



Roj: **SAP IB 1240/2024 - ECLI:ES:APIB:2024:1240**

Id Cendoj: **07040370022024100237**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **2**

Fecha: **30/07/2024**

Nº de Recurso: **127/2022**

Nº de Resolución: **360/2024**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **RAQUEL MARTINEZ CODINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00360/2024**

**AUDIENCIA PROVINCIAL PALMA DE MALLORCA**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**ROLLO: PA 127/2022**

**SENTENCIA núm. 360/24**

**ILMAS. SRAS.**

**PRESIDENTA:**

**Dña. Mónica de la Serna de Pedro.**

**MAGISTRADAS:**

**Dña. Raquel Martínez Codina.**

**Dña. Carmen Caminals Peñasco.**

En Palma de Mallorca, a treinta de julio de dos mil veinticuatro.

Visto ante esta Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, el presente Rollo PA 127/12, dimanante del PADD Nº 241/17 procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Manacor, por delitos de prevaricación administrativa, de fraude a la administración, de revelación de secretos cometido por funcionario público, de aprovechamiento de secretos por particular y de coacciones, contra:

- Juan Francisco , representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Francisco Cerda Bestard y asistido por el Letrado D. José Zaforteza Fortuny;
- Ángel Daniel , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Mascaró Galmes y asistido por el Letrado D. Gaspar Oliver Servera;
- Adrian , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Francisca Ribot Binimelis y asistida por el Letrado D. Eduardo Valdivia Santandreu;
- Alexander , representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Francisco Cerda Bestard y asistido por el Letrado D. Lorenzo Salva Martínez;
- Ángel , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Sara Truyols Álvarez-Novoa y asistido por el Letrado D. Antonio Montserrat Moya;
- Aquilino , representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Francisco Cerda Bestard y asistido por el Letrado D. Lorenzo Salvá Romartínez; y



- Avelino , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Eulalia Arbona Niell y asistido por el Letrado D. Felix Yagüe Bermúdez.

Ha ejercitado la acusación en ejercicio de la acción pública el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Juan Carrau Mellado.

Ha ejercitado la Acusación Particular Bernardo y la entidad mercantil EL CUIDAREM, S.L, representados por la Procuradora de los Tribunales Dña. Bárbara Sanso Ferrer y asistidos por el Letrado D. Miguel Ángel Ordinas Pou.

Ha ejercitado la Acusación Particular la entidad mercantil MASISA 2000, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Sastre Gornals y asistida por el Letrado D. Felipe Amengual Mañas.

Se ha dirigido acción como responsable civil directo y solidario contra la mercantil MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Francisca Ribot Binimelis y asistida por el Letrado D. Eduardo Valdivia Font, y como responsable civil subsidiario contra el Excmo. AJUNTAMIENTO DE FELANITX, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Catalina Fuester Riera y asistido por la Letrada Dña. Marta Rosell Garau.

Expresa el parecer del Tribunal como ponente, la Ilma. Sra. Dña. Raquel Martínez Codina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las presentes actuaciones tienen su origen en la incoación de las diligencias previas nº 241/2017, acordada por auto de fecha 13 de febrero de 2017, a raíz de la admisión a trámite de la querrela presentada por el Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO.-** Tramitado el procedimiento por los cauces legalmente previstos, se remitió a este órgano para su enjuiciamiento.

**TERCERO.-** Al inicio del juicio, la acusación particular ejercitada por Bernardo y la entidad EL CUIDAREM, S.L., aportó como documental factura del coste del toldo y de los parasoles que dijo que tuvieron que adquirir mientras el primero estaba dañado. Asimismo, solicitó que se admitiera como prueba el informe ya aportado con anterioridad (ac. nº 109 Rollo de Sala), así como la pericial de su autor.

La acusación particular ejercitada por la entidad MASISA 2000, S.L., propuso que se admitiera como prueba un informe pericial ya aportado con anterioridad (ac. 95), y que se citara como perito a su autor, Carlos María , así como unas manifestaciones de Diego y de Domingo hechas a instancias del referido perito como prueba documental, y su testifical.

La defensa del Sr. Ángel Daniel renunció a la petición efectuada en su escrito de defensa, consistente en que su defendido declarara en último lugar, manifestando que seguirían el orden normal.

La defensa del Sr. Adrian solicitó que se admitiera como prueba la documental aportada el día 31 de mayo, así como la aportada el día 4 de junio, interesando que para explicar esta documental fuera oído como testigo el Sr. Federico .

La defensa del Sr. Avelino solicitó que se admitiera como testificales la de Geronimo y la de Gonzalo . Y en atención a la previsión del art. 786 Lecrim. planteó como cuestión previa la existencia de una acusación sorpresiva con quiebra del principio acusatorio en base a los escritos de acusación presentados por el Sr. Bernardo y la entidad mercantil El Cuidarem, S.L. La petición se inadmitió al no advertirse que tuviera sustento las alegaciones en atención a los hechos punibles de los escritos de acusación, informándose que la resolución se documentaría en la sentencia.

Se admitieron las documentales, sin perjuicio de su valoración en sentencia, salvo las manifestaciones documentadas de los Sres. Diego y Domingo , y todas las testificales.

**CUARTO.-** En el acto de juicio oral, que duró varias sesiones, con el resultado que es de ver en el soporte audiovisual correspondiente, se practicó como prueba el interrogatorio de los acusados y del legal representante de la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. como responsable civil, las testificales de Bernardo , Justino , Lázaro , Marcelino , Nieves , Mauricio , Modesto , Petra , Nicolas , Guardia Civil NUM000 , Rodrigo , Susana , Santiago , Diego , Marí Jose , Jose Antonio , Geronimo , Gonzalo , Domingo y Federico , las periciales de Jesús Ángel , Juan Ignacio y Carlos María , y la documental introducida por las partes.

**QUINTO.-** En el trámite de conclusiones, las acusaciones presentaron escritos modificando sus conclusiones provisionales.



Las defensas elevaron sus conclusiones provisionales a definitivas.

**SEXTO.-** Realizados los informes de valoración de prueba y concedido el derecho a la última palabra a los acusados, las presentes actuaciones quedaron vistas para sentencia.

## HECHOS PROBADOS

El 3 de enero de 2014 el Ajuntament de Felanitx, al ser un requisito previo y necesario para la licitación y posterior adjudicación de la gestión integral y explotación de los servicios de temporada en el litoral marítimo del término municipal, solicitó autorización a la Demarcación de Costas para la ocupación del dominio público marítimo terrestre.

La autorización de la Demarcación de Costas para la ocupación del dominio público marítimo terrestre fue recibida en el Ajuntament de Felanitx el 24 de febrero de 2014.

El 24 de febrero de 2014 el alcalde del Ajuntament de Felanitx dictó providencia acordando la incoación del expediente administrativo para la concesión de la explotación de las instalaciones de temporada en las playas de Cala Ferrera, Cala Sa Nau, Cala Marçal (explotadas hasta la fecha por la mercantil MARPORTUNBEACH MALLORCA, S.L.), Caló de ses Dones (explotada hasta la fecha por Holiday Center, S.A.), Cala Mitjana (explotada hasta la fecha por el un empresario individual) y SArenal de Portocolom (explotada hasta la fecha por la mercantil Es Cuidarem, S.L.). En la indicada providencia se acordó la procedencia de redactar el pliego de cláusulas administrativas.

El secretario del Ayuntamiento, el acusado Alexander, presentó informe con el que justificaba la necesidad de seguirse el procedimiento de urgencia debido a la tardanza de la Demarcación de Costas en emitir la autorización para licitar la explotación de playas.

La interventora del Ayuntamiento Dña. Marí Jose en fecha 15 de febrero de 2014 emitió informe por el que mostraba su oposición a: 1) la utilización de los certificados ISO como criterio de adjudicación en lugar de como medio acreditativo de la solvencia técnica de las empresas licitadoras o de aptitud de los licitadores; 2) la falta de concreción de las memorias técnicas de salvamento, balizamiento, servicios de playas, infraestructuras y limpieza.

La junta de Gobierno Local, de la que formaban parte los acusados Juan Francisco y Ángel Daniel, el 24 de febrero de 2014 aprobó el pliego de cláusulas particulares administrativas por las que debía regirse la adjudicación de la autorización para la explotación de los servicios de temporada en el litoral marítimo municipal de Felanitx, la tramitación por el procedimiento de urgencia y los tipos mínimos de adjudicación.

Los lotes que salieron a concurso son los siguientes:

- Lote 1. SArenal y Cala Marçal, con un tipo mínimo de adjudicación de 30.518,27 euros.
- Lote 2. Cala Ferrera y Cala Sa Nau, con un tipo mínimo de adjudicación de 75.424,72 euros.
- Lote 3. Cala Mitjana, con un tipo mínimo de adjudicación de 2.115,09 euros.
- Lote 4. Caló de Ses Dones, con un tipo mínimo de adjudicación de 6.941,93 euros.

La cláusula undécima A del pliego de prescripciones administrativas establecía que "la presentación de la proposición presupone que la persona interesada acepta de manera incondicional el contenido de la totalidad de las cláusulas del pliego y, si hay, del pliego de prescripciones técnicas". Esta resolución fue recurrida en vía administrativa por una de las acusaciones particulares, la entidad mercantil EL CUIDAREM, S.L., y desestimada por resolución de 19 de marzo de 2014 adquiriendo firmeza al no ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El anuncio del concurso para la concesión de cuatro ejercicios 2014-2017, prorrogables, se publicó en el BOIB el 8 de marzo de 2014. No obstante, los pliegos se publicaron el 10 de marzo de 2014.

En atención a la reclamación de otros licitadores, el alcalde Juan Francisco, previo informe favorable de Alexander, por acuerdo de 20 de marzo de 2014 amplió el plazo para la presentación de ofertas dos días naturales.

El secretario del ayuntamiento, Alexander, autorizó a los licitadores Holiday Center, S.A., Baleares de Gestión de Seguridad y Salvamento, S.L., Marportsunbeach Mallorca, S.L., Masisa 2000, S.L., Benito, Espais Net Mallorca, S.L.U. y Carlos para poder sustituir los sobres de las ofertas ya presentadas.

Marcelino, en representación legal de la entidad Espais Nets Mallorca, S.A. presentó su oferta en un sobre que tenía el membrete de la empresa MARPORTSUNBEACH MALLORCA. El acusado Alexander no realizó



actuación alguna para dilucidar la eventual vinculación de ambas expresas que podría derivar en la exclusión de sus ofertas.

Ángel fue contratado por el Ayuntamiento de Felanitx para redactar los pliegos técnicos de explotación de las playas, así como para la revisión y valoración de las ofertas realizadas por los licitadores. Por los primeros trabajos presentó factura por importe de 2.223,38 euros y por los segundos factura por importe de 1.124 euros. Las facturas fueron conformadas por el Secretario del Ayuntamiento, el acusado Alexander y abonadas. El acusado Aquilino, ingeniero del Ayuntamiento, realizó la valoración económica de las ofertas y dio el beneplácito a los juicios de valor sobre los aspectos técnicos realizada por Ángel con quien lo consensuó. Aquilino firmó el informe.

El 7 de mayo de 2014 se reunió la mesa de contratación a los efectos de analizar los informes y realizar la valoración de ofertas.

Con relación a los lotes 1 y 2 las valoraciones fueron las siguientes:

Lot 1. S'Arenal i Cala Marcial

- Avelino . 26,90 puntos
- Rojuser Profesional Acuatic Fun & Leisure, S.L.U. 28,22 puntos.
- Carlos . 49,47 puntos.
- UTE MASISA 2000, S.L. i EL CUIDAREM, S.L. 58,20 puntos.
- ESPAIS NETS MALLORCA, S.L. 65,30 puntos.
- MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. 82,35 puntos.

Lote 2. Cala Ferrera i Cala Sa Nau.

- Avelino . 19,01 puntos.
- Rojuser Profesional Acuatic Fun & Leisure, S.L.U. 25,38 puntos.
- Ute Baleares de Gestión de Seguridad y Salvamento, S.L. i Il Ghiotteone, S.L. 34,69 puntos.
- MASISA 2000, S.L. 55,73 puntos.
- Espais Nets Mallorca, S.L. 65,29 puntos.
- MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. 84,28 puntos.

Lote 3.- Cala Mitjana.

- Rojuser Profesional Acuatic Fun & Leisure, S.L.U. 31,54 puntos.
- MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. 32,29 puntos.
- Benito . 53,64 puntos
- Ute Petra i Beach i Oci, S.L. 56,56 puntos.

Lote 4. Calo de Ses Dones.

- Rojuser Profesional Acuatic Fun & Leisure, S.L.U. 43,24 puntos.
- MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. 45,37 puntos.
- Octavio . 46,04 puntos.
- UTE Baleares de Gestión de Seguridad y Salvamento, S.L. i Il Ghiotteone, S.L., 54,83 puntos.
- Holiday Center, S.A. 65,87 puntos.
- EL CUIDAREM, S.L. 68,90 puntos.

Con relación al lote 1:

- La entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. obtuvo un total de 54,81 puntos de los 70 posibles por criterios evaluables por aplicación de fórmulas (38,31 por precio, 2,75 y 0,75 respectivamente por las mejoras objetivas de "Parc infantil cala Marçal" y "Camp DEsports Cala Marçal), 5 por ISO 9001, 5 por ISO 14001 y 3 por calendario de pago.



- La UTE MASISA 2000, S.L. - EL CUIDAREM, S.L., obtuvo un total de 43,01 puntos de los 70 posibles por criterios evaluables por aplicación de fórmulas (34,11 por precio, 2,11 y 0,47 respectivamente por las mejoras objetivas de "Parc infantil Cala Marçal" y "Camp DEsports Cala Marçal), 1,66 por ISO 9001, 1,66 por ISO 14001 y 3 por calendario de pago.

- La entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. obtuvo 28,70159 puntos de los 30 posibles por criterios sujetos a juicios de valor.

I. 8,9616 de 10 por memoria técnica de salvamento.

II. 9,74000 de 10 por memoria técnica de explotación y limpieza.

III. 10 de 10 por mejoras libres. Importe ofertado de las mejoras 117025,35 euros.

- La UTE MASISA 2000, S.L.-EL CUIDAREM, S.L. obtuvo 15,7889 puntos de los 30 posibles por criterios sujetos a juicios de valor.

I. 6,0385 de 10 por memoria técnica de salvamento.

II. 7,6600 de 10 por memoria técnica de explotación y limpieza.

III. 2,0904 de 10 por puntuación de mejoras libres. Importe ofertado 24463,5393 euros.

Con relación al lote 2:

- La entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. obtuvo un total de 57,52 puntos de los 70 posibles por criterios evaluables por aplicación de fórmulas (41,02 por precio, 2,75 y 0,75 respectivamente por las mejoras objetivas de "Parc infantil Cala Ferrera y Campo DEsports Cala Ferrera), 5 por ISO 9001, 5 por ISO 14001 y 3 por calendario de pago.

- La entidad mercantil MASISA 2000, S.L., un total de 40,90 puntos de los 70 posibles por criterios evaluables por aplicación de fórmulas (28,82 por precio, 1,95 y 0,47 respectivamente por las mejoras objetivas de "Parc infantil Cala Ferrera" y "Camp DEsports Cala Ferrera), 3,33 por ISO 9001, 3,33 por ISO 14001 y 3 por calendario de pago.

- La entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. obtuvo 27,8939 puntos de los 30 posibles por criterios sujetos a juicios de valor.

I. 8,1539 de 10 por memoria técnica de salvamento.

II. 9,7400 de 10 por memoria técnica de explotación y limpieza.

III. 10 de 10 por mejoras libres. Importe ofertado de las mejoras 118874,19 euros.

- La entidad MASISA 2000, S.L. obtuvo 15,7257 puntos de los 30 posibles por criterios sujetos a juicios de valor.

IV. 5,0808 de 10 por memoria técnica de salvamento.

V. 7,5400 de 10 por memoria técnica de explotación y limpieza.

VI. 2,0904 de 10 por puntuación de mejoras libres. Importe ofertado 26210,92 euros.

La Junta de Gobierno, en sesión de 9 de mayo de 2014, con la abstención de D. Ruperto y el voto favorable de los demás vocales adjudicó los lotes 1 y 2 a la entidad mercantil MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. (Acontecimiento 565.10, tomo X, PDF 620 a 624).

El 4 de mayo de 2014, la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. instaló en la Cala Sa Nau un local de restauración y baños.

Con fecha 25 de julio de 2018 por parte del juzgado contencioso-administrativo nº 2 de Palma en los autos de PO 84/2014, se dictó sentencia nº 248/18, por la que se declaraba inadmisibles los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la entidad EL CUIDAREM, S.L. El recurso contencioso-administrativo tenía por objeto la revisión jurisdiccional de la resolución de 7 de mayo de 2014 por la que se adjudicó la gestión integral y explotación de los servicios de temporada en el litoral marítimo del término municipal de Felanitx. Con carácter previo el indicado juzgado contencioso-administrativo había declarado la existencia de desviación procesal en la medida que frente a lo pretendido no resultaba posible expandir la revisión jurisdiccional a otros acuerdos anteriores, en concreto, el acuerdo del día 26 de febrero de 2014 en que se aprobó el pliego de condiciones de la explotación del servicio de temporada que fue recurrido en vía administrativa y desestimado por resolución de 19 de marzo de 2014 que alcanzó firmeza al no haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo.

La sentencia nº 248/18, de 25 de julio, del juzgado contencioso-administrativo nº 2 de Palma, consideró que el recurso era inadmisibles por varios motivos: con relación al lote nº 4 porque la entidad EL CUIDAREM, S.L. había



sido la adjudicataria y había renunciado; con relación a los lotes nº 2 y 3 porque no había presentado oferta; y con relación al lote nº 1 porque carecía de legitimación activa al no haber presentado la oferta en solitario sino como sociedad integrada en una UTE junto con la entidad MASISA, S.L.

Contra la sentencia nº 248/18, de 25 de julio, del juzgado contencioso-administrativo nº 2 de Palma, se interpuso recurso de apelación. La Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de les Illes Balears resolvió a través de la sentencia nº 215/2020, de 19 de mayo, por la que estimando parcialmente el recurso de apelación, confirmó la declaración de inadmisibilidad por desviación procesal y falta de legitimación activa respecto del recurso contencioso administrativo con relación a los lotes 2, 3 y 4, revocó la declaración de inadmisibilidad por falta de legitimación activa respecto del lote 1 al entender que la entidad EL CUIDAREM, S.L. como miembro de la UTE contaba con ella, y desestimó el recurso contencioso administrativo relativo al lote 1.

En fecha 24 de julio de 2014, sobre las 1,24 horas, el acusado Avelino, trabajador de la empresa Marportsunbeach, S.L., conduciendo el vehículo todoterreno camión-furgón matrícula NUM001, Santana modelo Aníbal de 2.410 kg de peso por la calle Ronda del Creuer Balears de Porto Coloma, acompañado de su hijo Jose Antonio y de otro empleado de la misma empresa, Geronimo, lo dirigió intencionadamente contra la terraza de la heladería Es Cucurutxu, ocasionando desperfectos valorados en la cantidad de 1.573 euros.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Al comienzo del plenario, la defensa del acusado Avelino como cuestión previa denunció la existencia de indefensión con quiebra del principio acusatorio al dirigirse la acusación contra su cliente por hechos punibles que no guardarían correlación con la delimitación del objeto del proceso penal tal cual se realizó por el instructor en el auto de acomodación del artículo 779 de la LECrim.

Como se ha indicado, al comienzo del plenario se resolvió sobre esta cuestión, descartando cualquier fundamento respecto de la alegación de indefensión. Se constató que ninguna de las acusaciones dirigía la acusación por hechos con relevancia penal distintos a los recogidos y acotados en el auto de acomodación de procedimiento abreviado dictado el 16 de septiembre de 2021.

En el proceso penal la progresividad de la delimitación del objeto es consustancial a la propia finalidad de la instrucción de averiguar y hacer constar la perpetración del delito con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y en la culpabilidad, en tanto el hecho punible noticiado nunca queda absolutamente determinado al inicio de la investigación, sino que se va concretando y delimitando con el avance de ésta.

No obstante, llegado un momento el instructor debe delimitar el objeto y la persona imputada, en un auténtico acto de imputación formal, ya sea a través del auto de procesamiento en el proceso ordinario, ya sea a través del auto de acomodación procedimental del artículo 779.1.4 de la LECrim en el proceso abreviado.

Son las partes acusadoras las que delimitan subjetiva y objetivamente el objeto del proceso, en concreto la persona acusada y los hechos imputados. Delimitación que, a su vez, desde el prisma de la congruencia y en correlación con la delimitación del hecho punible del auto de acomodamiento condiciona el ámbito de la sentencia, de forma que nadie no acusado pueda ser condenado, ni condenado por hechos distintos a los formulados.

Sin embargo, como se puso de manifiesto al inicio del plenario, pese a que, en el relato de hechos de una de las acusaciones particulares se aluda a Avelino, por resultar necesario por su relación con los hechos por los que se acusa a otros acusados, tras la calificación jurídica la acusación respecto de Avelino se dirige solamente respecto del delito de coacción y/o daños. Existe, por tanto, en la acusación, una correlación con la delimitación del objeto de proceso acometida en el auto de acomodamiento.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo a valorar la prueba y dar cumplimiento de forma motivada a los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se consideran probados, de la participación o absolución de los acusados y, si procediere, de la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y los relativos a la individualización de la pena, se considera conveniente realizar una breve mención a las críticas vertidas por las defensas en el trámite de informe sobre las insuficiencias de los escritos de acusación.

La Sala no puede desconocer las peculiares características del objeto del proceso penal antes expuestas en que, a diferencia del proceso civil, cuyo objeto se delimita con la pretensión del actor en la demanda con relación a los tres elementos delimitadores de la cosa juzgada (los sujetos, la *causa petendi* y el *petitum*), en el proceso penal el objeto se delimita por la realidad sobre la que se proyecta la actividad jurisdiccional, es decir, el hecho punible. Y en este sentido, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, informado por el principio



dispositivo, quedando el objeto delimitado por el actor con la pretensión de la demanda, el hecho punible como objeto del proceso penal se delimita progresivamente a lo largo de su desarrollo.

Una vez instruido el proceso y superada la fase intermedia, al margen de la debida correlación de la acusación con los hechos tal cual fueron delimitados en el auto de acomodamiento, en fase de juicio oral destaca el principio acusatorio en conjugación con el principio de igualdad y el de contradicción. No puede existir ningún privilegio entre las partes y todas han de conocer los elementos materiales de hecho o de Derecho que puedan influir en la sentencia debiendo tener oportunidad real de alegar hechos y utilizar medios de prueba.

Desterrada la posibilidad de un acta de acusación de oficio por parte del Tribunal, en esta delimitación progresiva del proceso penal son las partes acusadoras las que delimitan subjetiva y objetivamente el objeto del proceso, en concreto la persona acusada y los hechos imputados. Delimitación a su vez que, bajo el prisma de la congruencia, condiciona el ámbito de la sentencia. Y lógicamente, está congruencia o correlación lógica entre los hechos punibles delimitados progresivamente a lo largo del proceso, -aún inmutables a partir del escrito de acusación-, y la sentencia, implica de por sí que esté vetado que el escrito de acusación contemple simples vaguedades o formule hechos de forma genérica, puesto que de lo contrario existiría indefensión al impedirse el correcto ejercicio del legítimo derecho de defensa.

En el trámite de informe tanto la defensa de Juan Francisco , antiguo Alcalde de Felanitx, de Ángel Daniel , antiguo Concejel de playas, así como de Adrian pusieron de manifiesto la existencia de deficiencias en el escrito de acusación. Y, en particular, la falta de mención de hechos concretos y precisos respecto del concierto entre todos los acusados, de la inducción del delito de prevaricación continuada que se atribuye a Adrian , de la existencia del perjuicio patrimonial o intención de defraudar con relación al delito de fraude a la administración previsto y penado en el art. 436 CP, así como con relación al delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el art. 404 CP, los hechos que correctamente calificados permitieran considerar arbitraria la adjudicación de los lotes 1 y 2 a la mercantil MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L.

La Sala concuerda, en parte, con las deficiencias alegadas por dichas defensas. Consideramos que el concierto entre los acusados está correctamente explicitado y que la ausencia de un concreto o posible perjuicio patrimonial en la intención final de defraudar al ente público que como elemento típico exige el art. 436 CP es una cuestión que debe ser reconducida a la valoración de los hechos con relación a la calificación jurídica, que será analizada a continuación. Ello, aunque deba reconocerse que en algunos extremos con relación al perjuicio patrimonial desde la perspectiva del incumplimiento de la adjudicataria los escritos de acusación no cuentan con mucha precisión respecto de los eventuales incumplimientos y su impacto en el patrimonio del ente público.

Sin embargo, sí advertimos falta de precisión respecto a la forma en que se hubiera inducido a la comisión del delito de prevaricación. Y, en especial, como ya puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Balears al revisar el acto de adjudicación del lote 1, teniendo presente que el 70% de la puntuación lo determinaba la oferta económica y otros criterios objetivos, la incidencia real en la puntuación final de los licitadores y, por consiguiente, en el resultado del concurso que hubiera tenido el presunto conocimiento previo de los pliegos y la presentación de mejoras con ventaja respecto de otros licitadores

Esta circunstancia determina que, dejando de lado la cuestión relativa al delito de coacciones/daños atribuido a Avelino , con carácter previo a analizar los aspectos atinentes a la prevaricación administrativa debamos analizar la prueba practicada con relación a los hechos calificados como delito de fraude a la administración pública del art. 436 CP, el de revelación de secretos por funcionario del art. 417.1 CP y el delito de aprovechamiento de secretos por particular del art. 418 CP.

Al no explicitarse en los escritos de acusación que la arbitrariedad en la adjudicación estuviera concretada en un trato discriminatorio respecto de los otros licitadores sin justificación alguna y, por tanto, lo grosero de la decisión fuese fácilmente advertible, el análisis de este elemento objetivo debe partir del contubernio que se describe con relación a la planificación y tramitación de un procedimiento a medida, de tal suerte que la adjudicación ilícita tuviera su causa en el aprovechamiento del conocimiento previo de los requisitos del pliego de contratación. Esto, en realidad, no se describe con la debida claridad y precisión en los escritos de acusación, opinión que compartimos con las defensas, pero tal cual están formulados los hechos en los escritos de acusación obliga a analizar con carácter previo la prueba con relación al conocimiento previo de las condiciones y requisitos del pliego.

**TERCERO.**- El Ministerio Fiscal en ejercicio de la acción pública y todas las acusaciones particulares, Bernardo , la entidad mercantil EL CUIDAREM, S.L. y la entidad mercantil MASISA 2000, S.L. dentro de un concurso de delitos, califican los hechos como delito de fraude a la administración del art. 436 CP.



Como indicamos en la sentencia núm. 68/12, de 16 de julio, de esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el delito de fraude a la administración exige que la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquier modalidad de la contratación pública o liquidación de haberes o efectos públicos, se concierte con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público.

Estamos ante un delito especial propio, sin perjuicio que el *extraneus* pueda ser considerado responsable como inductor, cooperador necesario o cómplice, que se comporta como un tipo de peligro en abstracto; de mera actividad. El delito se consuma en el momento en que la autoridad o funcionario público se concierta con el interesado, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo que, en cuyo caso, si hubiera ánimo de lucro, propio o ajeno, por la existencia de una relación medial, podría conllevar la apreciación de un delito de malversación de caudales.

Ahora bien, aunque no requiera para la consumación del delito la existencia de la defraudación o perjuicio, en cuanto al tipo subjetivo además del dolo debe concurrir como elemento subjetivo del injusto, aun sin necesidad de ánimo de lucro, el ánimo defraudador. El bien jurídico protegido no es en sí el buen funcionamiento de la administración pública, sino su patrimonio. Y por tanto es el patrimonio del ente público el que debe ponerse en peligro con el mero concierto que consuma el delito.

El Excmo. Ayuntamiento de Felanitx que comparece como responsable civil subsidiario y varias de las defensas pusieron de manifiesto en el trámite de informe el sin sentido que se presenta con la circunstancia que el ente público defraudado comparezca como responsable civil y no ejercitando la acción civil derivada del delito o, en su caso, también la penal. Esto en realidad es intrascendente.

No se acusa exclusivamente por un delito de fraude a la administración sino también por un delito de prevaricación administrativa que, al ser atribuidos a autoridad, funcionario público y persona contratada por el Ayuntamiento justifica su presencia en el proceso como eventual o presunto responsable civil subsidiario al reclamarse el resarcimiento de daños y perjuicios derivados del delito ( art. 121 CP).

El problema con relación al fraude es que no se explicita en los hechos de los escritos de acusación, no ya la consumación del fraude o la efectiva causación de perjuicios al patrimonio público, sino la mera intención de defraudar. Se expone un contubernio con una planificación deliberada a lo largo del tiempo y con la participación de diversos funcionarios públicos o personal contratado no para defraudar caudales públicos sino para que un concreto licitador obtenga la adjudicación del lote 1 y 2 relativos a la gestión integral y explotación de los servicios de temporada en el litoral marítimo del término municipal de Felanitx. Y aunque en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, al igual que con el escrito de acusación de Bernardo y la mercantil EL CUIDAREM, S.L., se indique que desde la fecha de la adjudicación ha habido muchos incumplimientos del adjudicatario, no existe afirmación concreta que con la adjudicación se pretendiera defraudar caudales públicos o hubiera causado un daño.

Según se advierte del expediente administrativo, partiendo los lotes de un tipo mínimo, el canon ofrecido por la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. y por el que al final fue adjudicado los lotes 1 y 2 con relación a la explotación fue superior al del resto de licitadores (Con relación al lote 1, la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. ofreció 60.000 euros y la UTE MASISA-EL CUIDAREM, SL. 53.426 euros. Y en el lote 2, la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. ofreció 185.000 euros y la entidad MASISA 2000, S.L. 130.000 euros).

Con relación a los criterios de puntuación, al canon ofertado por los licitadores le correspondía 50 puntos frente a 20 por determinados criterios y 30 puntos por criterios sujetos a juicio de valor. La adjudicación de los lotes 1 y 2 se produce a favor del licitador que en términos económicos ofrece un canon y mejoras más interesante para la cosa pública.

Teniendo presente que es un hecho indiscutido que la explotación de las playas era necesario para el Ayuntamiento, la adjudicación en sí a la mejor oferta económica no pone de manifiesto una intención de perjudicar o defraudar caudales públicos. Y, por tanto, no advertimos en los hechos de los escritos de acusación que con relación al concierto entre los acusados para a través de una prevaricación administrativa adjudicar ilícitamente una concesión, exista una exposición clara de una intención de defraudar o perjudicar al patrimonio del ente público.

A mayor abundamiento, aunque se alegue la exigencia de un concierto entre varios sujetos, no se explicita ánimo de lucro, apropiación de cantidades u obtención de beneficios por parte de los funcionarios públicos implicados.

El fraude a la administración tan solo puede advertirse en el perjuicio o, al menos, la intención de perjudicar, por la existencia de una planificación delictiva para obtener indebidamente una adjudicación con la cual se



hubiera producido "múltiples incumplimientos del adjudicatario" (escrito de acusación del Ministerio Fiscal) o "numerosas irregularidades en la ejecución del contrato" (escrito de acusación de Bernardo y EL CUIDAREM, S.L.) o "un incumplimiento reiterado de cláusulas administrativas y pliego de prescripciones técnicas del contrato, habiéndose iniciado expedientes sancionadores... (escrito de acusación de la entidad MASISA 2000, S.L.).

La descripción de los hechos y, en concreto, los eventuales perjuicios con los que, al menos, pudiera determinarse una intención de defraudar no son suficientemente precisos. En el trámite de informe, salvo una afirmación vaga de que el delito se consuma con la sola intención de perjudicar, no se relacionan perjuicios concretos.

No obstante, examinando la documental consta la existencia de un *decret de Batlia* nº 802/2014, de 22 de octubre de 2014 por el que, a raíz de la denuncia de EL CUIDAREM, S.L. se inicia un expediente sancionador a la empresa MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. (Tomo II, acto 557.2). Así como un certificado expedido por el secretario del Ayuntamiento que, en sede de instrucción, a requerimiento del Juzgado de Instrucción nº 3 de Manacor, da respuesta a la exigencia de certificación sobre si la adjudicataria MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. hubiera cumplido con las mejoras a las cuales se va a comprometer con su oferta. Y a tal efecto se expide un certificado en el que se relaciona la sanción respecto de 27 infracciones por deficiencias en el cumplimiento del contrato de gestión integral y explotación de las instalaciones temporales de las playas, por un importe total de 2.620 euros (Acontecimiento 568.12, Tomo II, PDFs 385 a 388, hasta el 407).

Del examen de la documental, incluido la relativa a los expedientes abiertos por la Demarcación de Costas (Acontecimiento 568.12, PDFs 417 a 548), no se advierte que los incumplimientos con sanciones de unos 100 euros cada una y ascendiendo a un total de 2.620 euros sean de una entidad relevante. Ni mucho menos que puestos en relación con las irregularidades que se advierten en el procedimiento administrativo de concesión indicieren un concierto para perjudicar al ente público y, en concreto, que de forma deliberada se hubieran propuesto mejoras para obtener la adjudicación a sabiendas que no se concretarían y así causar un perjuicio al servicio y al patrimonio del ente público. Estos hechos ni siquiera están concretados en el escrito de acusación.

La mayoría de las sanciones son de escasa entidad y no consta que el contrato hubiera sido resuelto por la administración por el incumplimiento del concesionario y, en concreto, de las mejoras a las que se había comprometido, como expresamente se contempla en el pliego de condiciones administrativas que prevé tal posibilidad por los causas establecidas en los artículos 223 y 308 del derogado RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Consta igualmente que la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. ha sido con anterioridad y con posterioridad a esta concesión, concesionaria del servicio en algunas de las playas del litoral del municipio. El Sr. Lázaro, tesorero del Ayuntamiento desde el año 1990, sostuvo en juicio que los cánones habían sido pagados y que no le consta que el Ayuntamiento haya sufrido ningún perjuicio a consecuencia de este concurso. Opinión que aun sin ningún valor probatorio manifestó el Sr. Hernan, administrador de la mercantil MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. En cualquier caso, del conjunto de la prueba practicada no advertimos perjuicio alguno ni intención de perjudicar patrimonialmente al ente público con ocasión de la adjudicación.

Por estos motivos no consideramos desvirtuada la presunción de inocencia con suficiente prueba de cargo y descartamos la responsabilidad penal por un delito de fraude a la administración del art. 436 CP.

**CUARTO.-** El aspecto sobre el que gira no solo la existencia de prevaricación administrativa del art. 404 CP sino el delito de revelación de secretos del art. 417.1 CP y el aprovechamiento de secretos por particular del art. 418 CP y que, sin duda, sí se encuentra explicitado con claridad en todos los escritos de acusación es el conocimiento anticipado del pliego de condiciones que contenía las prescripciones técnicas y administrativas por parte del empresario Adrian, acusado que presentó las ofertas a través de la mercantil MARPORTSUNBEACH, S.L. Conocimiento que habría otorgado al acusado en su condición de licitador una ventaja competitiva de singular calado, al haber podido adaptar su oferta con mayores posibilidades de éxito en detrimento del resto de licitadores.

Los escritos de acusación no concretan en qué momento se habría suministrado esta información privilegiada. Esto no es reprochable. Como todo delito que se mueve en la clandestinidad el conocimiento y prueba de tal circunstancia es complicado.

No obstante, de la narración de hechos se advierte que el conocimiento que se contaba con información de antemano no se deriva de la existencia de indicios por el contenido de su oferta y la comparativa con el pliego de las condiciones de la contratación. Tales elementos se emplean para intentar probar la existencia de la trama y las prevaricaciones administrativas. Sin embargo, aunque con ella también se podría corroborar la existencia de un conocimiento previo, el principal dato se basa en el hecho que los Sres. Bernardo y



Justino , representantes legales de dos de los licitadores que ejercen la acusación particular, las entidades EL CUIDAREM, S.L. y MASISA 2000, S.L, respectivamente, afirmaron en juicio que el Sr. Ángel Daniel , concejal de playas, les facilitó la información.

Se afirma, que cinco o seis días antes de publicarse el concurso en el BOIB, que tuvo lugar el 8 de marzo de 2014, se les facilitó por el acusado Ángel Daniel los pliegos que finalmente se publicaron el 10 de marzo de 2014.

Se sostiene que se les citó en un bar de Campos. El Sr. Justino no mostró claridad con relación a si el Sr. Ángel Daniel les había informado o no que hubiera facilitado o facilitaría copia de los pliegos también al Sr. Adrian , mientras que el Sr. Bernardo no afirmó que se les hubiera informado sobre esta cuestión. Mantienen que tuvieron a los pocos días una conversación al respecto con el Alcalde y, sin embargo, a pesar que no denunciaron ante la Guardia Civil o el Ministerio Fiscal una irregularidad de tal calibre, decidieron participar en el concurso. Con el añadido, según se advierte de las actuaciones, que el acuerdo del día 26 de febrero de 2014 en que se aprobó el pliego de condiciones de la explotación del servicio de temporada que fue recurrido por la entidad EL CUIDAREM, S.L en vía administrativa y desestimado por resolución de 19 de marzo de 2014, alcanzó firmeza al no haberse interpuesto recurso contencioso a pesar del presunto conocimiento de la existencia de tal irregularidad.

El anuncio del concurso se publicó en el BOIB el 8 de marzo de 2014. No obstante, los pliegos se publicaron el 10 de marzo de 2014.

Con el presunto conocimiento irregular y privilegiado de los requisitos técnicos y administrativos se decide participar en el concurso y se silencia en los escritos de acusación, pero se advierte del expediente administrativo, que la entidad EL CUIDAREM, S.L. finalmente obtiene la adjudicación del lote 4.

Tal circunstancia, a pesar de la anormalidad de participar en un concurso sin denunciar los hechos con conocimiento de una irregularidad patente que podría ser delictiva, no tendría mayor trascendencia en este proceso penal. Sin embargo, la anormalidad del relato se acentúa cuando se constata, como resaltaron las defensas en el trámite de informe, que no consta aportado en las actuaciones copia del documento que contendría el pliego de los requisitos técnicos y administrativos que los testigos afirman que se les habría entregado en ese bar de Campos.

Esto es un dato de singular relevancia. Aunque se pueda entender que no se presente la copia de los pliegos en su día por el hecho de haber participado en un concurso conociendo con antelación el contenido de los requisitos que serían tenidos en cuenta, no debemos olvidar que estamos en un proceso penal. Y aunque estemos presuntamente ante un delito público en que ejerce la acusación pública el Ministerio Fiscal, los representantes legales de dos de las mercantiles que por si solas o por UTE participaron en el concurso y que ejercen también en el proceso penal la acusación particular, no aportan copia de los pliegos administrativos. A mayor abundamiento, además de constar la existencia de un contencioso-administrativo en que fueron partes la entidad EL CUIDAREM, S.L. y el Ayuntamiento de Felanitx, se advierte en las mercantiles un claro interés en el proceso en tanto no solo ejercitan la acción penal, sino la acción civil derivada del delito.

Por este motivo, aunque con sus declaraciones no pudiera probarse que el acusado Ángel Daniel , concejal de playas, también hubiera entregado el pliego al acusado Adrian , no podemos considerar probado por la sola declaración de testigos que el acusado Ángel Daniel revelase secretos de la administración pública entregando de forma irregular los pliegos administrativos a los Sres. Bernardo y Justino . No hay pruebas que lo acrediten.

Es cierto que los precedentes y el desarrollo del procedimiento administrativo está plagado de extrañezas e irregularidades administrativas, especialmente con la novedosa salida en concurso por lotes que dificultaba la competición a pequeños empresarios, con la realización de trabajos preparatorios y el encargo de trabajos antes de la adjudicación y alteración de las fechas de las facturas que aunque no se aclaró su origen fueron puestas de manifiesto en el interrogatorio del acusado Adrian respecto de los documentos (acontecimiento 561, PDFs 243, 241, 237, 236 y 238) e incluso, por la valoración y uso del parking, pero por la mera vía indiciaria por la falta de solidez de los indicios no podemos considerar probada tal revelación de secretos y aprovechamiento de los mismos por el acusado Adrian . Especialmente cuando los testigos han puesto de manifiesto y reconocido que de forma generalizada se conocían detalles de los pliegos administrativos por un *rum rum* generalizado en la población. Circunstancia que justificaría que las ofertas pudieran haberse adaptado con mayor precisión a las bases del concurso.

El derecho a la presunción de inocencia tiene que ser desvirtuado con suficiente prueba de cargo válidamente practicada y en un contexto procesal en que el acusado no solo tenga conocimiento de los hechos que se



le acusan, sino que cuente con la posibilidad de rebatir los hechos y practicar las pruebas de descargo que consideren conveniente.

Difícilmente pueden los acusados rebatir que el documento que no reconoce Ángel Daniel haber entregado al acusado Adrian contenía los pliegos administrativos que con posterioridad se publicaron en el BOIB. No es cuestión solo de haber podido practicar prueba pericial con relación a que el documento en sí se hubiera podido imprimir en las instalaciones del ente público, sino la mera concordancia entre el contenido del presunto documento con los pliegos oficiales.

Esto conduce a que no pueda considerarse probado que el acusado Adrian conocía información privilegiada con anterioridad a la publicación del concurso y los pliegos administrativos y que se aprovechó de esos secretos o, en su caso, que por ello se cuenta con un indicio de ser inductor en la prevaricación administrativa que se le imputa.

Y ante tal tesitura, en una situación anómala en la que a pesar de exponerse un contubernio en el que estarían también involucrados Juan Francisco, Alexander y Ángel pero sin embargo no se les acusa a ellos de estar implicados en la revelación de secretos (no se dirige la acusación por el art. 417.1 CP), no podemos considerar probado por vía indiciaria en atención a las irregularidades administrativas y las circunstancias de las definitivas adjudicaciones, que concretamente el concejal de playas Ángel Daniel, en un momento no determinado hubiera facilitado el pliego de las condiciones administrativas al acusado Adrian. Y, por consiguiente, tampoco que este último se hubiera aprovechado de la información facilitada por Ángel Daniel y así subsumir la conducta en el art. 418 CP.

No obstante, como desarrollaremos a continuación, tampoco existen indicios sólidos respecto que la adjudicación de los lotes 1 y 2 hubieran tenido una causa directa en el conocimiento previo de los requisitos técnicos y administrativos contenidos en los pliegos. Hemos indicado ya la falta de precisión en los escritos de acusación respecto a que la arbitrariedad en las adjudicaciones tuviera una relación clara con el conocimiento previo de los requisitos técnicos y administrativos de los pliegos. Esta cuestión se analizará a continuación al valorar la prueba con relación al delito continuado de prevaricación administrativa, pero debe traerse a colación la sentencia núm. 215/2020, de 9 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears, Sala Contencioso-Administrativo, recaída al resolver un recurso de apelación con el nº. de rollo 447/2018. Esta sentencia, que confirma la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Palma de 28 de julio de 2018, recaída en los autos de juicio ordinario nº 84/2014, tuvo por objeto la revisión jurisdiccional de la resolución de 7 de mayo de 2014 dictada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Felanitx, que es precisamente la resolución que adjudicó la gestión integral y explotación de los servicios de temporada en el litoral marítimo del término municipal de Felanitx a la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. el lote 1 y 2, a la UTE Petra i BEACH i OCI, S.L., el lote 3 y a la entidad EL CUIDAREM, S.L. el lote 4.

La revisión jurisdiccional del acto administrativo tiene su origen en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una de las acusaciones particulares, la entidad EL CUIDAREM, S.L. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia confirma la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo respecto de los lotes 2, 3 y 4. Respecto del lote 4 porque la entidad recurrente, EL CUIDAREM, S.L. había sido la adjudicataria y respecto de los lotes 2 y 3 porque no había presentado oferta. Sin embargo, revoca la declaración de inadmisibilidad respecto del lote nº 1 que en la primera instancia había sido declarada por falta de legitimación activa al no haber presentado la oferta por sí misma en solitario sino como sociedad integrada en una UTE junto con la entidad MASISA, S.L.

La sentencia considera que cuenta con legitimación activa y revoca la inadmisibilidad y, a diferencia de lo que han afirmado las acusaciones particulares en el trámite de informe, sí entra sobre el fondo. No obstante, debe tenerse presente que la cosa juzgada solo se extiende a las partes del proceso, la entidad EL CUIDAREM, S.L. y el Excmo. Ayuntamiento de Felanitx y a los solos efectos del indicado orden jurisdiccional y de la responsabilidad del ente público, sin que ni los efectos negativo y positivo de la cosa juzgada se extienda al orden jurisdiccional penal, siendo esta jurisdicción preferente ( art. 44 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)

No obstante, aunque la corrección del acto administrativo que se aprecia por la sentencia no puede ser acogida sin más por esta Sala, en tanto no se tienen en cuenta aspectos que han aflorado a lo largo de la instrucción penal, no debe desconocerse la relevancia que cuenta que la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia al revisar el expediente administrativo se pronuncie sobre un extremo que compartimos íntegramente. Al igual que se advierte de la lectura de los escritos de acusación, se desconoce qué incidencia concreta habría tenido en el resultado el uso de esta información en comparación con el resto de los licitadores, circunstancia que permitiría apreciar con claridad si hubiera una situación discriminatoria por un conocimiento previo de los litigantes de los requisitos técnicos. Especialmente si se tiene en cuenta que la oferta económica



concretada en el canon tenía un peso considerable en la valoración de las ofertas y que con relación a los lotes 1 y 2 la oferta de MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. era muy superior y, por tanto, de mayor interés para la administración.

A este respecto, en cuanto a la deficiencia de enfoque del recurso contencioso-administrativo, llama la atención una frase del último párrafo del fundamento de Derecho sexto de la STSJ con relación al desconocimiento por parte del tribunal después de la lectura de 49 folios de demanda, de "*Quina era, en conseqüencia, la puntuació que a ella li pertocaba i quina ho era respecte a l'adjudicatària i en quin apartats shavia excedit l'Administració a l'hora de puntuar. Són preguntes que han quedat sense resposta. Afirmacions que condueixen a la desestimació del contenciós*".

Por estos motivos, teniendo también presente que la posibilidad de adopción de mejoras y perfeccionamiento de las ofertas pudiera tener su origen en los rumores que corrían por la localidad, -como reconoció el propio Sr. Bernardo que declaró que existía un rum rum que empezó dos meses antes, más o menos-, del mero resultado de las adjudicaciones no podemos deducir que hubiera una filtración de los requisitos técnicos y administrativos contenidos en los pliegos que hubiera llegado a conocimiento del acusado Adrian y que se aprovechara de tal información. Y mucho menos, que hubiera sido el también acusado Ángel Daniel quien le hubiera facilitado los pliegos administrativos.

**QUINTO.-** Las acusaciones describen un contubernio entre los acusados Juan Francisco , Ángel Daniel , Alexander , Ángel y Aquilino acusándoles de un delito de prevaricación administrativa continuada. A los dos primeros en concepto de autores materiales y a los tres últimos como cooperadores necesarios con relación a determinadas decisiones tomadas como secretario del ayuntamiento y respecto de la confección de los pliegos y valoración de las ofertas en consonancia con la oferta de la mercantil MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. con que se habría instrumentalizado la participación delictiva en la licitación del acusado Adrian .

Al haber acusado tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones particulares de la revelación de secretos solo al entonces concejal de playas, Ángel Daniel , y tal circunstancia quedar descartada al no considerarse probado que por esa vía se suministrase al acusado Adrian el pliego de condiciones, la prueba del delito de prevaricación administrativa continuada encuentra un escollo importante. A fin de cuentas, el móvil que impulsaría a todos los acusados en dictar o cooperar de forma necesaria en el dictado de resoluciones arbitrarias sería la existencia de un plan preconcebido por el que se persiguiera que la mercantil MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. fuera la adjudicataria de unas licitaciones por contar con información privilegiada. Y como hemos dicho, ni consta probado que el acusado Adrian obtuviera con antelación el pliego administrativo por habérselo facilitado Ángel Daniel ni las acusaciones exponen en los escritos de acusación una comparativa de las ofertas de los distintos licitadores con la que se pueda advertir con claridad la arbitrariedad de la adjudicación por haberse realizado a favor de un licitador que obtenía mayor puntuación por contar con información privilegiada.

En el examen de las distintas resoluciones administrativas que se cuestionan debe traerse de nuevo a colación indispensablemente la indicada sentencia nº 215/2020, de 19 de mayo, del TSJ de les Illes Balears en que judicialmente se revisa el expediente administrativo. Y, en concreto, la resolución de 9 de mayo de 2014 dictada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Felanitx, que como hemos dicho es precisamente la resolución que adjudicó la gestión integral y explotación de los servicios de temporada en el litoral marítimo del término municipal de Felanitx a la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. el lote 1 y 2, a la UTE Petra i BEACH i OCI, S.L., el lote 3 y a la entidad EL CUIDAREM, S.L. el lote 4.

La responsabilidad penal de Ángel por su cooperación necesaria en el dictado de las sucesivas resoluciones administrativas que concluyeron con las resoluciones de 7 y finalmente 9 de mayo de 2014 de la Junta de Gobierno Local cuyas adjudicaciones se consideran prevaricadoras queda descartada. No se ha practicado ninguna prueba que evidencie que Ángel tuviera conocimiento que se le contrató para redactar un pliego de requisitos técnicos y administrativos en un plan preconcebido para que la mercantil MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. fuera injustamente la adjudicataria de algunos de los lotes. La forma pública en que se produce la contratación y con que se dirige en los emails al entorno del Ayuntamiento, como puso de manifiesto la Sra. Susana , descarta cualquier participación consciente en ninguna actividad ilícita. Además, al margen de las irregularidades administrativas que puede haber en su contratación, ésta no parece que se acomode a un plan delictivo. La contratación se hace con publicidad, tras un previo presupuesto aceptado y tras presentar la factura a cobro y ser conformada. La necesidad de externalizar la confección de las bases que en años atrás había sido redactadas con normalidad por el Sr. Nicolas , trabajador del Ayuntamiento y que en el concurso en cuestión suministró la información necesaria al Sr. Joaquín , suscita recelo, aunque el ingeniero municipal Aquilino justificase su necesidad con su testimonio. No obstante, a lo sumo estaríamos ante una irregularidad administrativa.



Como reconoce el Ministerio Fiscal en el trámite de informe en el momento de la contratación no estaba en vigor la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transpuso las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Resultaba de aplicación el entonces vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que aprueba el texto refundido de contratos del sector público. Se trataba de un presupuesto que se presentó por escrito, por su importe se trata de un contrato menor y por tanto cumplió con los requisitos de formalización en atención al art. 111 y 138. EL Ministerio Fiscal recalca que, en cualquier caso, debe justificarse la necesidad. No obstante, aunque no hubo objeción alguna por parte de la intervención, en el proceso penal no existe prueba plena que la externalización del servicio no estuviera del todo justificada. Al menos para ser considerado una decisión que fuese contraria al ordenamiento jurídico de forma grosera y patente. Consta en las actuaciones la adecuada formación técnica del acusado Ángel con relación al asesoramiento y redacción de las bases de un concurso con este objeto y no consta sin embargo que, en atención a sus medios, en especial tras las testificales en juicio, que fuese descabellado que el Ayuntamiento recurriera a esa fórmula.

Es cierto, sin embargo, aunque el Sr. Mauricio, trabajador del Ayuntamiento ya jubilado indicase que siempre se solicitó la autorización a Demarcación de Costas en enero, que la demora en impulsar el inicio del expediente administrativo, la tramitación por el procedimiento de urgencia y las irregularidades en cuanto a la ampliación del plazo y posibilidad de sustitución de sobres suscitan también recelo. Igualmente, el hecho de prever lotes y exigirse requisitos como los ISO que no se habían exigido con anterioridad.

No obstante, al margen que algunas decisiones podamos considerarlas irregulares, en su conjunto no ponen de manifiesto la finalidad delictiva en cuanto a la consecución de una adjudicación arbitraria que sostienen las acusaciones ni por sí solas pueden ser constitutivas de resoluciones administrativas prevaricadoras desde un punto de vista penal.

La STSJ nº 215/2020, de 19 de mayo no pone ninguna objeción a la tramitación por el procedimiento de urgencia conforme al art. 112 del TRSP. Considera que concurre el presupuesto de la necesidad inaplazable por la tardanza de la llegada de la preceptiva autorización de la Demarcación de Costas para la ocupación del dominio público marítimo terrestre, que no va a llegar hasta el 24 de febrero de 2014 y, a su vez, que la temporada turística comenzaba en breve. Desde luego es indiscutible que la demora en la preparación y la publicación del concurso podría facilitar la finalidad espuria que apuntan las acusaciones y, a su vez, que se advierte cierta dejadez, pero por sí misma no advertimos que sea un indicio claro de la prevaricación administrativa en la adjudicación de los lotes.

Todavía más irregulares fueron las resoluciones orales adoptadas por el secretario Municipal del Ayuntamiento de Felanitx, Alexander. No consta probado que en la toma de decisiones estuviera concertado con el resto de los acusados y, en concreto, que su decisión persiguiera asegurar la adjudicación ilícita de los lotes 1 y 2. Sin embargo, la decisión de permitir la sustitución de sobres constituye una irregularidad de singular dimensión que podría haber motivado incluso la nulidad del procedimiento administrativo.

No obstante, no toda irregularidad administrativa es prevaricación. Dado el carácter de urgencia del procedimiento y las reclamaciones que se recibieron por varios licitadores por el desajuste existente entre la publicación del concurso y la publicación de los pliegos, aunque no legal, la ampliación del plazo en dos días para que con arreglo a las bases pudieran presentarse las ofertas no parece una solución del todo descabellada. Y, en consecuencia, la posibilidad de sustituir ofertas para garantizar la igualdad en la concurrencia y evitar una situación discriminatoria tampoco. A su vez, no se advierte que tal circunstancia pudiera tener sentido en una planificación más amplia con relación a adulterar un procedimiento administrativo para que finalmente fuese adjudicatario un licitador que contaba de antemano y con antelación suficiente de los requisitos que se harían públicos con los pliegos administrativos. Si se contaba con esa ventaja, salvo que la intención fuera evitar futuras impugnaciones, en nada contribuía a la ejecución del plan delictivo ampliar el plazo o posibilitar que se sustituyeran ofertas. Ciertamente es también, que la posibilidad de sustituir ofertas podría haber determinado que se incrementase la oferta económica ante una información del contenido de otras ofertas, pero respecto de esto ni se acusa ni existe prueba.

Con todo, como advirtió al TSJ al revisar el expediente administrativo el plazo de diez días con el que se contaba tras la prórroga no pareció insuficiente. En los ocho primeros días tras contar con los pliegos publicados se presentaron 17 ofertas y tras la ampliación del plazo en dos días otras 4.

Otra irregularidad de cierta entidad y sí podría constituir un indicio de conchabamiento o, al menos de algún tipo de adulteración del procedimiento, sería la decisión adoptada por el secretario del Ayuntamiento, desatendiendo la previsión del entonces vigente art. 145.4 RDL 3/2011, de no promover la exclusión del concurso de las entidades ESPAIS NETS MALLORCA, S.L. y MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L.



Consta probado y tampoco ha sido negado por la defensa de Alexander , que en su condición de Secretario tuvo constancia que en el sobre que contenía la oferta de la entidad ESPAIS NETS MALLORCA, S.L.,- presentada por su administrador don Marcelino , con el que consta probada una relación de amistad con el acusado Adrian corroborada por varios testigos y reconocida por él mismo-, se contenía un sello o membrete de la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. Indicio claro de una posible vinculación entre los licitadores y, sin embargo, el Secretario omitió la debida actuación.

No consta que tal circunstancia se cuestionase administrativamente y que hubiera habido una revisión jurisdiccional. No obstante, al margen del eventual reproche de diversa índole que pudiera tener tal conducta, en este proceso penal se acusa a Alexander como cooperador necesario de un delito de prevaricación administrativa. Y además que no hay prueba del concierto con otros acusados y específicamente los integrantes de la junta de gobierno, no consta probada la vinculación societaria entre las dos mercantiles que determinase su exclusión, más allá de la relación personal entre los dos administradores, ni tampoco la arbitrariedad de la conducta por la que se acusa versa sobre esta exclusión sino por la adjudicación en atención a un procedimiento hecho a medida respecto del que no consta concierto entre los distintos acusados.

Es pertinente analizar la resolución administrativa más trascendente, la resolución de 9 de mayo de 2014 dictada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Felanitx, por la que una vez tramitado el procedimiento y a la vista de las valoraciones de las ofertas realizadas, se adjudica la gestión integral y explotación de los servicios de temporada en el litoral marítimo del término municipal de Felanitx. Los lotes 1 y 2 a la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L., el lote 3 a la UTE Petra i BEACH i OCI, S.L., en la que participaban las entidades que ejercen la acusación particular MASISA 2000, S.L. y EL CUIDAREM, S.L., y el lote 4 a la entidad EL CUIDAREM, S.L.

Como hemos indicado, no vemos la relevancia penal en la contratación del Sr. Ángel . No solo en la redacción de los pliegos sino incluso en su contribución en la valoración de ofertas que acabó siendo firmada por el ingeniero municipal. Llegados a este punto, como ya se puso de manifiesto en el proceso seguido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no contamos con una afirmación clara de las razones por las cuales la adjudicación de los lotes 1 y 2 a la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. sería injusta y, en nuestro caso, tan grosera conforme a la legalidad que por dictarse a sabiendas estuviéramos ante una prevaricación administrativa. No se expone con claridad que conforme a las bases hubiera habido un desvío en la puntuación y, en especial, se desatiende un dato fundamental, que el 70% de la puntuación se basaba en el aspecto objetivo de la oferta económica y criterios, y por el que velando por el interés público la oferta de la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. era muy superior a la del resto de licitadores.

Al igual que se realiza por las acusaciones particulares con la petición de responsabilidad civil, en que por automatismo se solicita el resarcimiento sin justificar las razones por las cuales correspondería estar mejor puntuadas sus ofertas, con la exposición de la conducta arbitraria sucede lo mismo.

Se reprocha la valoración de la mejora del parking, el uso de información privilegiada para proponer mejoras en un número muy superior al resto de los licitadores, haber cambiado con antelación el objeto social, adquirido vehículos, ofrecer mejoras que cumplieran con los requisitos para obtener banderas azules, pero no se hace una exposición en atención al aspecto económico de las ofertas y del resto de criterios, de la trascendencia que tendría estos aspectos en la puntuación final.

Se expone que la resolución sería arbitraria sin más por haberse contado con información precisa de los requisitos con antelación y haber preparado mejor la oferta, pero sin concretar teniendo en cuenta las diferencias en el aspecto económico y el resto de la puntuación que obedecía a aspectos en que claramente el ganador superaba al resto de las oferentes, de la trascendencia que habría tenido las mejoras en base a un eventual conocimiento previo de los requisitos que se contenían en los pliegos administrativos.

Esta circunstancia, unida al dato que no existe prueba en el proceso que se hubieran revelado los pliegos por parte del concejal de playas antes de su publicidad y, como se reconoció en juicio, existían filtraciones con relación al concurso, incluso respecto de cuestiones relativa al salvamento, al menos dos meses antes a su publicación, conducen a considerar que no existe prueba bastante con relación a la existencia de una resolución prevaricadora. Este rum rum al que aluden los testigos, también el Sr. Modesto que a través de una UTE también participó en el concurso, pudiera justificar una preparación más detallada de las ofertas, especialmente para empresas del sector acostumbradas a participar en este tipo de concursos. Y, por consiguiente, al no haberse desplegado suficiente prueba de cargo a instancia de las acusadoras para desvirtuar la presunción de inocencia, procede absolver a los acusados de los delitos de prevaricación administrativa continuada.

La testifical del Guardia Civil NUM000 tiene escaso valor, toda vez que fue el suboficial al mando del equipo que estudió la denuncia sobre el concurso de playas de Felanitx y su testimonio se proyecta con relación



a las diligencias policiales que se llevaron a cabo en la investigación policial de los hechos, plasmadas en dos atestados policiales sobre los que se le ha preguntado en juicio, el segundo de los cuales, de agosto de 2017 (acontecimiento 567.12, PDF 221). Sus conclusiones en clave indiciaria no dejan de fundarse en meras sospechas, suficientes para la incoación de unas diligencias previas, pero a todas luces insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

**SEXTO.-** La acusación se dirige también frente a Avelino . El Ministerio Fiscal por un delito de coacciones y Bernardo y la mercantil EL CUIDAREM, S.L. como acusadores particulares por un delito de coacciones y subsidiariamente de daños.

En la relación de hechos de los escritos de acusación se afirma que el acusado Avelino , empleado de la entidad MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L. y habiendo presentado sobres en el concurso, con la intención de intimidar al Sr. Bernardo y a su familia para que cesase en las denuncias sobre las irregularidades detectadas impugnando el concurso, en la madrugada del 24 de julio de 2014, sobre las 01:24 horas, acompañado de su hijo y de otro empleado de MARPORTSUNBEACH MALLORCA, S.L., de forma intencionada dirigió su vehículo, furgón con matrícula NUM001 , Santana, modelo Aníbal, de 2.410 kg de peso, contra la terraza del local de negocio, heladería- crepería, propiedad del Sr. Bernardo y que explotaba a través de la mercantil EL CUIDAREM, S.L., causando daños valorados aproximadamente en 8.000 euros.

El acusado Avelino niega los hechos de los que se le acusa y atribuye los daños ocasionados en la terraza de la heladería Es Cucurutxu a un accidente fortuito. La misma versión sostienen en juicio los testigos Jose Antonio y Geronimo , ambos ocupantes del vehículo conducido el día de los hechos por el acusado Sr. Jose Antonio , siendo el primero hijo del acusado.

Sin embargo, dicha versión exculpatoria, que en parte podría venir avalada por la testifical del Sr. Gonzalo que afirmó haber visto una ambulancia y una persona atendida, testifical propuesta por la defensa del Sr. Jose Antonio , se contradice frontalmente con la declaración prestada en juicio por el testigo Santiago , testigo directo de los hechos y cuya objetividad e imparcialidad no se considera comprometida por parte del Tribunal.

El Sr. Santiago , quien como es lógico por el largo periodo de tiempo transcurrido no recuerda con exactitud todo lo que se le pregunta, explica sin embargo con suficiente precisión de detalles aquello que presenció. Y su testimonio, carente de interés directo o indirecto en el resultado del proceso, toda vez que ninguna relación tiene ni ha tenido con las partes, como hemos indicado, nos resulta del todo verosímil.

El Sr. Santiago explicó en juicio como vio acelerar mucho al Landrover que se empotró contra la heladería. También como previamente oyó "posa'l en marcha". Y que el vehículo aceleraba y "pegaba fuerte" hacia el Cucurutxu. Negando que los ocupantes del vehículo estuvieran dormidos o "gats", refiriéndose a bebidos.

Y dicha testifical, unida a la testifical de Bernardo , encargado del Cucurutxu, quien pese a no haber sido testigo directo de la colisión, resulta testigo directo del estado en que se encontraban los ocupantes del Landrover escasos minutos después de la colisión, refiriéndose a ellos como desafiantes, nos lleva a la firme convicción de que la colisión no fue fortuita, sino buscada, esto es, intencionada. Carácter intencionado que se confirma por el informe de la Guardia Civil obrante en los folios 366 y siguientes del acontecimiento 556.01 Tomo I, así como por la pericial del Sr. Juan Ignacio . Los desperfectos intencionadamente ocasionados en la cafetería Es Cucurutxu quedan por tanto probados.

Cuestión distinta es la calificación jurídica que merecen tales hechos, toda vez que de la prueba practicada en juicio albergamos serias dudas del móvil o intención que impulsaba la actuación llevada a cabo por el acusado Avelino . No queda probado que fuera la de intimidar al Sr. Bernardo y a su familia para que cesase en las denuncias sobre las irregularidades detectadas impugnando el concurso sino tan solo la de causar menoscabo en bienes ajenos.

De lo anterior, es decir, de una voluntad de coaccionar a las personas, pueden existir sospechas, pero no pruebas. Y el Derecho penal tiene proscrito condenar en base a meras intuiciones.

La calificación jurídica que nos merecen los hechos declarados probados es la de daños. Y, en tal sentido, condenamos al acusado Avelino como autor de un delito de daños del artículo 263.1 CP, a la pena de multa de seis meses a razón de cuatro euros diarios, en atención a su capacidad económica, toda vez que el propio acusado ha declarado en juicio que actualmente se encuentra jubilado.

**SÉPTIMO.-** En materia de responsabilidad civil se impone al acusado Avelino la obligación de indemnizar a Bernardo y a la mercantil El CUIDAREM, S.L. en la cantidad de 1.573 euros, más intereses del artículo 576 de la LEC, por los desperfectos ocasionados en la heladería Es Cucurutxu, en atención a la prueba documental aportada al inicio del juicio oral.



**OCTAVO.-** Se impone el pago de una séptima parte de las costas procesales a Avelino , incluyéndose en ellas las de las acusaciones particulares, declarándose de oficio las restantes partes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Juan Francisco , Ángel Daniel , Adrian , Alexander , Ángel y Aquilino de los hechos por los que han sido acusados en el presente procedimiento.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Avelino como autor de un delito de daños, previsto y penado en el artículo 263.1 del Código Penal, a la pena de multa de seis meses a razón de cuatro euros diarios, con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa.

El condenado Avelino deberá indemnizar a Bernardo y a la entidad EL CUIDAREM, S.L. en la cantidad de 1.573 euros, más los intereses legales del artículo 576 de la LEC.

Se impone el pago de una séptima parte de las costas procesales, incluyéndose en ellas las de las acusaciones particulares, al condenado Avelino , declarándose de oficio las restantes partes.

Notifíquese la presente resolución a los acusados y demás partes.

Contra la presente resolución cabe la interposición de RECURSO DE CASACIÓN del que conocerá el TRIBUNAL SUPREMO, en atención a la fecha de incoación de las diligencias previas a que dio lugar la admisión a trámite de la querrela, anterior a la reforma de la Ley Orgánica 41/2015, de modificación de la LECrim.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Raquel Martínez Codina, constituido en Audiencia Pública en la Sala Audiencia de esta Sección. Doy fe.