subyacer en el informe cuestionado, y en éste sentido el criterio asumido por el técnico, sea más o menos correcto y susceptible por tanto de haberse podido recurrir en unión de la resolución que lo aprueba ante el orden jurisdiccional

contencioso-administrativo, no ha sido estimado erróneo por los restantes técnicos municipales, a los que incluso convocó a una reunión para tratar de éstas cuestiones, al no tratarse de un “contrato de obra puro”, sino de un contrato especial, de obra pública más concesión y explotación (en este sentido, el Sr. Oltra, Jefe del Servicio de Intervención declaró que al tratarse de un contrato mixto, de obra y servicio público, hay gastos que no son de obra, y que se entendió que parte de los gastos eran de explotación, no detectando arbitrariedad alguna, especificando, que la parte de gestión de servicio debe consistir en gastos adicionales y de explotación).

2) Que aunque se entendiera que superara el porcentaje del 20%, la preceptividad de dicho informe no resulta evidente, como pone de relieve el mismo anterior Magistrado instructor en su exposición razonada al mencionar que puede resultar “discutible”, ya que, para ello, se exige que el precio del primitivo contrato sea igual o superior a 6.010.121,24 euros Iva excluido (art. 59.2.b del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública), y en el supuesto de autos, además de que ninguno de los presupuestos de obra de cada uno de los estacionamientos por sí sólo superaran dicha cantidad, el “precio del primitivo contrato” a que se refiere el precepto, pactado por las partes en el documento administrativo de formalización del contrato, era el canon, (como también recoge la exposición razonada al folio 2 de la misma), cuya cuantía total para los tres aparcamientos para toda la concesión, salvo error u omisión era de 5.283.320 euros, folio 2815, por lo que no alcanza a la cantidad establecida por el precepto para que sea preceptivo el dictamen que se considera omitido. Además, en éste sentido, confluyen distintas declaraciones realizadas (así, la declaración del Sr. Guardiola Interventor General, o la del Vicesecretario del Ayuntamiento, a preguntas del Ministerio Fiscal, que el 19,99 % se refiere al canon, y que se hace mención tanto al canon de un año como al del total del periodo de la concesión, “aunque hay jurisprudencia que incluso establece que el plazo de cálculo del precio canon sería un año”, y que la determinación del criterio de fijación del precio la determinan el Jefe de Contratación y él mismo), resultando efectivamente la existencia de jurisprudencia que en los contratos de gestión de servicios públicos establece el precio por su canon anual, (así la STS Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo Sección 4ª de 4 de mayo de 2005 que remite a la de 22 de abril de dicho año, e indica en general, que el criterio de exigencia del 20% debe interpretarse de forma restrictiva, sin posibilidad de ampliación, y ceñido al precio original establecido en el contrato). Además de que aún considerándose preceptivo no sería vinculante.

3) Que dicha cuestión del incremento del 20% fue relativizada por el anteriormente citado Sr. Ruiz Valdepeñas, Vicesecretario del Ayuntamiento (“no es una línea roja, y si se rebasa, precisa informe del Consejo Jurídico Consultivo, como un trámite más”; “que el técnico de tráfico no fue a la reunión con números sino con argumentos que era lo importante”; “que no se llegaba a los seis mil euros por lo que no se cumple con el primer presupuesto de requerir informe del Consejo

Jurídico Consultivo”; “que en un contrato de concesión de obra pública sí que se pueden modificar los parámetros y podría no alcanzarse nunca el límite del 20% por mucho que subiese el valor material de la ejecución de la obra”; “la Junta de Gobierno Local es el único órgano que puede decir si efectivamente existe interés público o no”, y “sus miembros tenían acceso al informe técnico”, “Que la determinación del interés público es una decisión puramente política”).

4) Que siendo, a lo sumo una cuestión discutible, a los efectos penales, no se aprecia que la omisión del mismo, cuya necesidad no estimaron ni el técnico ni los informes de fiscalización, haya sido buscada deliberadamente y de forma concertada, por la Junta de Gobierno Local, y en particular por el Sr. Alcalde querellado, para la aprobación de la modificación de obra postulada.

5) Que la fórmula de la ampliación del plazo de la concesión finalmente aceptada, ha sido la estimada más correcta en ocasiones por el mismo Consejo de Estado. Así, el Consejo de Estado en su Dictamen de 4 de febrero de 1999 (expediente 4709/98), el cuál es recogido en la STS Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo Sección 4ª de 4-5-05 antes mencionada, indicó “...2) Corresponde a la Administración acordar la fórmula más adecuada y conforme con sus intereses para compensar al contratista, siendo una de las fórmulas posibles y quizás la más concorde con la naturaleza de la concesión, cuando la modificación exige nuevas inversiones en maquinaria e instalaciones, la prórroga de la duración temporal de la misma por plazo que permita la amortización adecuada de esas nuevas instalaciones e inversiones sin un incremento sustancial del coste de la prestación del servicio”.

De todo ello y, en este contexto, cabe concluir en la inexistencia del delito de prevaricación imputado, al no encontrarnos ante resoluciones injustas dictadas dolosamente, excediendo de la órbita penal el valorar las distintas cuestiones formuladas al respecto.

QUINTO.- De la conclusión anterior, relativa a la inexistencia del delito de prevaricación, se ha de concluir también, dada la interrelación que entre los mismos se establecen en la denuncia y querellas, en la inexistencia del delito de tráfico de influencias imputado, siendo extrapolables gran parte de los razonamientos ya realizados respecto del primer delito al de tráfico de influencias, dada la actuación concertada con que las acusaciones formulan la imputación requiriendo ambas infracciones el dictado o consecución de una resolución. En efecto, el primer delito de prevaricación, sólo tendría sentido, desde la perspectiva misma de las propias acusaciones, por tener un carácter instrumental respecto del de tráfico de influencias, es decir, para mediante una resolución buscada de propósito, injusta y tergiversadora del ordenamiento jurídico, lograr una modificación contractual, también injusta, y buscada exclusivamente en beneficio del contratista, por lo que, la suerte de ambos delitos, tal y como se imputan por las partes acusadoras, estarían estrechamente vinculadas. Y dicho concierto y finalidad, en modo alguno, como se indicó, han resultado acreditadas.

En la querrela interpuesta por la representación procesal de Esquerra Unida del País Valencià, se precisa la concreta modalidad del delito de tráfico de influencias imputada, que sería la contenida en el art. 429 del Código Penal relativa a la cometida por el particular que influye en un funcionario o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste u otra autoridad o funcionario para conseguir una resolución que le pueda generar un beneficio económico para sí o para un tercero. En todo caso, como se indicará tampoco consta que se haya cometido la modalidad a que se refiere el precepto anterior, art. 428 del C.P., es decir, la relativa a la comisión por la autoridad o funcionario público.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 7-4-2004, y 5-4-2002), ha señalado, en relación con la conductas previstas en ambos preceptos, que como requisitos comunes a las dos mencionadas modalidades debe concurrir: 1) Un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (SSTS 29.10.2001 y 5.4.2002). Esta es la “influencia” a que se refiere el tipo, que exige a su vez un prevalimiento de una situación, debiendo tener suficiente entidad, 2) El dictado de una resolución, que debe ser objetivamente imputable a la presión ejercida. 3) Como ánimo subjetivo del injusto, la finalidad de obtención de un beneficio económico, propio o de tercero, así como debe añadirse que, 4) El hecho ha de afectar al principio de imparcialidad de la Administración pública (STS 15.2.2000), elementos que no concurren en la actuación de los imputados.

Analizando también la concreta modalidad delictiva del art. 428 del Código Penal, no expresamente imputada, se ha de recordar que en el supuesto de autos, no se cuestiona la adjudicación de la concesión a la empresa adjudicataria, ya que fue la única empresa licitadora sino la estimación parcial de la petición de modificación de un contrato administrativo mixto de obra y concesión. Y en este sentido, la actuación del Sr. Alcalde que firma un Decreto en enero de 2004 de traspaso de un expediente de una Concejalía a otra cambiando el órgano gestor y la dirección facultativa de una obra, por indicación de su Concejal de Urbanismo, aludiendo a la mejora del servicio y a una mayor agilidad y lógica en la tramitación del expediente, que además no conoce las concretas vicisitudes del mismo, no encaja en modo alguno en el tipo prevenido en el art. 428 del Código Penal, en el que se prevé la actuación del funcionario público o autoridad que “influye” en otro prevaleándose del ejercicio de su cargo para conseguir una resolución que pueda general un beneficio económico para sí o un tercero. E igualmente tampoco concurre, cuando posteriormente, acude a la reunión del 22 de febrero de 2005, convocada no a instancia suya sino del Concejal de Tráfico, con gran parte de los jefes de los departamentos y el técnico de esta última Concejalía, para comentar las incidencias técnicas que puede conllevar la construcción de tres estacionamientos subterráneos ya adjudicada y, en cuyo expediente se ha solicitado una modificación de contrato, reunión que es calificada como normal por los distintos jefes de los departamentos afectados, y donde son los técnicos los que debaten

principalmente, como compensar en su caso, una modificación parcial de obra, no constando género de presión o “influencia” alguna, ni sobre el técnico de la Concejalía de Tráfico Sr. Escobedo, ni sobre las demás personas que intervinieron en la misma.

A igual conclusión llegamos respecto de la presidencia del Sr. Alcalde en las dos Juntas de Gobierno Local que autorizaron y aprobaron, parcialmente, la modificación de contrato pretendida por el concesionario, no constando la existencia de influencia alguna para tal aprobación, máxime si lejos de ocultarse a dicha Junta, figuran expresamente entre los antecedentes remitidos a la misma, la existencia de los previos informes negativos por parte de los técnicos de la Concejalía de Urbanismo, habiendo por tanto por dicha Junta, simplemente valorado la existencia de un “interés público”, que a su juicio, aconsejaba la modificación parcial del contrato de obra, esencialmente, para dotarla de mayores condiciones de seguridad, permitir una mayor accesibilidad a los discapacitados, y evitar futuras reaperturas en las obras. Además, similares modificaciones de contrato fueron admitidas con anterioridad en obras de estacionamiento, como el ya mencionado de la Avenida Maisonnave, donde también a petición del concesionario, e invocando la existencia de “un interés público” se autorizó también la modificación del contrato para ejecutar obras de apertura de dos huecos de intercomunicación peatonal entre el estacionamiento subterráneo y los sótanos de dos edificios comerciales, y la construcción de un ascensor de acceso directo hasta la acera de la calle para su uso por personas discapacitadas (Tomo IV de las diligencias practicadas, folios 1390 a 1393), o el de la avenida de Alfonso El Sabio, donde se aprobó la renovación total de las aceras originales con nuevos materiales de mayor calidad y duración mejorando a su vez la nueva imagen de dicha avenida, suprimiendo la galería de servicios y modificando un colector, todo ello a financiar mediante el canon con la cantidad de 58.969.862 pesetas (folios 1328 y siguientes obrantes al tomo IV), lo que viene indirectamente a reflejar, que no se ha realizado una apreciación particular, o especialmente ventajosa y *ad hoc*, y sólo para este caso, de existencia de un interés público. Desde luego el Sr. Ruiz-Valdepeñas, órgano de apoyo al Secretario de la Junta de Gobierno Local y Vicesecretario del Ayuntamiento, en modo alguno declaró que en estas Juntas existiera intento de presión alguna, sino que se leyó la propuesta, se sometió a aprobación, así como que la Junta sabía que figuraba un informe que indicaba que existían razones de interés público para introducir las modificaciones.

A su vez, y dado el carácter concertado con que se imputa la actuación de los denunciados a su vez querellados, tampoco cabe concluir que exista conducta de “influencia” alguna por parte de la Concejal de Urbanismo, ni ante el Sr. Alcalde, ni ante el Concejal de Tráfico, Sr. Domínguez con quien no consta ni que hablara, ya que, meramente se limita a solicitar al Sr. Alcalde el dictado de un Decreto de trámite que le prepararía su propio departamento para traspasar un expediente de obras y gestión de servicios a la Concejalía de Tráfico, por razones de agilidad y de lógica, al entender que deben ser los competentes, como lo habían sido en otras ocasiones, sin que conste que dicha Concejal haya tenido más intervención en el expediente, ni que asistiera a la reunión tantas veces citada de febrero de 2005.

Igualmente, no consta que el Concejal de Tráfico, ni ninguna otra persona influyera en modo alguno en la elaboración del informe del técnico de su departamento Sr. Escobedo, al que aunque por escrito no consta que dicho concejal le indicara que debiera realizar un informe, sí se lo indicó verbalmente, siendo en todo caso lógico, que cuando se recibe un expediente proveniente de otra Concejalía el técnico de la Concejalía destinataria deba supervisarlos, pudiendo estar de acuerdo o en desacuerdo y, en el supuesto de autos, es lo que hizo el técnico que ratificó el informe anterior si bien admitió parte de las modificaciones de obras solicitadas. Además, la ausencia de influencia alguna lo corrobora la asistencia de la mayor parte de los jefes de los departamentos a la ya citada reunión conjunta en febrero de 2005, previa al informe, y convocada a instancia del propio técnico. En este sentido, el Sr. Ruiz Valdepeñas, órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y Vicesecretario del Ayuntamiento, y por ello persona poco sospechosa de la actuación concertada imputada, declaró que se trataba de una reunión normal de coordinación, y lejos de hacer referencia a presión alguna indicó que en dicha reunión "...se habló de los muros pantalla, del tema de acceso de minusválidos, de que a través de los muros pantalla la vía quedaba libre antes, se habló de un accidente habido en Maisonnave por no existir muros pantalla..."etc.

Y a igual conclusión, se ha de llegar respecto de la modalidad delictiva contenida en el art. 429 del Código Penal, esta sí expresamente imputada en una de las querellas presentadas, y relativa a la iniciativa del particular que "influye" en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste u otro funcionario para conseguir una resolución que le pueda general directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. En este sentido, no consta que la mercantil adjudicataria del contrato, cuya adjudicación insistimos no se discute, ni el proyectista contratado por la misma Sr. Regalado, hayan ejercido "influencia alguna" para el traspaso del expediente de una Concejalía a otra ante el Sr. Alcalde o la Concejal de Urbanismo o Tráfico, ni tampoco para la emisión del informe en determinado sentido, el cuál tampoco implica en sí mismo una resolución y no fue además totalmente favorable a la modificación de contrato pretendida, ni consta que se ejerciera "influencia o presión" alguna ante toda una Junta de Gobierno Local para facilitarle una modificación de contrato, que no es tampoco la que ha solicitado y pretendido.

Tampoco desnaturaliza la anterior conclusión, el hecho de que hayan existido varias reuniones y distintos contactos entre el proyectista y el técnico municipal de Urbanismo para que éste pudiera avanzar en su informe, comunicación que cabe considerar incluso como un derecho de los administrados (art. 35.g de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Procedimiento Administrativo Común, que consagra el derecho a obtener información y orientación de los requisitos técnicos que se impongan a los proyectos, etc), ni tampoco el que el concesionario, por razones de agilidad, haya manifestado que aceptaba la modificación por conocer la propuesta (lo que ocurrió también en otros expedientes similares, como en el del estacionamiento de Alfonso X El Sabio, folio 2880, obrante al

tomo VIII), o que el técnico Sr. Escobedo pueda haber asumido alguna de las propuestas del director de la obra, como también rechazó otras, o porque la modificación provenga de la solicitud del concesionario, como autoriza, por otra parte el art. 97 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa de 12 de octubre de 2001. De estos hechos, no puede concluirse que concurra la “influencia” que como concepto jurídico, es requerido penalmente, y que exige que la resolución sea directamente derivada de esa presión persistente ejercida. Recordemos, además que como anteriormente se indicó y consta en las actuaciones, han existido otros contratos administrativos similares sobre estacionamientos subterráneos, donde en circunstancias similares, y con fundamento en el interés público, se autorizó una modificación de contrato inclusive con revisión extraordinaria de tarifas y fijación de nuevo canon, por lo que, difícilmente puede entenderse que se hiciera en el supuesto de autos un informe *ad hoc* buscando favorecer exclusivamente a la entidad adjudicataria.

Por todo lo relatado, no se ha acreditado que la modificación del contrato parcialmente autorizada, tuviera como objetivo finalista la consecución de una resolución que pudiera generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para el contratista adjudicatario, sin que tampoco esté acreditada la concurrencia del elemento objetivo de existencia de un “beneficio”, en el sentido que no contenga su contraprestación por las obras que debe realizar la contratista, y que por otra parte es consustancial a la contratación y al tradicional principio general del riesgo y ventura del contratista existente en la misma (art. 98 de la Ley de Contratación Administrativa), siendo cuestión distinta que dicho beneficio se haya obtenido de forma tortuosa, con intención exclusiva de beneficiar al concesionario, dañando a sabiendas los intereses públicos, lo que no consta acreditado. Recordemos que el equilibrio patrimonial entre prestaciones de la Administración y contratista no excluye la vigencia de dicho principio del riesgo y ventura (STS Sala 3^a 4-5-1999), e inversamente, la doctrina jurisprudencial, en ocasiones valorando el caso concreto, ha mitigado dicho principio con la doctrina del enriquecimiento injusto y con el equilibrio económico del contrato (así, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala 3^a del Tribunal Supremo: 30-3-1991 aplico la doctrina del enriquecimiento sin causa por la aparición de roca no prevista en el proyecto pero autorizada tácitamente por la actuación de la Administración o impuesta por la propia dinámica de la construcción; las de 20-12-1983 y 11-5-1995 en supuestos de modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento expreso o tácito de la Administración; la de STS 28-3-2005, establece la necesidad de compensar por los gastos generados por la reparación de refuerzos en túneles; o en otras ocasiones se niega dicha posibilidad, así la STS de 20-7-05 por no ser de aplicación dicha doctrina).

En este sentido, los cálculos realizados por el Ministerio Fiscal y partes querellantes, además de que han sido discutidos con variados argumentos por el técnico de la Concejalía de Tráfico Sr. Escobedo en su declaración y en distintos escritos presentados obrantes al Tomo VIII de las actuaciones, con fundamento en encontrarnos ante un contrato de concesión y no de obra pura, haciendo alusión a la diferencia conceptual existente entre

el precio del contrato (en el caso el canon, que fija en 5.283.120 euros), el del total de la inversión del adjudicatario (que es la oferta inicial del licitador, y que se compondría del presupuesto de las obras y los gastos adicionales, que totalizarían, 16.714.812,63 euros), y el del precio de las obras (que son los gastos generales, en total 14.950.141 euros, que es el presupuesto de ejecución por contrata), y al que anteriormente hicimos referencia, respecto del invocado quebranto económico que supone la modificación de obra para el Ayuntamiento de Alicante, éste se fija por el Ministerio Fiscal en 2.268.060,942 euros, por concederse siete años y diez meses de mayor plazo en la concesión.

Al respecto ha de señalarse, que además de que la sola circunstancia de no existir una adecuada o aritmética compensación, no conllevaría a estimar penal la conducta, siendo más propio su enjuiciamiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a los efectos penales, cabe decir que tampoco ha resultado acreditado en modo alguno, debiéndose tener en cuenta: 1) Que se parte, en muchos de los cálculos, y por propio pacto entre los contratantes, (art. 99 y 130 de la Ley de Contratos de 16 de junio de 2000), de meras “cifras estimativas” del grado de ocupación y de los beneficios que podría reportar la utilización de los estacionamientos, 2) Que como han declarado múltiples técnicos, no se trata de un expediente estándar sino de un contrato de obra y concesión donde se agruparon tres estacionamientos, teniendo una complejidad especial, lo que puede afectar en mayor grado a los cálculos que se realicen, 3) Que inicialmente cuando salió a licitación se preveía una concesión de hasta cincuenta años, rebajada posteriormente a cuarenta, 4) Que si se incrementa el volumen de obra previsto en los anteproyectos y es admitida dicha modificación, como ha ocurrido, legalmente se ha de proceder de forma obligada a reequilibrar el contrato o a compensarlo (art. 146, 248 y 250 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), habiéndose optado por la solución menos perniciosa, al no permitir ni la desaparición del canon, ni el aumento de tarifas para el público como pretendía el concesionario (así lo declararon el Vicesecretario del Ayuntamiento Sr. Pascual Ruiz Valdepeñas, en relación con la reunión de 22 de febrero de 2005, que manifestó que se buscó la fórmula más neutra para no perjudicar al Ayuntamiento y usuarios), a diferencia de otras modificaciones de contratos de estacionamientos, ya mencionados, en que sí se afectó a las tarifas y al canon (folios 1345 y siguientes al tomo IV), 5) Que en modo alguno resulta acreditado que la modificación de obra comporte quebranto para la Hacienda Pública del Ayuntamiento (declaración del Sr. Ortiz García, Jefe del Servicio de Economía, que informó en un inicio del quebranto pero referida a si se estimaban todas la modificaciones que pretendía introducir el concesionario, lo que no fue admitido), 6) Que a los efectos de futuros ingresos estimativos cuando al Ayuntamiento revierta la concesión, que no es irrazonable entender que cuando ello ocurra tendrán lugar unos parece que evidentes gastos de reparación y conservación que pueden ser elevados, como declaró el técnico Sr. Escobedo, 7) Que el técnico Sr. Escobedo, según manifestó, siguió los criterios que el Jefe de Economía había realizado en su anterior informe, y 8) Que, genéricamente y a grandes rasgos, no parece resultar una desproporción desorbitada el incremento del período de concesión concedido en 7 años y 10 meses más si se compara con los iniciales 40 años concedidos, en relación con un incremento de obra admitido de un 19,9%.

Por todo lo anterior, cabe concluir que no se ha cometido el delito de tráfico de influencias imputado, sin que otras cuestiones que salen a relucir durante la instrucción tengan virtualidad para alterar las anteriores conclusiones. En este sentido, la existencia de relaciones cordiales entre el Sr. Alcalde y el Sr. Ortiz, legal representante de la contratista, que el primero de los citados explicó como derivadas de la relación institucional entre la Alcaldía y el mundo empresarial así como por haberse hecho cargo dicho empresario del club de fútbol Hércules de Alicante y por la afición común de ambos a las regatas (folios 7 y 8 de la declaración del Sr. Díaz Alperi), no implican por todo lo argumentado que hayan “influido”, en los términos ya vistos a que se refiere la norma penal, en el proceso de decisión por parte del Ayuntamiento de Alicante, no ya de la aprobación de la licitación que no es cuestionada, sino de una modificación meramente parcial de la total solicitada de un contrato de obra y concesión de los tres estacionamientos subterráneos a que se refieren la denuncia y querellas.

Y a igual conclusión cabe llegar respecto de la utilización por familiares del Sr. Alcalde de tres bungalows (...) del conjunto residencial (...) de la Playa de San Juan de Alicante (constando el primero de ellos arrendado desde el 15 de julio de 2004 hasta el 15 de octubre de 2006 y abonados los oportunos recibos, folios 1797 y siguientes obrantes al tomo VI; y respecto los otros dos, suscritos contratos de suministro de agua el 14 de febrero de 2007, y de luz de 14 de noviembre de 2006, (...); o desde el 12 de abril de 2005 el suministro de agua de la vivienda (...), folios 2082, 2083, 2129, 2164 obrantes al tomo VI), viviendas que en su día pertenecieron a la entidad Viviendas del Mediterráneo Orvi SL, uno de cuyos tres socios es el Sr. Ortiz, y que según se desprende del procedimiento se adjudicaron no a dicho empresario sino a los otros dos socios en Junta Universal celebrada el 5 de febrero de 2002, (folios 1173 a 1175 obrantes al tomo VI), y que han sido vendidos notarialmente a la entidad Jacobriz SL (el 19 de octubre de 2006, folios 1769 y siguientes, así como 1778 y siguientes obrantes al tomo VI). Y ello, porque, conforme lo ya argumentado, no se desprende de las diligencias practicadas que exista relación entre la utilización de dichas viviendas, que no resultó especialmente mencionada en la exposición razonada remitida a esta Sala, el informe emitido por el Sr. Escobedo y las resoluciones dictadas, por lo que no se ha acreditado que, como exige la norma penal, haya existido influencia de dichas relaciones, y en definitiva un prevalimiento de las mismas para lograr la concreta modificación contractual obtenida, sin que por otra parte, ni en la denuncia ni en la querella formuladas se haga referencia a la posible existencia de dádivas o recompensas para el logro de la resolución que admite la modificación de contrato cuestionada.

Además, dadas las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, para que se entendiera cometido el delito imputado se requeriría de una actuación conjunta y una influencia, si cabe denominar “encadenada”, sobre múltiples personas técnicas de la corporación, lo que es difícilmente factible, resultando también poco acorde con una intención delictiva, caracterizada en muchas ocasiones por la búsqueda de la opacidad, que previamente a autorizar la modificación de contrato se convocara a dichos técnicos de la

corporación para conocer y contrastar su opinión al respecto, informando éstos a favor de su legalidad, e inclusive las resoluciones dictadas se comunican a los mismos técnicos de Urbanismo que habían informado en contra de las mismas.

No se desprende, por tanto, en modo alguno de las diligencias practicadas que la admisión de esta modificación contractual haya sido motivada por la exclusiva consideración a dichas relaciones, y no al entendimiento, sea o no discutible, de que concurría un “interés público” y unas “necesidades imprevistas y nuevas”, como igualmente se había apreciado en modificaciones contractuales anteriores admitidas para otros estacionamientos, que incluso afectaron al canon o provocaron una revisión de las tarifas. A su vez, no consta, como se sostiene por las acusaciones, que haya existido para la entidad adjudicataria un beneficio económico carente de contraprestación alguna, o que se haya buscado intencionadamente con tal modificación un desequilibrio económico del contrato en perjuicio de los fondos públicos. E igualmente, tampoco se ha acreditado la actuación concertada entre los denunciados y querrelados a que se refieren la denuncia y querrelas, no siendo por otra parte, las resoluciones dictadas que autorizaron tal modificación en modo alguno injustas.

Por lo demás, los acuerdos de la Junta de Gobierno Local, no consta que siquiera se hayan recurrido en vía administrativa o contencioso administrativa, y tampoco que se haya ejercido el control por el Pleno, conforme permite el art. 126.3 de la Ley de Bases de Régimen Local (“La Junta de Gobierno Local responde políticamente ante el Pleno de su gestión de forma solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad directa de cada uno de sus miembros por su gestión”).

SEXTO.- Respecto de los demás delitos imputados, falsedad, apropiación indebida y malversación de caudales públicos, sobre los cuales no se precisa si son todos ellos imputados a todos los querrelados o si cabría hacer alguna acotación para cada uno de ellos, se ha de indicar que dicha imputación está estrechamente vinculada a las ya analizadas respecto de los delitos de prevaricación y tráfico de influencias, y a las conclusiones que sobre la no concurrencia de los mismos se han realizado. Además, en relación al delito de falsedad ninguna imputación cabe realizar respecto al Sr. Alcalde, que ni interviene en la elaboración del informe, de naturaleza técnica del Sr. Escobedo, por lo que no puede imputársele ésta infracción, ni tampoco un delito de apropiación indebida, de práctica imposible aplicación cuando de imputación de delitos a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos se trata, al existir para los mismos la figura específica de la malversación de caudales públicos. A su vez, dicha figura de la malversación, resulta inaplicable al presente supuesto, al requerir ánimo de lucro, disposición de caudales o fondos públicos, siendo difícilmente compatible con el supuesto de hecho, donde se ha aceptado por el Ayuntamiento una modificación parcial de obra de un contrato administrativo tratándose de valorar si el equilibrio económico acordado, conlleva intencionalmente, un beneficio económico para el contratista, habiendo informado los técnicos y la Intervención del Ayuntamiento que no ha existido tal quebranto. Y en relación

al delito de apropiación indebida, no cabe tampoco estimarse concurrente, en un supuesto como el de autos, respecto del adjudicatario contratista, que está sometido además al principio del riesgo y ventura, ya que esta figura delictiva, difícilmente puede apreciarse cuando se trata de compensar, económicamente y lograr el equilibrio financiero tras una modificación parcial aprobada de un contrato administrativo de obras. Y a igual conclusión de inexistencia delictiva se ha de alcanzar respecto de los restantes imputados, dada esa actuación en concierto imputada y no acreditada.

La de inexistencia de falsedad, se refuerza al haberse concluido con anterioridad la no concurrencia de los otros delitos de prevaricación y tráfico de influencias con los que estaría en estrecha conexión, siendo éste también un delito instrumental que sólo tendría su sentido en función de aquellos, además de que el delito de falsedad documental requiere un ánimo falsario no acreditado en modo alguno. A su vez, no puede olvidarse, como dijimos, que nos encontramos ante un contrato mixto de obra y de concesión, no estándar, sobre el que no existen muchos parámetros para comparar, sin que técnicos capacitados del Ayuntamiento vieran arbitrariedad alguna en la inclusión de los gastos de explotación (declaración del Sr. Oltra).

En concreto, en relación con la imputación de un delito de falsedad al técnico Sr. Escobedo, autor del informe cuestionado de febrero de 2005, no se indica qué concreto apartado y, en consecuencia, conducta del artículo 390 del Código Penal, relativa al delito de falsedad documental, podría serle imputable, (únicamente en una querrela de las presentadas se indica “390 y siguientes”).

Los razonamientos, valoraciones, y conclusiones que se contienen en dicho informe y, más en concreto, la consideración de si éste tiene o no imprecisiones, si existieron errores o no en los pliegos como al parecer ocurrió también en el estacionamiento de Alfonso X El Sabio, si presenta contradicciones e incluso errores en sus planteamientos fácticos o cuantitativos, si la inclusión de los gastos adicionales debe resultar absorbida o contemplada en el presupuesto general de la obra, si aprecia adecuadamente o no la existencia de un interés público que en todo caso le corresponde apreciar a la Junta de Gobierno Local, si las necesidades son nuevas o imprevistas y cabe contemplar en dichos conceptos una mayor seguridad de la obra y una mejor accesibilidad de los discapacitados, lo cuál ya informó el 31 de marzo de 2003 en este mismo expediente antes de ser nombrado director de obra (folio 808, obrante al Tomo II) y como dijimos, también se contempló en otros estacionamientos de la ciudad (el de la Avenida Maisonnave), o si el incremento de la obra admitida supera o no el 20%, materias que han sido tratadas en gran parte en anteriores fundamentos jurídicos, y sobre lo cuál ha declarado el Sr. Escobedo rebatiendo no sólo las imputaciones sino los mismos cálculos realizados en la denuncia y querellas (haciendo referencia a los errores que a su juicio tenían los pliegos, y que los proyectos trataban de subsanar, así como a la necesidad de realizar la obra en las adecuadas condiciones de seguridad con la implantación de los muros pantalla, y tener en cuenta las necesidades de los discapacitados con la instalación de un ascensor), son unas cuestiones, que desde luego,

serán susceptibles de interpretación y discusión pero no por ello convierte el citado informe en falso, siendo significativo que dicho informe lejos de ocultar el informe negativo anterior y el borrador de propuesta negativo, los incluye en sus antecedentes, y parte de ellos para confirmarlos en parte y también para discrepar en otra parte de los mismos, por lo que, difícilmente puede hablarse de ánimo falsario alguno. Y así, en la propia denuncia, al folio 105, aunque hace referencia a que el informe adolece de “graves contradicciones e irregularidades, falseando el presupuesto de ejecución de contrata de las obras”, viene a circunscribir la existencia del “concierto” para conceder al adjudicatario mejoras respecto al contrato inicial, al Alcalde, a la Concejal de Urbanismo, y al Concejal de Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transportes, no especificando que lo existiera respecto del técnico Sr. Escobedo.

No obstante lo indicado, y analizando las diligencias practicadas, la declaración y explicaciones realizadas por el Sr. Escobedo para estimar que procedía parcialmente la modificación del contrato, estas las fundamenta en : 1) Que existen errores en los pliegos de contratación. Así, sostiene, que no se trata de que exista un incumplimiento de las previsiones del contratista, sino que han existido unos errores u omisiones en los pliegos que sirvieron de base a la adjudicación, no cumpliendo con los mismos los anteproyectos, pese a lo cuál, fueron informados favorablemente por el Ayuntamiento. A su vez, estimaba, respecto de las obras de urbanización que aunque son completas, en los planos del ámbito de la urbanización de superficie no existía contorno alguno, no definiéndose qué es la zona que hay que urbanizar (folio 5 de su declaración, en la que hace referencia al caso de la calle Padre Esplá frente al de la Avenida Catedrático Soler). Y respecto de la reposición de los servicios, porque se exigía el mismo grado de definición en el proyecto que en el anteproyecto, cuando la realidad no es esa al no entregarse por las compañías toda la información necesaria (folio 6 de su declaración), y que aunque existió una aclaración previa a la adjudicación en algunos de estos aspectos, los errores a los que se refiere en cuanto a la reposición de los servicios se referían al subsuelo, no a la superficie (folio 6 de su declaración), por lo que concluía que “él no habría redactado ése pliego de condiciones”. A su vez, hacía referencia a que no puede exigirse el mismo plazo para la presentación de los anteproyectos y proyectos cuando se trata de un solo aparcamiento que cuando la licitación se refiere a tres, por lo que estimó que estos errores debían subsanarse, planificando de futuro los citados servicios públicos, pues caso de no subsanarse, existiría la necesidad continua de reabrir las obras con las consiguientes molestias a los vecinos, 2) Que en relación a los informes geotécnicos existentes para las obras de los aparcamientos de López de Osaba y Catedrático Soler, que debían realizarse para conocer la naturaleza del subsuelo, y que son indicativos del material de seguridad que se debe utilizar, hacía referencia a que los presentados eran informes distintos a los del anteproyecto, siendo los incorporados a los proyectos del año 2003 nuevos, ya que, en los anteproyectos faltaban los resultados de los ensayos del laboratorio del material extraído de la excavación de los sondeos, y dichos estudios concluyeron en fecha posterior a las ofertas, por lo que sólo se podían aportar con los proyectos, y en cambio, el pliego de condiciones técnicas, en relación a los anteproyectos únicamente mencionaba que debía aportarse el estudio

geotécnico básico, considerando sumamente aventurado realizar un sistema de ejecución, prever los sistemas de seguridad ni la propia cimentación de la estructura sin un reconocimiento del subsuelo, 3) Respecto del sistema y la técnica de construcción mediante los denominados “muros pantalla”, más caros pero que presentan mayor grado de seguridad que el muro tradicional “batache”, a la vista de los resultados de los ensayos a que antes se hizo referencia, aceptó la solicitud del director de la obra de instalarlos. En concreto, indicó, que aunque en el proyecto del estacionamiento de la Avenida de Catedrático Soler, se preveían muros pantalla, se presupuestó por error como muro de hormigón tradicional, (folio 6 de su informe), y respecto del estacionamiento de la calle Hermanos López de Osaba, se aceptó la modificación de construcción por muro pantalla, máxime al estar cercanas al área de afección de la excavación edificaciones colindantes, además que esta era la técnica que se estaba empleando a escasos 30 metros del lugar para la ejecución de las obras de la estación del tranvía del Marq, donde los muros perimetrales se están construyendo con la técnica de muros pantalla realizados con pilotes (folios 2618 y 2619 obrantes al tomo VIII), e inclusive, posteriormente tras diversos datos obtenidos del subsuelo la técnica de ejecución ha ido variando al tener que adaptarse a la topología del subsuelo, llegando a aplicar el procedimiento de pantalla de pilotes trasdosada con un muro estructural sobre la misma así como la solución de muros descolgados al haber existido un desprendimiento del terreno, uniendo el sector de bataches con el de pantalla de pilotes, y demás que constan al folio 1957 y siguientes obrantes al tomo 6 de las actuaciones, 4) Que existía otra necesidad nueva de interés público como la instalación de ascensores para los discapacitados en vez de rampas mecánicas como mejor sistema de accesibilidad, sobre lo cuál, ya había informado el 31 de marzo de 2003, cuando no había sido nombrado director facultativo de la obra, y que además, como hemos visto en esta resolución, motivó la modificación de otro contrato en la Avenida Maisonnave, 5) Que el hallazgo de rocas en el subsuelo de naturaleza distinta a las previstas en el estudio geotécnico obliga al empleo de una técnica de excavación de mayor duración a la que se preveía en el anteproyecto, por lo que necesita mayor plazo para la ejecución de las unidades de obra de excavación, y para la ejecución de las obras del aparcamiento de la Avenida de Padre Esplá, estimando que existió una falta de rigor en los documentos técnicos del anteproyecto que motivó que no debieron admitirse.

Como anteriormente se indicó, la apreciación pericial personal de existencia de errores en los pliegos que pueden propiciar futuros perjuicios en una obra, los distintos criterios con que integrar o dar contenido a los conceptos del “interés público”, o a la apreciación de existencia de “necesidades nuevas o imprevistas”, sean o no discutibles, no puede constituir un delito de falsedad.

En la realización y ejecución de una obra pública, especialmente en esta clase de complejos contratos de obra y concesión, en ocasiones tienen lugar distintas incidencias, que lógicamente dificultan la labor de la dirección facultativa de la obra, (véase que precisamente para supervisar la obra, y asegurar la correcta realización de la prestación pactada, la reciente ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, crea la

figura del “responsable del contrato”; en este sentido, resultan significativas las incidencias que en relación a los nuevos datos que se van conociendo en el subsuelo van teniendo lugar respecto del estacionamiento subterráneo de López de Osaba, y que han motivado la utilización de distintos tipos de muro, folios 1957 y 1958 al tomo VI; o también, previendo las posibles incidencias futuras que pudieran ocurrir, la mercantil Consulteco, que realizó el estudio geológico acompañado al proyecto, concluye en su informe, que en cualquier caso, debe examinarse durante la ejecución de la obra las excavaciones y cota de apoyo de la cimentación para comprobar que se cumplen con las condiciones geológicas descritas anteriormente), y que incluso pueden dar lugar a afectar incluso al contrato dando lugar a su modificación, y en ocasiones, a su misma resolución (art. 149 de la Ley de Contratos de la Administración Pública de 16 de junio de 2000). Es por ello, que incluso reglamentariamente, se prevé que el director de la obra pueda ordenar ensayos y análisis de materiales y unidades de obra y, que se puedan recabar distintos informes (art. 145 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa).

En las diligencias practicadas como ya se ha reiterado, se constata que han existido también otros contratos de concesión de estacionamientos subterráneos, que han dado lugar a incidencias, y a la modificación del contrato por el Ayuntamiento de Alicante. Así, en el de Alfonso X El Sabio, se consideró de interés público, con informe favorable de los técnicos de Urbanismo, la renovación total de las aceras de la avenida, que no estaba prevista en el proyecto técnico, acordando la supresión de la galería de servicios, la modificación del colector y la reposición total de las aceras, entendiéndose que debía de aprovecharse las reformas a realizar para dicha renovación total, no limitándose a la reposición de las zonas de pavimento afectadas, que era otra opción que estaba prevista en el pliego (folio 1328, 1329, 1346, y 1357 y siguientes). En este sentido, los técnicos de Urbanismo que ejercieron la dirección facultativa del de Alfonso X El Sabio, Sres Lázaro López y Ferrando i Pérez, declararon “...Que los pliegos nunca son perfectos y se aprenden cosas nuevas, y entonces en el pliego de Alfonso el Sabio se decía que la renovación de aceras se limitaría a la parte que se rompía, y vieron que era un error, por lo que quisieron renovar toda la acera entre las dos fachadas, y como no estaba en el pliego se tuvo que pagar...” (folio 4 de la declaración del Sr. Lázaro), “...Que en relación con el parking de Alfonso El Sabio, las modificaciones fueron sustanciales. Que el incremento de la obra fue de casi 59 millones de pesetas”....., “Que se aprende de un pliego a otro...” (folios 6, y 8 de la declaración del Sr. Ferrando). De forma similar, se aprobó otra modificación de contrato respecto del estacionamiento de la Avenida Maisonnave, ya mencionado en esta resolución, donde por razón de interés público, se admitió, una modificación de contrato para aperturar dos huecos de intercomunicación peatonal entre el estacionamiento subterráneo y los sótanos de dos edificios comerciales, así como, tal y como ocurre en el presente, un ascensor para su uso por personas discapacitadas (folios 1390 a 1393), todo ello, con informe favorable en este caso del técnico Sr. Escobedo cuyo informe y apreciaciones se discuten en el presente procedimiento.

Por todo ello, además de no existir un delito de falsedad documental, no puede

indicarse que se hiciera un informe singular, *ad hoc*, para este expediente, y que no guardara el citado técnico coherencia alguna con los emitidos por él mismo con anterioridad (recordemos también, que antes de ser nombrado director de obra, el 31 de marzo de 2003, ya había emitido un informe favorable a la instalación de ascensores en estos concretos estacionamientos).

SEPTIMO.- Por otra parte, en cuanto a la referencia de que en la ejecución concreta de las obras que se llevan a cabo en uno de los tres estacionamientos, en concreto en el de la calle Hermanos López de Osaba, y específicamente en su parte izquierda no se esté ejecutando las mismas con muro pantalla, como se había acordado tras la modificación de contrato, sino con el muro tradicional, y que la parte derecha se esté ejecutando con muro pantalla pero de pilotes superponiendo el muro tradicional y no de panel continuo más profundo, y que esto tenga menor coste para el contratista, se ha de indicar, que además de no afectar a toda la modificación de obra admitida sino a un aspecto parcial de uno de los tres estacionamientos, es una cuestión de puro cumplimiento y ejecución contractual, que al decir de los técnicos, no afecta a los parámetros fundamentales ni implica modificación importante del proyecto (informe del técnico Sr. Escobedo de 15 de septiembre de 2006, obrante en el tomo VII al folio 2240 de las diligencias, y del director de la obra Sr. Regalado, obrante al folio 2242 y 2243), por lo que deben, en su caso dilucidarse y, en su caso ajustarse en su sede adecuada, normalmente al recepcionarse la obra y aprobarse la certificación final de las obras ejecutadas (art. 147 de la Ley de Contratos de la Administración Pública, e informe del Sr. Escobedo, obrante al folio 2252 obrante al tomo VII), pero no afecta ni tiene trascendencia respecto del núcleo de las conductas imputadas, además de que, ha sido justificado por el proyectista director de la obra Sr. Regalado en su declaración en cuestiones de seguridad por la aparición de roca, manifestando que se ha empleado muro pantalla en un 20% y, que la técnica utilizada, consistente en adoptar un sistema constructivo mixto y versátil (pantalla, muros convencionales y muros descolgados), adaptando los mismos a cada una de las circunstancias que se han presentado en la excavación (folio 2301 y 2302 obrante al tomo VII), precisamente, le ha encarecido más la obra.

OCTAVO.- Por todo lo anterior, procede el sobreseimiento y archivo de las presentes actuaciones, y ello respecto de todos los imputados y no únicamente respecto del imputado aforado ante esta Sala, habida cuenta de la imputación concertada, concatenada y conjunta que se les realiza, procediendo acordar al sobreseimiento libre respecto de todos los delitos imputados porque habida cuenta de la amplia instrucción ya desarrollada, y sin necesidad de práctica de nuevas diligencias, cabe concluir que los mismos no son constitutivos de dichos delitos (art. 637.2 y 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

No se estima, por tanto, que proceda la práctica de nuevas diligencias respecto de las ya practicadas, y ello porque conforme lo indicado, del resultado de la relevante instrucción ya practicada, se perfilan nítidamente las circunstancias requeridas en el art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para determinar la naturaleza de los hechos y sus

circunstancias, y por consiguiente procede dictar la pertinente resolución conforme al art. 779 de dicha ley procesal, ya que de las diligencias practicadas se constata la inexistencia de los delitos imputados, sin que la práctica de nuevas diligencias, en particular de las pruebas periciales solicitadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de 21 de mayo del presente, o las solicitadas para averiguar más datos sobre la utilización de las viviendas a que se refiere el escrito de 8 de mayo de 2007 solicitadas por la representación procesal del Sr. Valdes después de todo lo ya argumentado en esta resolución, se estime que pueda alterar las conclusiones de inexistencia delictiva.

Además, y en particular, respecto del contenido de las pruebas periciales solicitadas, se ha de concluir lo siguiente: 1) Existen dos pruebas periciales que no se estiman pertinentes, ya por referirse no tanto al concreto objeto litigioso como a la verificación y comprobación de los cálculos y cantidades que realiza la parte proponente de las mismas, que a su vez excluye distintos conceptos en los cálculos que solicita (caso de la primera), o se refieren a aspectos que no tienen que ver directamente con el núcleo de los hechos que motivarían la comisión de los delitos imputados, sino más bien con el adecuado cumplimiento y ejecución de uno de los contratos de aparcamiento, en concreto, el de la calle Hermanos López de Osaba (caso de la cuarta pericial propuesta, y relativa a una pericial de arquitectura), lo que además al menos en parte, ha sido reconocido, matizado y justificado por el director de la obra, y que tienen su sede adecuada en la ejecución del contrato, y 2) Respecto de las restantes pruebas periciales, se desprende que más que incidir directamente en aspectos de los principales delitos imputados en este procedimiento, de prevaricación y tráfico de influencias que serían la base de los demás, vienen a referirse de forma indirecta a la corrección o no de una parte de las valoraciones y conclusiones realizadas en su informe por el técnico Sr. Escobedo, en especial respecto a las reposiciones de servicios (segunda pericial solicitada), al pretender que se informe si existe o no una coincidencia entre los capítulos contenidos en relación a dichas reposiciones entre los anteproyectos de 2002, el del 2003, y el de 2005, o sobre si existe realmente diferencia entre dos informes geotécnicos de la entidad Consulteco y que pudieran haber motivado la diferente valoración que se realiza en el proyecto de 2003 respecto del anteproyecto de 2002, referida esta última cuestión, únicamente respecto del aparcamiento subterráneo de la calle Hermanos López de Osaba (caso de la tercera pericial solicitada), por lo que se refieren, de forma indirecta, a aspectos muy parciales del informe y valoraciones realizadas por el Sr. Escobedo, sin referirse a las cuestiones o aspectos que sobre esta materia las acusaciones consideraron en su momento de mayor relevancia, y que en todo caso ya fueron analizadas convenientemente (como la correcta o incorrecta inclusión o cómputo separado respecto del presupuesto de la obra de los denominados gastos adicionales, o si las nuevas obras solicitadas superaban o no efectivamente el 20% del precio del contrato).

Pero, lo relevante, como ya se adelantó, para no acordar la práctica de nuevas diligencias, es que como reiteradamente ya se ha indicado, las diligencias solicitadas carecen de relevancia fundamental a los efectos de delimitar el núcleo de los hechos denunciados imputados, y para alterar las conclusiones de inexistencia delictiva, además de que la

posible existencia de contradicciones, irregularidades, valoraciones o apreciaciones discutibles e incluso errores que pudiera tener el informe del técnico de la Concejalía de Tráfico, que además han sido contradichos por el mismo con argumentos sólidos, no pueden dar lugar a la comisión de un delito de falsedad.

NOVENO.- Al no apreciarse mala fe o temeridad, y haberse tramitado la pertinente instrucción en averiguación de los hechos imputados, procede no realizar especial imposición de costas a una de las partes, declarándose estas de oficio (art. 238 en relación con el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

ACUERDO :

El sobreseimiento libre del presente procedimiento por no ser los hechos constitutivos de los delitos de prevaricación administrativa, tráfico de influencias, falsedad, malversación de caudales públicos y apropiación indebida, cuya comisión se imputaba en la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal y en las querellas interpuestas por la procuradora D^a Francisca Bieco Marin, en nombre y representación de D. José Luis Valdés Fernández, y por el procurador D. Pedro Montes Torregrosa, en representación del partido político Esquerra Unida del País Valencià EUPV, al denunciado y querellado Sr. D. Luis Díaz Alperi, Diputado de Les Corts Valencianes en su condición de Alcalde-Presidente del Ilmo Ayuntamiento de Alicante, así como por su supuesta actuación concertada con el mismo contra D^a Sonia Castedo Ramos, Concejala delegada de Urbanismo del citado Ayuntamiento, D. Luis Concepción Moscardó, Concejala Delegado de Seguridad, Tráfico y Transporte de dicha corporación local, D. Antonio Escobedo Moya, ingeniero municipal, D. Enrique Tomás Ortiz Selfa como legal representante de la entidad mercantil Ortiz e Hijos S.A., adjudicataria y contratista de obras, y contra D. Santiago Bernaldez Gazapo, director de construcción gerente de la anterior entidad mercantil, al que si bien, no se le dirigió inicialmente la denuncia y querellas sí declaró en concepto de imputado, procediendo en consecuencia, el archivo del procedimiento una vez firme la presente.

No procede especial imposición de costas a ninguna de las partes, declarándose estas de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber, que de conformidad con el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la presente cabe interponer recurso de reforma en el plazo de los tres días siguientes a su notificación, y/o de apelación ante la Sala Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, ya de forma subsidiaria o directa, en el plazo de cinco días desde su notificación, señalando los particulares y cumpliendo las prescripciones previstas en el artículo 766.3 de dicha ley procesal.

Una vez firme el presente auto, del que se llevará certificación a las Diligencias Previas para acreditar en el su cumplimiento, archívense las actuaciones.

Así por éste Auto lo dispongo, mando y firmo.

Ante mi,