

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
Sección Quinta

ROLLO DE SALA nº 100-12 (PA), dimanante de :

D. Previas: 2613-10

J.Instrucción: Barcelona nº 10

SENTENCIA

En Barcelona, a 28 de Mayo de 2014

Ilmos Sres.:

Dª Mª Magdalena Jiménez Jiménez.

D. Enrique Rovira del Canto.

D. Jose Luis Ramirez Ortiz.

Vista, en juicio oral y público ante esta Sección de la Audiencia Provincial la presente causa, procedente del Juzgado mencionado en el encabezamiento, por delitos de: APROPIACIÓN INDEBIDA, TRÁFICO DE INFLUENCIAS, FALSEDAD en DOCUMENTO PÚBLICO y PREVARICACIÓN , contra:

1.-Fèlix MILLET i TUSELL, con D.N.I. nº 36.856.961, nacido en Barcelona, el día 8.12.1935, hijo de Fèlix y Monserrat, representado por el procurador Sra. Rodes y defendido por el letrado Sr. Oliva García;

2.-Jordi MONTULL i BAGUR, con D.N.I. nº 38.010.698, nacido en Barcelona, el día 14.10.1942, hijo de Manuel y María, representado por el procurador Sra. Rodes y defendido por el letrado Sr. Pina Masssach;

3.-Carles DÍAZ GÓMEZ, con D.N.I. nº 36.470.117, nacido en Barcelona, el día 14.05.1946, hijo de Luis y María, representado por el procurador Sr. Ranera y defendido por el letrado Sr. Martell Pérez-Alcalde;

4.- Ramón GARCÍA-BRAGADO i ACÍN, con D.N.I. nº 18.003.632, nacido en Huesca, el día 13.08.1957, hijo de Federico y Ana María, representado por el procurador Sr. Sanz y defendido por el letrado Sr. Jufresa Patau;

5.-Ramón MASSAGUER i MELÉNDEZ, con D.N.I. nº 40.287.724, nacido en Girona, el día 15.11.1957, hijo de Ramón y Mª Dolores, representado por el procurador Sr. Sanz y defendido por el letrado Sr. Entrena Fabrè;

6.- Enric LAMBIES ORTÍN con DN.I. nº 40.959.983, nacido en Barcelona, el día 15.06.1957, hijo de Enrique y María, representado por el procurador Sra. Julibert y defendido por el letrado Sr. Condomines Feliu.

Es Acusación Particular.-Fundació privada ORFEÓ CATALÀ-PALAU DE LA MÚSICA CATALANA , representado por el procurador Sra. Llinàs y defendido por el letrado Sra. Rosell Dominguez.

Es Acusación Popular.- ASSOCIACIÓ de VEÏNS per la Revitalització del Casc Antic de Barcelona y ASSOCIACIÓ de VEÏNS en DEFENSA de LA BARCELONA VELLA, representada por el procurador Sr. Moya y asistida del letrado Sr. Asens Llodrà.

Es parte acusadora, en representación del interés público, el Ministerio fiscal, sección delitos urbanísticos, actuando el Ilmo. representante de dicho Ministerio, Sr. A.Pelegrín.

y es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª Mª Magdalena Jiménez Jiménez, quien expresa el parecer del Tribunal, tras deliberación y votación.

ANTECEDENTES de HECHO

PRIMERO.- La presente causa fue recibida en esta sección- por turno de reparto-, en fecha 16.11.12 , planteando la abstención dos Magistrador de la sección, la Sra. Guindulaín Oliveras, (Presidenta de la sección) en fecha 19.11.12 y el Sr. Assalit Vives, en fecha 4.12.12 ; abstenciones que se tramitaron conforme a derecho, en piezas separadas de expedientes gubernativos, siendo admitidas por Autos respectivos de fechas 20.11.12 y 22.01.13 , comunicando dichos Autos al Ilmo. Presidente de la Audiencia Provincial de esta ciudad a fin de que, ante la existencia de solo dos magistrados no abstenidos de la sección, designara un tercero para formar Tribunal, designando un magistrado de la sección 6º (D. Jose Luis Ramires Ortiz) que es la sección sustitutiva natural de esta sección quinta.

Configurado el Tribunal con la Presidencia de la propia Ponente por razones de antigüedad en la Carrera judicial y, comunicado a las partes, se dictó Auto de admisión/inadmisión de pruebas en fecha 9/04/09 siendo señalado el Juicio oral a celebrar en las siguientes sesiones : 30 sep,1,2,7,8,9,14,15,16,21,22,23,30 de Octubre y 4,5,6 de Noviembre, si bien dicho señalamiento fue suspendido de forma anticipada por imposibilidad de uno de los letrados por tener señalada causa preferente conforme al art 188.6º L.E.Civil, por lo que se señaló de nuevo, comenzando el día previsto 24.02.14 con la apertura del turno previo de intervenciones donde fueron planteadas diversas cuestiones previas que fueron resueltas por el Tribunal verbalmente, el mismo día y tras suspender el juicio aproximadamente una hora para su estudio y deliberación. El día 25.02.14, el letrado del acusado MILLET solicitó suspensión del juicio por causa justificada acompañando informe de urgencia de fecha 25.02 del presente, 8:30 horas con

diagnóstico de rotura de femur, ante la cual, se suspendió la sesión a fin de que le médico-forense de guardia de Granollers se desplazara al hospital para verificar el estado del paciente y su imposibilidad de desplazarse a Barcelona, siendo recibido dictamen de dicha forense esa misma mañana, informando que debía de ser sometido a operación quirúrgica y, a su juicio, tardaría unos 10 días en recuperarse, siendo suspendidas las vistas orales hasta fecha 10.03.14 en que se reanudó el juicio y continuó sin incidencias durante los días: 11,12,13, 17,18,19,24,26,27,28, 31 de Marzo y 1,2,3,7 y 8 de Abril del presente hasta su finalización en fecha 8.04.2014; juicio que obra reproducido por grabación Arconte.

SEGUNDO.- En conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal interesó la condena de los acusados, por los delitos que se relacionan, y a las penas que se indican :

1.-Fèlix MILLET i TUSELL y 2.-Jordi MONTULL i BAGUR:

a/ Como penalmente responsables en concepto de autores, cada uno de ellos, de un delito de tráfico de influencias cometido por particular previsto en el art. 429 C.p en concurso ideal medial del art 77 Cp con un delito continuado de apropiación indebida previsto en los arts 252,250.1º6 (por el valor de la defraudación) y 74. 1 y 2 del Cp en su redacción anterior a la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno, de prisión de 5 años y 7 meses con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la de Multa de 12 meses con una cuota diaria de 50 euros.

b/ Como penalmente responsables en concepto de coautores, cada uno de ellos, de un delito continuado de falsedad en documento oficial previsto en el art. 390 nº 1.4 y 74.1 Cp en concurso ideal medial del art. 77 Cp con un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 y 74.1 Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno, de: prisión de 4 años y 7 meses con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa de 20 meses con cuota diaria de 50 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art 53.1 Cp, e inhabilitación especial para oficio o cargo público durante 5 años por el delito continuado de falsedad en documentos oficiales. Y la pena, para cada uno, de inhabilitación especial para oficio o cargo público durante 8 años y 6 meses, por el delito continuado de prevaricación.

3.- Carles DÍAZ GÓMEZ:

Como penalmente responsable en concepto de coautor de un delito continuado de falsedad en documento oficial previsto en el art. 390 nº 1.4 y 74.1 Cp en concurso ideal medial del art. 77 Cp con un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 y 74.1 Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, de: prisión de 4 años y 7 meses con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa de 8 meses con cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art 53.1 Cp, e inhabilitación especial para oficio o cargo público durante 5 años por el delito continuado de falsedad en documentos oficiales. Y la pena, para cada uno, de inhabilitación especial para oficio o cargo público durante 8 años y 6 meses, por el delito continuado de prevaricación.

4.- Ramón GARCÍA-BRAGADO i ACÍN , 5.-Ramón MASSAGUER i MELÉNDEZ y 6.- Enric LAMBIES ORTÍN:

Como penalmente responsables en concepto de coautores, cada uno de ellos, de un delito continuado de falsedad en documento oficial previsto en el art. 390 nº 1.4 y 74.1 Cp en concurso ideal medial del art. 77 Cp con un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 y 74.1 Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno, de: prisión de 4 años y 7 meses con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa de 20 meses con cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art 53.1 Cp, e inhabilitación especial para oficio o cargo público durante 5 años por el delito continuado de falsedad en documentos oficiales. Y la pena, para cada uno, de inhabilitación especial para oficio o cargo público durante 8 años y 6 meses, por el delito continuado de prevaricación.

Costas conforme indica el art. 123 CPenal

En concepto de **RESPONSABILIDAD CIVIL**, los acusados **Fèlix MILLET i TUSELL y Jordi MONTULL i BAGUR** deberán de indemnizar, conjunta y solidariamente a la Fundació Orfeó Català-Palau de la Música Catalana en la cantidad de **567.000 euros** más intereses legales y a la Generalitat de Catalunya en la cantidad de **333.000 euros**, más intereses legales, conforme se expone en la conclusión primera.

TERCERO.- El letrado de la Acusación Particular, en igual trámite, interesó la condena de los acusados **,Fèlix MILLET i TUSELL y Jordi MONTULL i BAGUR**, como autores penalmente responsables de un delito continuado de apropiación indebida previsto en los arts 252,250.1º6 Cp (por el valor de la defraudación) en relación con el art. 74. 1 y 2 del mismo texto legal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de prisión de 6 años con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la de Multa de 12 meses con una cuota diaria de 15 euros y, en caso de impago, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art 53 C.penal.

Solicita la condena de ambos al pago de las **COSTAS** procesales.

En concepto de **RESPONSABILIDAD CIVIL**, ambos acusados deberán satisfacer, conjunta y solidariamente, a la Fundació privada Orfeó Català-Palau de la Música Catalana la suma de **900.000 euros**, correspondiente a las cantidades indebidamente apropiadas por aquéllos, cantidad ésta que deberá de ser incrementada con el importe de los intereses legales.

CUARTO.- El letrado de la Acusación Popular, en igual trámite, interesó la condena de los acusados, , por los delitos que se relacionan, y a las penas que se indican

1.-Fèlix MILLET i TUSELL :

a/ Como penalmente responsable, en concepto de autor, de un delito continuado de apropiación indebida previsto en los arts 252,250.1º Cp (por el valor de la defraudación) y 74. del Cp , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 6 años con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la de Multa de 12 meses con una cuota diaria de 400 euros y, en caso de impago, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el C.penal

b/ Como penalmente responsable, en concepto de autor ,de un delito de tráfico de influencias previsto en el art. 429 C.p en concurso ideal medial del art 77 Cp con un delito de oferta de realizar tráfico de influencias previsto en el art 430 Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa proporcional de 3.604.857,60 euros y, en caso de impago, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el C.penal.

2.-Jordi MONTULL i BAGUR:

a/ Como penalmente responsable, en concepto de autor, de un delito continuado de apropiación indebida previsto en los arts 252,250.1º Cp (por el valor de la defraudación) y 74. del Cp , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 6 años con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la de Multa de 12 meses con una cuota diaria de 300 euros y, en caso de impago, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el C.penal

b/ Como penalmente responsable, en concepto de autor ,de un delito de tráfico de influencias previsto en el art. 429 C.p en concurso ideal medial del art 77 Cp con un delito de oferta de realizar tráfico de influencias previsto en el art 430 Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa proporcional de 901.214,40 euros y, en caso de impago, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el C.penal

3.- Carles DÍAZ GÓMEZ:

Como penalmente responsable en concepto de cooperador necesario de un delito de tráfico de influencias cometido por particular previsto en el art 429 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 9 meses con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa proporcional de 500.000 euros y, en caso de impago, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el C.penal

4.- Ramón GARCÍA-BRAGADO i ACÍN:

a/ Como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de tráfico de influencias cometido por funcionario público previsto en el art 428 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 6 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 años.

b/ Como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación previsto en el art. 404 Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 años.

5.-Ramón MASSAGUER i MELÉNDEZ

a/ Como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de falsedad en documento público previsto en el art. 390.1.4º Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 3 años con accesoria legal y a la pena de Multa de 6 meses con cuota diaria de 20 euros y , en caso de impago, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el C.penal, así como a la pena de de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 años.

b/ Como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación previsto en el art. 404 Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 años.

6.- Enric LAMBIES ORTÍN:

Como penalmente responsable en concepto de autor de un delito de falsedad en documento público previsto en el art. 390.1.4º Cp, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 3 años con accesoria legal y a la pena de Multa de 6 meses con cuota diaria de 20 euros y , en caso de impago, con responsabilidad personal subsidiaria prevista en el C.penal, así como a la pena de de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 años.

Costas conforme indica el art. 123 CPenal

En concepto de **RESPONSABILIDAD CIVIL** no efectúa petición alguna al haber renunciado la Generalitat de Catalunya.

QUINTO.-Los letrados de los respectivos seis acusados, en igual trámite, interesaron la libre absolución de sus respectivos defendidos con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- De la apreciación crítica de la prueba practicada resulta probado y como tal se declara que:

La Fundació Orfeo Català- Palau de la Música Catalana (en adelante : La Fundación) es una fundación benéfica de tipo cultural e inscrita en el registro de fundaciones de la Generalitat y de sus Estatutos se desprende que su finalidad es fomentar toda clase de actividades culturales, especialmente de tipo musical. Es una institución cultural de gran prestigio internacional , auspiciada por las instituciones públicas y muy estimada para los catalanes.

A/ Los acusados, **Fèlix MILLET i TUSELL** (Presidente de la Fundación desde , al menos, 1993 y hasta agosto de 2009) y **Jordi MONTULL i BAGUR** (Director de la Fundación, al menos, entre 2003 y agosto de 2009), ambos mayores de edad, sin antecedentes penales y en situación de libertad provisional, de la que estuvieron privados por esta causa entre el 17 de junio y el 30 de junio del año 2010, hacía tiempo que tenían “ in mente” impulsar la construcción de un hotel en las proximidades del Palau de la Música(sito en el Barrio de “ La Rivera” perteneciente al Distrito de “ Ciutat Vella”, casco histórico de la ciudad de Barcelona) movidos por el ánimo de obtener un beneficio económico, tanto para sí como para la Fundación en cuyo nombre obraban y, en un momento ulterior y siquiera de forma indirecta, también para la empresa privada que se haría cargo de la construcción y gestión del hotel; beneficio económico que para los mentados acusados y para la Fundación, suponía un “ coste 0” por lo que resultaba injustificado.

Para llevar a buen término el plan propuesto, había que pasar por diferentes etapas dilatadas en el tiempo.

a) Así, ya en fecha **10.11.03, mediante Escritura Pública (no inscrita en el Registro de la Propiedad)** el acusado Millet, en representación de la Fundación, exponiendo la intención de impulsar la construcción de un hotel, suscribe con el Institut dels Germans de les Escoles Cristianes (en adelante, la Salle Condal) un contrato que denominan: “ Cesión gratuita de fincas a cambio de edificación futura sobre finca propia . Por medio de este contrato , la Salle Condal cede a la Fundación la propiedad de las fincas 13bis, 15 y 17 de la C/ Sant Pèrre més Alt, el callejón Hort d'en Faba y los derechos de subsuelo y vuelo invertido de las fincas nº 2 a 8 sitas en C/ Amadeu Vives (en adelante, las fincas) a cambio de que la Fundación costee las obras y corra con todos los gastos de rehabilitación del Colegio la Salle Condal que, en ese momento, se presupuestan en 4.488.491,20 euros, obras que se estipula estén finalizadas en un determinado plazo , el cual se va prorrogando, en sucesivos acuerdos, siendo la fecha estipulada en la última prórroga el 30.09.10. En la cláusula 7º de dicha escritura se pacta que la Salle Condal autoriza a la Fundación , sin necesidad de consentimiento expreso de ésta, a ceder los derechos y obligaciones que se adquieren en méritos de esta Escritura a favor de terceros que se subrogarán en dichos derechos y obligaciones.

Dichas fincas tenían asignado uso de equipamiento educativo (clave 7) y, para conseguir el objetivo de Millet y Montull, de construcción de un hotel, era preciso asignarles uso residencial (clave 12). Es decir, se precisaba una modificación del uso inicialmente asignado en el Plan General Metropolitano (en adelante: PGM), lo que suponía la tramitación de la modificación puntual de ese plan general, lo cual se hizo a iniciativa particular a instancias de la Fundación.

Para justificar esa modificación y ,a fin de quedar enmascarados sus objetivos económicos antes las autoridades que debían de aprobarla, decidieron, previamente al inicio de la tramitación, asesorados por un abogado contratado al efecto, firmar dos Convenios con instituciones públicas competentes, Convenios que serían la causa de la propuesta de modificación que iban a presentar .

Y es a partir de este momento cuando ambos acusados, actuando de común acuerdo, aprovechándose de ese prestigio y ascendencia moral y de las ventajas que les proporcionaban sus respectivos cargos, comienzan a ponerse en contacto sin cesar (por medio de reuniones, llamadas telefónicas, cartas, e-mails..), en primer lugar, con las autoridades competentes para la firma de los Convenios, comunicaciones en las que no se limitaban a contrastar los borradores elaborados por su abogado para darles el redactado final con dichas autoridades a fin de proceder a sus respectivas firmas, sino que les insistían y les sugestionaban con expresiones tales como: "estamos preocupados por este tema.." " ... pedirte urgencia en este tema, pero vemos que no encontramos la persona que nos dé la solución", " te agradecería me pudieses hacer una carta de intenciones para enseñarla a los hermanos de La Salle y una nota en la que se hiciera el comentario de que en el espacio de 10 años el hotel podría convertirse en viviendas... para convencer a los hoteleros"

De esta forma, lograron convencer a las autoridades competentes para la firma de los dos Convenios (instrumentos justificativos de la modificación del P.G.M.):

1.- Convenio de fecha 8.03.06, suscrito entre la Fundación y el Conseller de Economía de la Generalitat. En su contenido se estipula : la permuta de calificaciones (o transferencia de usos) entre las fincas de la Fundación y la finca sita en C/ Ciutat, 1, sita en el mismo distrito de Ciutat Vella y bien patrimonial de la Generalitat; de forma que las primeras pasan a tener uso residencial (para que en ellas se construya el hotel , recogándose la posibilidad de que, transcurridos 12 años, pueda transformarse en uso de vivienda) , mientras que la finca de la Generalitat pasa a tener uso de equipamiento (en vez del residencial que tenía asignado previamente). Una vez asignado uso residencial, las fincas de la Fundación se valoran, aproximadamente, en 15 Millones de euros. Acuerdan que quien compense a la Generalitat por la pérdida de valor de su bien patrimonial, sea el tercero que asumirá los costes de construcción del hotel , quien será también quien compense a la Fundación " por ser titular de las fincas". En la estipulación 2ª, párrafo 4º, se convenía que "" No obstante lo anterior, la Fundación... se compromete a no llevar a término ningún acto ni preparar ningún documento en relación a la mencionada modificación puntual del P.G.M. en tanto no haya formalizado , con el VºBº de la Generalitat de Catalunya , los documentos contractuales pertinentes con la entidad que asuma la construcción hotelera.."

Es decir, la Fundación, antes de la presentación formal de la propuesta de la modificación puntual del P.G.M. el 13.03.07, debió de notificar los contratos suscritos con " Olivia..", es

decir, el contrato privado de 20.12.06 y las dos escrituras públicas de fecha 12.07.07 donde se concretaba y desarrollaba dicho contrato privado, a fin de que la Generalitat les diese su Vº Bº. Como ANEXO a dicho Convenio, se recogen las cuantías de las compensaciones acordadas a una y otra, de forma que, partiendo del valor mínimo de 15 millones de euros, el 37% serían para la Generalitat (5.500.000 euros) y el 63% para la Fundación (9.450.000 euros).

La Fundación incumplió la referida obligación convenida con la Generalitat , incumplimiento que ésta ha hecho valer ante la Jurisdicción contencioso- administrativa , en procedimiento en trámite.

Este Convenio no se publicó y no se incluyó dentro de la preceptiva documentación legal que integraba la propuesta de la modificación del P.G.M. a instancias de la Fundación.

2.- Convenio de fecha 24.10.06, suscrito entre la Fundación, la Generalitat y el Ayuntamiento. Recoge, de forma muy genérica, los acuerdos adoptados en el anterior convenio en lo que se refiere a la transferencia de usos entre las fincas de la Fundación y la finca de la Generalitat, (pero sin especificar que el uso residencia asignado a las fincas de la Fundación lo es para uso hotelero con posibilidad de construcción de viviendas a los 12 años) , así como el compromiso de las Administraciones (Ayuntamiento y Generalitat) de efectuar las actuaciones previstas , dentro de sus respectivas competencias, para la tramitación de la modificación del P.G.M. Nada más

Este Convenio tan genérico , en la estipulación 2, al final del tercer párrafo, efectúa una remisión esencial: “ Todo esto en los términos y condiciones que se acuerdan en el documento suscrito entre Generalitat y la Fundación , el 8.03.06”

Este Convenio se publicó y se incluyó dentro de la preceptiva documentación legal que integraba la propuesta de la modificación del P.G.M. a instancias de la Fundación.

Una vez firmados estos dos Convenios, que eran los instrumentos justificativos, de la modificación del P.G.M. a propuesta de la Fundación, propuesta que se presentó formalmente, el 13.03.07, el acusado Montull, con la aquiescencia del acusado Millet, continuaron de forma mucho más intensa, esa actuación incesante de comunicación, a través de los medios citados y en las que no se limitaban a una mera solicitud de información en los diversos actos de trámite que configuran la modificación del planeamiento sino que fueron más allá, utilizando expresiones insistentes, sugestivas, de ruego e, incluso representativas de verdaderas “indirectas” que, objetivamente, suponen verdadera presión, expresiones dirigidas a las autoridades competentes para la adopción de decisiones, en todas las fases de la tramitación y que debían de aprobar de forma definitiva la modificación del PGM , a las que debían de elaborar informes preceptivos y a los mayores representantes de los partidos políticos que formaban el arco municipal, puesto que la aprobación de dicha modificación exigía mayoría absoluta. Expresiones en las que se expone (al acusado Gª Bragado, Concejal de urbanismo y 4º teniente de alcalde) su preocupación por el voto en contra – a la modificación- de un partido político, así como la “ esperanza” de rapidez en la tramitación. Y , otras (dirigidas al acusado Massager, gerente de urbanismo) mucho más explícitas: “.. que me pudieses echar una mano”, “ te pido tu apoyo y que pongas al corriente del tema a la nueva concejal de Ciutat Vella (Dña itziar González) para que sepa que todo el Ayuntamiento y la Generalitat están de acuerdo” “ .. pedirte auxilio. Tenemos el tema parado en el Distrito de Citat Vella. Dinos

que podemos hacer.. nuestras insistencias ante la concejal de Distrito no prosperan. Y, otras que encierran verdaderas presiones (dirigidas a Itziar, concejal del Distrito de Ciutat Vella cuyo plenario emite informe preceptivo en la modificación de ese P.G.M.) denigrando el proceso de participación ciudadana que se puso en marcha a su instancia, ante la gran oposición vecinal al proyecto hotelero y reprochándole el menosprecio al gremio de hoteleros que estaban a favor de tal proyecto.”

En suma, actuaciones insistentes y persistentes en el tiempo a través de las cuales ponían el acento en el supuesto interés general del proyecto hotelero, haciendo desviar la atención de las autoridades a las que iban dirigidas sobre aquellos aspectos de los que se deducía el beneficio económico por ellos pretendido.

b) Paralelamente a la ejecución de los mencionados hechos por parte de ambos acusados y, una vez garantizado el apoyo institucional mediante la firma de los Convenios, Montull, siempre con la aquiescencia de Millet, durante el mes de noviembre de 2006, envía cartas a diversas empresas hoteleras a fin de adjudicar a una de ellas la construcción y gestión del hotel, gestiones que concluyen con la firma del **Contrato Privado de fecha 20.12.06** entre el acusado Millet (en representación de la Fundación) y Manuel Valderrama (en representación de “ Olivia, Hotels, S.A.”, única interesada en llevar a cabo el proyecto hotelero) y en el que estipulan que, a partir de esa fecha, el adjudicatario asume y se subroga en todos los derechos y obligaciones convenidos : correr con el coste de rehabilitación de las obras de La Salle (que, en ese momento, ya ascendían a 5.843.928 euros), con la compensación de la Generalitat por importe de 5.500.000 euros y con la compensación a la Fundación por importe de 3.606.072 euros a cambio, tácitamente, de adquirir la propiedad de las fincas “ de la Fundación”.

Antes de esa firma, alrededor del 12.12.06, Montull , con la aquiescencia de Millet, exigió a M. Valderrama la entrega de 900.000 euros a fin de que , durante toda la tramitación de la modificación puntual del P.G.M, la Fundación siguiera apareciendo, en toda la documentación técnica integrante de la propuesta de modificación, no sólo como impulsor cultural de la misma sino como propietario de las fincas y promotor inmobiliario , enmascarando – que no ocultando- la nueva titularidad de las fincas ante las Autoridades y la ciudadanía , para que , aprovechando el prestigio de la Fundación, ambos acusados siguieran convenciendo a las Autoridades- como ya lo venían efectuando –y así facilitar la aprobación de esa modificación , imprescindible para construir el hotel que contaba con una fuerte oposición vecinal, la cual se incrementaría de conocerse públicamente que era una empresa privada la titular de esas fincas donde, dicha empresa, iba a construir y gestionar un hotel.

En cumplimiento de tal exigencia y, en el concepto expuesto, en fecha 20.12.06 , de la firma del contrato privado, M. Valderrama entrega a Millet y Montull la cantidad de 470.000 euros y otros 425.000 euros , en fecha, 11.07.07, justo el día antes de elevación a público de ese contrato privado, que se formalizó en dos escrituras de la misma fecha: 12.07.02 (que se inscribieron en el Registro de la Propiedad) , donde se concretaban y desarrollaban las estipulaciones convenidas en el mencionado contrato privado y, una vez que el 13.03.07, la Fundación había presentado formalmente ante el Ayuntamiento la propuesta de modificación puntual del P.G.M.

Y sin que haya resultado acreditado que esa cantidad de 895.000 euros entregada por M. Valderrama a Millet y Montull, en dos veces sucesivas, fueran parte del precio de las fincas

, fijado en 15 millones de pesetas ni, mucho menos, que fuera una comisión entre particulares para la adjudicación de un proyecto hotelero en la que "Olivia.." no tuvo competidores.

c) A través de la actuación descrita en el apartado a) y, siempre aprovechándose de ese prestigio y ascendencia moral ya referidos, los mentados acusados, incidieron en la voluntad y lograron convencer, en concreto, **a los acusados Ramón GARCIA-BRAGADO i ACÍN y Ramón MASAGUER MELENDEZ**, ambos mayores de edad, sin antecedentes penales y en situación de libertad por esta causa, quienes "de facto" y obrando dentro de sus competencias, aprobaron definitivamente la propuesta de modificación puntual del P.G.M., modificación que perseguía la obtención de 3.606.072 euros a favor de la Fundación y, una vez construido el hotel, la obtención de los correspondientes beneficios económicos derivados de su explotación, a favor de la empresa privada "OLIVIA HOTELS, S.A." (en adelante: "OLIVIA.."), beneficios perseguidos pero no obtenidos a fecha de la interposición de las querellas generadoras del procedimiento ni a fecha de hoy, no obstante lo cual, por efecto de tal modificación, actualmente, "las fincas" adquiridas por "OLIVIA.." tienen asignado un uso hotelero en vez de equipamiento cultural. **Modificación que no estaba suficientemente motivada en cuanto a su necesidad, oportunidad y conveniencia, en relación al Interés Público que guía la función pública del Urbanismo.**

d) No resulta acreditado que el acusado **Carles DIAZ GOMEZ**, mayor de edad y sin antecedentes penales en situación de libertad por esta causa, supervisor de la propuesta de modificación del P.G.M. y arquitecto director de la ejecución del hotel, conociese el propósito lucrativo que guiaba la actuación descrita y cometida exclusivamente por los acusados Millet y Montull

B/ Por aplicación de la legislación autonómica de urbanismo aplicable a la fecha de los hechos, la competencia para la aprobación inicial y la provisional (que requieren mayoría absoluta) de la modificación puntual del P.G.M. propuesta por la Fundación, corresponde a la Comisión Municipal de Urbanismo, órgano colegiado formado por representantes de los diversos grupos políticos, Presidida por el acusado G^a BRAGADO, concejal de urbanismo del Ayuntamiento de Barcelona y 4º teniente de alcalde, desde junio de 2007, formando parte de la misma el también acusado MASSAGER, gerente de urbanismo del Ayuntamiento de Bna y mayor cargo técnico en la materia, desde el año 2004. La competencia para la aprobación provisional es la Subcomisión de urbanismo, formada por 10 representantes políticos, 5 designados por la Generalitat y 5 por el Ayuntamiento.

El gerente de urbanismo (MASAGUER), en fecha 8.04.08, emite Propuesta de Acuerdo del siguiente tenor: "Aprobar inicialmente ... la modificación del PGM... promovida por la Fundación (en fecha 13.03.07).. y exponerla al público por el plazo de un mes." A dicha Propuesta muestra su CONFORMIDAD, en fecha 10.04.08, el Concejal de urbanismo y 4º teniente de Alcalde (G^a -BRAGADO) y la somete al acuerdo de la Comisión de Urbanismo de la misma fecha (10.04.08) que adopta el acuerdo de APROBACIÓN INICIAL de esa propuesta de modificación, siendo publicada en el DOGC el 2.05.08, en la Vanguardia y en el Tablón de Edictos del ayuntamiento, concediendo el término de un mes para formular alegaciones.

Tras el trámite de exposición pública y a la vista de las numerosas alegaciones, tanto en el plazo de ese mes como en el trámite de participación ciudadana que se abrió a instancias del la Concejal de Distrito de Ciutat Vella y a la vista del Informe PRECEPTIVO de la Comisión Territorial de patrimonio de la Generalitat informando negativamente a la propuesta de descatalogación de dos fincas, se decide efectuar una nueva Propuesta de Modificación del PGM por el impulsor (La Fundación) en fecha 10.02.09 que recoge algunas de esa alegaciones, si bien no se retrotrae el procedimiento al considerarlas alteraciones no sustanciales y la nueva propuesta es la que se traslada para su aprobación provisional al Organo competente que es, de nuevo, la Comisión de urbanismo municipal.

La Propuesta de Acuerdo efectuada por el gerente de urbanismo (MASSAGUER), en fecha 14.04.09, es del siguiente tenor: “ Aprobar provisionalmente ... la modificación del PGM... promovida por la Fundación, ... con las modificaciones a que hace referencia el informe de la Dirección de los Servicios de Planeamiento; resueltas las alegaciones presentadas en el trámite de información pública de la aprobación inicial de conformidad con el informe de la mencionada Dirección, de valoración de las alegaciones; informes, los dos, que constan en el expediente y a efectos de motivación se incorporan a este acuerdo .. y remitir el expediente a la Subcomisión de Urbanismo municipal para su aprobación definitiva.” A dicha Propuesta muestra su CONFORMIDAD, en fecha **16.04.09**, el Concejal de urbanismo y 4º teniente de Alcalde (Gª –BRAGADO) y la somete a la aprobación del Consell Municipal y al acuerdo de la Comisión de Urbanismo de la misma fecha (16.04.09) que adopta el acuerdo de APROBACIÓN PROVISIONAL de esa propuesta de modificación que es avalada por el Consell Municipal en sesión de 24.04.09 , y ordena remitir el expediente a la Subcomisión de urbanismo para su aprobación definitiva.

La aprobación definitiva acordada en sesión de la Subcomisión de urbanismo de fecha **22.07.09** fue automática, en este caso, una vez que se aprobó la modificación provisional, ante la ausencia de nuevas incidencias.

a) La propuesta de Modificación del P.G.M. presentada el 10.02.09 (con las correcciones introducidas tras los trámites de información pública, participación ciudadana e informe preceptivo de la Comisión Territorial de Patrimonio) que se aprobó provisional y definitivamente recogía toda la documentación exigida por la legislación urbanística. Sin embargo, no estaba suficientemente motivada (en la MEMORIA) en cuanto a la necesidad, oportunidad y conveniencia de la construcción del hotel proyectado en esas fincas , en relación al Interés Público que guía la función pública del Urbanismo. Los acusados Gª- Bragado y Massager , en el ejercicio de su respectivas competencias en urbanismo, no exigieron , antes de la aprobación provisional , al proponente de esa modificación (La Fundación) la presentación de una NUEVA MEMORIA que complementara tan esenciales deficiencias

b) Los acusados Gª Bragado y Massaguer, al examinar la documentación incluida en la propuesta de modificación, vieron que dentro de la misma estaba incluido el Convenio de 24.10.06 el cual remitía en todo al Convenio de 8.03.06 que no estaba incluido entre dicha documentación, no obstante lo cual, en el ejercicio de su respectivas competencias en urbanismo, no exigieron , antes de la aprobación provisional , al proponente de esa modificación (La Fundación) la incorporación de ese Convenio de 8.03.06, sin la lectura de cuyo contenido era imposible comprender el contenido del de fecha 24.10.06.

c) En fecha 10.02.09 , tras la aprobación inicial, la Comisión Territorial del Patrimonio Cultural de la Generalitat, de la que no formaban parte ninguno de los acusados, en sesión de 17.09.08, emitió INFORME PRECEPTIVO en el que acordaba : “ DENEGAR la descatalogación de los edificios 13 bis y 15 de la C/ Sant Père més Alt .. por el hecho de considerar que debe respetarse la alineación viaria, la “piel” de las fachadas y la volumetría; y respecto a la finca nº 17 , se entiende que el nivel de protección documental (D) de la finca, posibilita su derribo, siempre que se hagan los trabajos de prospección documental oportunos”.

Dicho Informe fue asumido y reproducido en el emitido por el Departamento de Patrimonio arquitectónico , histórico , artístico del Ayuntamiento.

Lo cual significa que en las dos primeras fincas había que conservar las fachadas (nada se decía del interior) y la tercera podía ser derribada. Y esto es lo que se aprobó de forma provisional y definitiva en la modificación del P.G.M.

d) La Aprobación inicial de la modificación del P.G.M. fue publicada durante el plazo de un mes para alegaciones, dándose cumplimiento al trámite PRECEPTIVO de Información Pública.

Además, entre la Aprobación Inicial y Provisional, se abrió un proceso de PARTICIPACIÓN CIUDADANA, de carácter POTESTATIVO , y en el que se partía de una INVARIABLE: la construcción del hotel, de forma que las asociaciones vecinales no podían opinar sobre si consideraban de interés general o no la construcción de ese hotel en su Distrito, por lo que se retiraron del proceso participativo.

C/ En el apartado 5 de la Memoria (tanto en la 1ª propuesta de 13.03.07, como en la 2ª de 10.02.09) se hizo constar ,falsamente, que las fincas donde se iba a contruir el hotel eran propiedad de la Fundación, cuando, en realidad y según constaba en el Registro de la propiedad, eran de la empresa “ OLIVIA...” sin que resulte acreditado que los acusados Gª Bragado y Massaguer tuvieran conocimiento fehaciente de este hecho falseado y sin que tampoco resulte acreditado que lo tuviera el acusado DIAZ, habiendo , sin embargo, resultado acreditado que sí lo tenían los acusados MILLET y MONTULL.

También ha resultado acreditado que el acusado **Enric LAMBIES ORTÍN**, mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación de libertad por esta causa, funcionario de carrera y en el periodo temporal de la tramitación de la modificación, Director Jurídico de Urbanismo del Ayuntamiento de Barcelona, emitió dos informes durante esta tramitación: uno, a fecha 8.04.08, previo a la aprobación definitiva y otro, a fecha 14.04.09, previo a la aprobación provisional, informes que se incorporaron al procedimiento y sirvieron para la motivación del mismo.

En sendos informes hizo constar , a sabiendas de su falsedad, que el propietario de las fincas era la Fundación, cuando desde el 27.02.08 había tenido conocimiento fehaciente que el propietario de tales fincas era “ OLIVIA..”, al habérselo comunicado una letrada del Servicio de Planeamiento quien había obtenido una nota simple del registro de la propiedad por vía telemática.

No obstante lo cual, dicha falta de verdad resultaba irrelevante para la aprobación de la modificación puntual del P.G.M. que nos ocupa, desde un punto de vista de legalidad urbanística, puesto que la legislación aplicable y en vigor a la fecha de la tramitación no exigía la especificación de la relación de propietarios en los cinco años inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento de modificación, al no tratarse de un supuesto de modificación global de usos ; sin perjuicio de que resultara relevante desde el punto de vista del ciudadano, de la opinión pública y, sin perjuicio de que, desde luego, si resultara relevante en la tramitación del Plan de Mejora urbana (en adelante: P.M.U.) , instrumento de planeamiento derivado que desarrollaba sobre el terreno la modificación aprobada del P.G.M. al ser exigido dentro del concepto legal de “ estructura de la propiedad” que compete especificar a los particulares que propongan una modificación del planeamiento derivado (a la Fundación, en este caso) , PMU que , aprobado inicialmente en fecha 13.07.09, sin embargo, en fecha 22.10.09, la Comisión de urbanismo procede a la suspensión de la aprobación definitiva, concediendo al impulsor un plazo de 3 meses para subsanar esa ausencia de acreditación del propietario de las fincas, lo cual fue subsanado por la nueva gestora de la Fundación, Sra. Carulla, lo cual no evitó que en fecha 18.03.10 fuera declarada la caducidad de este expediente administrativo, al no haberse subsanado la ausencia de especificación de la viabilidad económica del proyecto hotelero , por parte del nuevo propietario (“ OLIVIA..”); de ahí que, al no haberse adoptado ninguna Resolución en relación a este P.M.U., la tramitación de éste no pueda ser sometida a enjuiciamiento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PREVIO I.- Cuestiones previas.

Si bien ya fueron resueltas, siendo desestimadas, verbalmente todas las cuestiones previas alegadas por las diferentes defensas, en el turno previo de intervenciones a juicio oral, en fecha 24.02.14, recogidas en el Acta mediante gravación arconte, las redactamos por escrito en este fundamento, de forma sistemática.

“ A priori”, como ya anunciamos en juicio, las cuestiones previas planteadas fueron , en su mayoría, reproducción de cuestiones procesales planteadas en sede instructora y cuya desestimación , tanto en el correspondiente Auto inicial como en el Auto desestimatorio de los recursos de reforma , dictados por la Juez “ a quo” fue elevada a la sección 9ª de esta Audiencia Provincial que desestimó los correspondientes recursos de apelación. Si bien sabemos que dichas Resoluciones no nos vinculan, sin embargo, con caracter general, estamos de acuerdo con sus respectivos contenidos.

1.- Cuestión de competencia parcial por declinatoria, al amparo del art 32 L.E.Crim., en relación a la vulneración del art. 24.2 C.E, en su vertiente de “ Juez ordinario predeterminado por la Ley” y del art 17.5 LECrim en relación a la conexidad delictiva, planteada por las defensas de MILLET y MONTULL. (resolución en : folios 392 y 1248 y ss de las actuaciones).

La base de la cuestión planteada es la consideración de que los hechos objeto del presente enjuiciamiento conforman una parte de la presunta apropiación indebida y/ o administración desleal continuada que se está ya investigando ante el Juzgado de

Instrucción de Barcelona nº 30 , en diligencias previas nº 3360/2009, existiendo entre ambos procedimientos : identidad de sujetos, identidad de hechos y continuidad delictiva (porque el hecho cuya persecución aquí se pretende se enmarca en el mismo contexto espacio, temporal que los hechos que se instruyen en aquél).

a.- En cuanto a la vulneración del art. 24.2 CE , no concurre en el caso presente, puesto que habiendo sucedido los hechos en la ciudad de Barcelona, cualquier Juzgado de Instrucción de esta capital es competente para la instrucción (art 14 L.E.Crim), dado que todos ellos gozan de competencia territorial, objetiva y funcional, sin perjuicio de las normas de reparto que son una cuestión de organización interna de dichos Juzgados. En tal sentido se pronuncia la STC 183/1999.

b.- En cuanto a la conexidad delictiva, compartimos el Auto de fecha 30/12/10 dictado en apelación por la sección 9ª de esta Audiencia , en el sentido de que : ni los sujetos son coincidentes con la de aquélla (sólo coinciden los acusados MILLET y MONTULL) ni coinciden los hechos objeto de investigación, con independencia de que den lugar a delitos similares. A grandes rasgos, en el Juzgado de Instrucción nº 30 se investiga la descapitalización de la Fundación Orfeó Català- Palau de la Música , por parte de los citados acusados, entre los años 1.999-2009, lo que está dando lugar a otros hechos cometidos por terceros: contratistas, proveedores... incluso integrantes de un partido político por presunta financiación ilegal. En cambio, lo que investigó el Juzgado de Instrucción 10 en las diligencias origen del presente enjuiciamiento, fueron hechos presuntamente constitutivos, no sólo de apropiación indebida sino de tráfico de influencias, falsedad y prevaricación , dentro de una operación urbanística muy concreta en la que consiguieron, con esas influencias, la obtención de una Resolución administrativa (modificación puntual del Plan Gral Metropolitano) que permite una transferencia de usos en su propio beneficio.

A ello, añade este Tribunal que la conexidad se funda siempre en la imposibilidad de ruptura de la denominada "continencia de la causa", es decir, que los hechos delictivos no pueda ser enjuiciados por separado sin grave fractura para la misma (STS de 29/07/02), lo que consideramos se produce en el caso presente, en el que las conductas de los acusados Millet y Montull difícilmente pueden enjuiciarse por separado de las cometidas por los otros cuatro acusados (que no son imputados en las diligencias a las que se solicita la acumulación) , dado que los hechos por los que son acusados estos otros cuatro derivan de los cometidos por aquellos dos. Es decir, se acusa a Millet y Montull por hechos constitutivos de tráfico de influencias que habrían dado lugar a la adopción de una Resolución arbitraria, por lo que se califica de prevaricadora al haberse adoptado mediante falsedades contenidas en los documentos legalmente preceptivos que integran la modificación del P.G.M. y, por tanto, se califica de falsedad en documento oficial; de los que son acusados los seis, bien como autores directos o mediatos o por inducción o por cooperación necesaria, según sus distintos grados de participación en relación con el dictado de tal Resolución. . Como se ve, están íntimamente relacionados las conductas de unos con las de los otros, por lo que no pueden enjuiciarse separadamente.

Por último, la alegación de que no han podido abonar- a los efectos de la apreciación de la atenuante del 21.5 Cp, la cantidad que le solicitan las acusaciones en concepto de responsabilidad civil por tener todo su patrimonio a disposición de la mencionada causa que se sigue en el J. Instrucción 30, carece de fundamento serio puesto que no nada les

hubiera impedido aportar en esta causa un aval bancário o cualquier otra garantía a tales efectos.

Es por ello que desestimamos la declinatoria planteada por reproducción.

2.- Nulidad Absoluta de la declaración en calidad de imputado de G^a-BRAGADO , cuestión a la que se adhiere la defensa de MASSAGER, al haber sido practicada una vez que ambos habían prestado declaración como testigos en las actuaciones, lo que, a su juicio , les produce indefensión. En relación con esta cuestión se plantea la nulidad de la ampliación de querella presentada por el M.Fiscal y admitida a trámite por la Juez instructora.

Ambos acusados recurrieron en reforma la decisión de la Juez instructora al respecto , y les fue desestimada por sus propios fundamentos en Autos obrantes a los folios 701 a 704. Recurrido en apelación por Massager, la sección 9^a dicta Auto (folio 1844 y ss) desestimatorio. En cuanto a la impugnación de la ampliación de querella presentada por el M.Fiscal y admitida a trámite por la Juez instructora, también se pronunció la sección 9^a en Auto de 14/03/11 (folio 1451 y ss)

Debemos tener en cuenta que la función del Juez Instrucción en nuestro sistema judicial es inquisidora, con carácter general. Es por ello que el art. 384 L.E.Crim dispone que :” en cuanto resulta del sumario algún indicio racional contra determinada persona, se dictará Auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en el modo y forma dispuestas (por la Ley procesal)”

Debe de tenerse en cuenta que la Querella iniciadora del procedimiento (folios 1 y ss) e interpuesta por el M.Fiscal relataba unos hechos y se dirigía frente a Millet y Montull y contra “ cualquier otra persona que resulte en la instrucción judicial que haya podido participar de manera consciente en los hechos que se relatan”.

Pues bien, la Juez instructora, además de tomar declaración en calidad de imputados a Millet y Montull y en calidad de testigos a G^a Bragado y Massager, recibió nueva y abundante documentación remitida por los nuevos gestores de la Fundación que guardaban relación con los hechos objeto de la querella y tomó declaración a 16 testigos más y, en base a ello, consideró que existían indicios racionales de criminalidad frente a estas dos mencionadas personas que habían prestado declaración como testigos previamente, por lo que, con el fin de garantizar sus derechos , los citó en calidad de imputados con todas las garantías que ello conlleva, y sin que se produjera indefensión porque, en la fecha en que los dos prestan declaración en calidad de imputados, ya se les había dado traslado de la ampliación de querella frente a ellos interpuesta por el Fiscal (folios 434 y ss) y , una vez que la admitió (folio 443) y, por ende, conocían los hechos sobre los que iban a declarar en calidad de imputados , de lo que se sigue que tampoco se produce ningún tipo de vulneración del Pr. Acusatorio porque sólo se les acusa de aquellos hechos por los cuales prestaron declaración en calidad de imputados.

Por supuesto que las declaración como imputados “borran” del proceso sus previas declaraciones como testigos, que no serán tenidas en cuenta por el Tribunal a ningún efecto porque ni siquiera la han leído los miembros que lo componen, como , por supuesto, tampoco tendrán en cuenta ninguna de las declaraciones prestadas en sede

instructora, dictando Sentencia conforme a lo previsto en el art 741 L.E.Crim, salvo que imputados , testigos o peritos incurran en contradicciones respecto a lo allí declarado y en juicio oral, en cuyo caso, se hará valer la correspondiente contradicción conforme establece el art 714 L.E.Crim. para que se explique, y el Tribunal valorará a cuál de las dos declaraciones le concede mayor valor probatorio.

Por ello, se desestima.

3.- Nulidad del Auto de fecha 3/01/12 que acuerda continuar las diligencias previas por los trámites del Procedimiento Abreviado.

Frente a dicho recurrieron en reforma, instando su nulidad, todas las defensas a excepción de la del acusado G^a-Bragado y dichos recursos fueron resueltos, en sentido desestimatorio, por la Juez instructora en Autos individuales para cada uno de los recurrentes (folios 2221 a 2229). Frente a dichos Autos, las respectivas defensas interpusieron recursos de apelación instando la nulidad, recursos que también fueron resueltos por la sección 9^a , en cinco Autos obrantes a los folios 2803 y ss.

En turno previo de intervenciones, las mismas defensas que recurrieron en su día en apelación (excepto la defensa del acusado Diaz), vuelven a instar la nulidad, por vulneración de la tutela judicial efectiva, por los mismos motivos que en su día esgrimieron y que, resumidamente, son: inconcrección de hechos, falta de motivación, atipicidad de hechos e incongruencia omisiva del Auto de la sección 9^a (esta alegación sólo la hace la defensa del acusado Millet).

Pues bien, si bien acogemos y hacemos nuestros los razonamientos de dicha sección 9^a, queremos dejar constancia del significado del Auto de continuación, puesto que a pesar de lo manido de este tema, es el punto de partida para resolver la nulidad que se plantea.

A la luz de lo dispuesto en el art. 779.4 L.E.Crim ("4.- Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el artículo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la determinación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el art. 775.") rectamente interpretado por Sentencia del T.C. de fecha 15-11-1990(n° 186/1990), el Auto de transformación a Procedimiento Abreviado, tiene las siguientes características:

- 1.- Dicha resolución pone fin a la fase investigadora.
- 2.- Supone una valoración jurídica, tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos.
- 3.- Es una decisión que comete exclusivamente al Juez de Instrucción en su calidad de director del proceso y como algo ineludible una vez finalizada la instrucción.

Como se ve, muy lejano a una Resolución de mero trámite. Es la Resolución más importante de la fase intermedia porque puede ser recurrida, cosa que no sucede con el Auto de Apertura de Juicio oral.

Para aceptar la validez de dicho Auto deben concurrir una serie de presupuestos:

1.- Dicha resolución **ha de contener la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan.**

2.- Dicha Resolución **debe de ser motivada** lo que significa que han de expresarse las diligencias practicadas en base a los cuales el Juez Instructor deduce los hechos indiciariamente punibles así como los indicios racionales de criminalidad contra determinada o determinadas personas. Sólo así se garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva.

3.- La misma debe notificarse a todas las partes, incluido el imputado.

4.- Que el imputado haya sido oído por el Instructor en tal calidad antes de dictarse este Auto

5.- Antes de dictarse tal Auto el Instructor dará respuesta a todas las diligencias de investigación propuestas por la defensa, puesto que en la fase intermedia no es posible que pida diligencias complementarias.

Hay que tener en cuenta que el Auto de transformación únicamente vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y las personas responsables , pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule. Al Instructor no le corresponde calificar puesto que ello es función del Fiscal y de las partes acusadoras.

Igualmente debe de tenerse en cuenta que en la fase instructora se buscan indicios racionales de criminalidad y no verdaderas pruebas, lo cual es función del juicio oral donde esa fase probatoria se celebra conforme a los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, siendo valoradas por el Juzgador o Tribunal.

Por último, no cabe olvidar lo dispuesto en el art. 238 LOPJ.- “ Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

3º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento , siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión.”

A la luz de la anterior doctrina, desestimamos la NULIDAD alegada puesto que el Auto (folios 1898 a 1924) cuya nulidad se insta, si de algo “peca” es de ser excesivamente amplio y motivado para esta fase procesal. Contiene una pormenorizada descripción e imputación de hechos en relación a cada uno de los seis imputados (hechos por los que declararon todos los aquí acusados en calidad de imputados) y una motivación exhaustiva de los indicios en base a los cuales se han obtenido esos hechos que se les imputan.

Con esto basta para desterrar las alegaciones de inconcrección de hechos y falta de motivación. Lo que no pueden pretender las defensas es que este Auto sea una Sentencia sin juicio. Decimos esto porque todas sus alegaciones suponen valoración de una prueba que todavía no se ha celebrado puesto que la misma se practica en el juicio oral y se dicta Sentencia valorando esa prueba practicada con todas las garantías (art. 741 L.E.Crim.). En la fase instructora se trabaja en base a indicios racionales de criminalidad y no en base a pruebas puesto que ello es función del organo de enjuiciamiento.

En relación a la alegación de atipicidad de los hechos está fuera de lugar en ese momento procesal, puesto que, como ya se ha expuesto, al Juez instructor no le corresponde calificar, salvo de manera muy provisional para poder determinar si nos encontramos ante delito que se tramita por procedimiento abreviado.

Por último y, en relación a la alegada incongruencia omisiva del Auto de la sección 9ª que resuelve la apelación del acusado Millet, cabe recordar que la defensa de dicho acusado ya lo instó ante dicha sección solicitando aclaración al mencionado Auto (folio 2803) y se le respondió mediante Auto denegando dicha aclaración (folios 2818 y 2822). Y es que lo que pretendía la parte es que se le diera respuesta a una cuestión que es propia de la Sentencia, que se dicta tras la celebración del juicio donde se practica la prueba admitida en base a los principios procesales que la rigen (inmediación, contradicción, oralidad y publicidad), como ya se ha indicado.

Por lo expuesto, desestimamos la Nulidad instada.

4.- (Además de estas cuestiones que son reproducción de las alegadas en fase instructora, también se plantean otras nuevas) **Vulneración del Principio de Legalidad y del Principio Acusatorio** por atipicidad de los hechos objeto de acusación y por inconcreción de las acusaciones lo que genera indefensión al no saber de lo que se tiene que defender el acusado. Lo plantea la defensa de Gª- Bragado y se adhieren las de Massaguer y Lambies.

En relación a la primera, no existe tal vulneración del Principio de legalidad puesto que, como ya se ha dicho antes, la calificación de los hechos corresponde a las acusaciones y todas lo han hecho. Si han tenido acierto o no en el encaje de esos hechos en el tipo penal por el que acusan, es cuestión a resolver en esta Sentencia, tras la prueba practicada.

En relación a la segunda, el Principio Acusatorio uno de los Principios Rectores del Proceso Penal . Del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios.(STC 12-09-95). Recogiendo lo expuesto en el anterior fundamento, los acusados han de haber prestado declaración en calidad de imputados de todos los hechos objeto de acusación; es decir, no cabe introducir hechos nuevos en los escritos de acusación. Por último, el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación.

Pues bien, aplicando dicha Doctrina al caso enjuiciado y analizados los escritos de acusación, consideramos que no hay vulneración de tal Principio.

En primer lugar, de todos los hechos por los que se acusa, prestaron declaración en calidad de imputados, los acusados.

En segundo lugar, los escritos de acusación de las Acusaciones Particular y Popular son muy concretos en cuanto a los hechos objeto de acusación. Claro está, es mucho más concreto el de la Ac. Particular porque sólo formula acusación frente a Millet y Montull y por el solo delito de apropiación indebida. Pero el de la Acusación Popular, narra perfectamente los hechos objeto de acusación , existiendo una perfecta correlación con la calificación de los mismos (apropiación indebida, tráfico de influencias de los tres tipos: 428, 429 y 430 CP,

falsedad en documento oficial y prevaricación)y con la presunta autoría por parte de cada uno de los acusados.

En realidad, esta alegación de la defensa de G^a Bragado se centró en el Escrito de acusación del Ministerio fiscal. Ciertamente, dicho escrito es muy largo pero largo y complejos son los hechos. Reiteramos lo ya dicho en Juicio: se le puede achacar una técnica de redacción farragosa porque en cada párrafo, tras expone los hechos, los valora, valoración que debía haberse dejado para la fase de informe final. Ahora bien, ello no genera indefensión puesto que basta “ desnudar “ los hechos de las valoraciones.

. A mayor abundamiento, mal puede decir la defensa de G^a Bragado que no sabe de lo que se tiene que defender cuando, como puede escucharse en el correspondiente CD, al efectuar la alegación que resolvemos, se defendió de todos y cada uno de los párrafos del Escrito de acusación provisional del fiscal donde se contienen los hechos objeto de acusación exponiendo toda una fundamentación jurídica propia de un informe final. Es decir, incurrió en el mismo defecto que achaca al M. Fiscal: introducir valoraciones jurídicas antes de la práctica de la prueba.

Por último, concluida la práctica de la prueba, el M. Fiscal y la Acusación Popular, presentaron sendos escritos de conclusiones definitivas, con ligeras modificaciones en relación a las provisionales, y todas las defensas alegaron indefensión por vulneración del Principio Acusatorio por introducción de nuevos hechos, a lo que este Tribunal , comparando unos y otros escritos, ya resolvió denegar dicha vulneración puesto que se trata de concreción en la redacción, más no de introducción de hechos nuevos porque los hechos permanecen incólumes desde que prestaron declaración en calidad de imputados los ahora acusados y son los que fueron objeto de la prueba y sometidos a debate contradictorio ampliamente durante las cinco semanas en que se desarrolló el juicio oral.

Por lo expuesto, se desestiman estas cuestiones previas.

5.-En el antecedente primero se ha narrado la causa que motivó la suspensión (por causa justificada y acreditada y al amparo del art. 746.5 L.E.Crim) de las sesiones de juicio oral, iniciada el día 24.02.14 , dedicado al planteamiento y resolución de cuestiones previas alegadas en turno previo de intervenciones. El juicio se reanudó el día 10 de marzo hasta su finalización. El mismo día 10 de Marzo **la defensa de G^a Bragado solicitó nulidad de la declaración del acusado Millet alegando incapacidad para prestar declaración.** No fue estimado por el Tribunal porque había acordado (folio 579 del Rollo) enviar a la forense de guardia de su domicilio el domingo anterior a fin de que lo reconociese y dictaminara sobre sus capacidades psico-físicas para declarar al día siguiente (10 de Marzo), habiendo dictaminado , en fecha 9 de marzo, que “ no se encuentran criterios físicos que le impidan desplazarse y acudir a la Audiencia y... tampoco se han encontrado alteraciones psíquicas a nivel de esfera mental que disminuyan o anulen su capacidad para prestar declaración” (folios 579-580 del Rollo).

En consecuencia, no es de aplicación el art **383 LECrim** por demencia sobrevenida, que , suponemos, es en el que se ampara el alegante. En cualquier caso, Millet ejerció su derecho a no declarar y no constestó a las preguntas de ninguna de las partes.

6.- Por último y, si bien no se trata de una cuestión previa, procede efectuar un análisis de la prueba pericial propuesta por la defensa del acusado Diaz , como anticipada en su escrito

de conclusiones provisionales y denegada por el Tribunal en Auto de admisión/ inadmisión de pruebas y en turno previo de intervenciones donde fue solicitada nuevamente.

En cuanto a la más pericial VII, no consideramos necesario traer a juicio como perito a un arquitecto para que nos aclare qué se entiende por la fórmula “ La propiedad” que figura en las hojas de encargo profesional, puesto que hay muchos testigos arquitectos e, incluso peritos, que nos pueden aclarar esta puntual cuestión.

en cuanto a la más pericial VIII, el art 456 L.E.Crim dispone que “ el Juez acordará el informe pericial cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios conocimientos científicos o artísticos”. En realidad, se refiere a cualquier tipo de conocimiento, propio de una ciencia distinta al Derecho. Es cierto que la base de este juicio es el Urbanismo. Pero también lo es que el Derecho Urbanístico es Derecho, por eso, a este Tribunal le está vedado por Ley admitir periciales cuyo objeto sea su propia Ciencia , por mucho que no seamos especialistas en contencioso-administrativo, ello no quita que, como Magistrados, tengamos la capacidad técnica para interpretar cualquier tipo de leyes, cualesquiera que sea su materia recurriendo, en ayuda, a tratados y manuales de Derecho urbanístico y , en su caso, a la Jurisprudencia emanada de los Tribunales contencioso- administrativos .

No obstante lo cual, cabe advertir que en fase instructora se admitieron como prueba pericial, además de la técnico de Hacienda con objeto de análisis de contabilidad y que es propio de otra ciencia (Economía) diferente a la nuestra (el Derecho) y que fue designada en debida forma; otras cuatro periciales que fueron aportadas por las partes. Es decir, periciales de parte , hechas por encargo y, por ende, con un objeto a dictaminar predeterminado y desde puntos de vista y perspectivas que, en algunos de ellos, no guardan relación con los hechos objeto de acusación que son discutidos y, por ende, no aportan nada de lo que interesa , dado que sobre lo que no hay discusión no cabe prueba. En cualquier caso, la prueba pericial no vincula al Tribunal que puede valorarla conforme al art 741 L.E.Crim. y, mucho menos, las que tienen por objeto dictaminar sobre la legalidad urbanística en la tramitación de la modificación del Plan General Metropolitano (P.G.M.) (que es uno de los hechos objeto de acusación) puesto que , reiteramos, eso es misión del Tribunal , Tribunal que, a lo largo de esta fundamentación valorará dichos Dictámenes periciales únicamente respecto de aquellas cuestiones que guarden relación con los hechos objeto de acusación.

PREVIO II.- Legislación aplicada

1-Penal.- los tipos penales aplicables en su redacción a la fecha de los hechos, al resultar más favorables a los acusados.

2-Administrativa.- (en vigor a la fecha de la iniciación de los trámites de la modificación del P.G.M, es decir a fecha de la aprobación inicial de 10.04.08)

a)General :

- Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante: LRJ-PAC)
- Ley 29/98, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

- (en adelante: LRJCA)

b)Urbanismo (leyes autonómicas):

- Carta Municipal de Barcelona, aprobada por Ley autonómica 22/98, de 30 de Diciembre (en adelante: Carta Municipal de Barcelona).
- Decreto legislativo 1/2005, de 26 de Julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo en Catalunya, con las modificaciones introducidas por Decreto- Ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística. (en adelante, L.U.Cat.)
- Reglamento de la Ley de Urbanismo aprobado por Decreto 305/2006, de 18 de julio (en adelante, R.L.U.Cat)
- Ley 9/1993, de 30 de Septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán (en adelante, L.P.C. Cat.)
- Decreto 276/2005, de 27 de Diciembre, de la Comisión Territorial del Patrimonio Cultural

3-Civil : Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación (en vigor a la fecha de los hechos)

PRIMERO.- Los hechos declarados probados en el parágrafo A a) y c) del relato histórico son constitutivos de un delito de tráfico de influencias previsto y penado en **el art 429Cp.**, tipo básico, imputables a los acusados MILLET y MONTULL y por los que les acusan tanto el M. Fiscal como la Acusación Popular.

El tipo previsto en **el art. 429 C.p**, castiga a: “El particular que INFLUYERE en un funcionario público o autoridad PREVALIÉNDOSE de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una RESOLUCIÓN que le pueda generar, directa o indirectamente, BENEFICIO ECONÓMICO para sí o para tercero.”

Los elementos objetivos y subjetivos del tipo están insertos en el precepto y han sido interpretados por la Jurisprudencia en la materia:

1.- INFLUIR CON PREVALIMIENTO en un funcionario o autoridad

La acepción de influir es tan amplia que no puede desconectarse del prevalimiento porque están íntimamente relacionadas. Es decir, se influye en base a esa posición de ascendencia moral.

Según el diccionario de la Real Academia influir es “ ejercer una persona o cosa predominio o fuerza moral”. Para Sánchez Melgar “ es un poder de sugestión hacia otro en el que se infiere el interés del primero en obtener un determinado resultado administrativo . Es un grado más que le mera sugerencia y uno menos que la inducción”. En esta fijación de límites, Dolz Lago añade que no es la mera solicitud de información del estado del procedimiento admvo. en el que recaerá la Resolución, siempre y cuando esta solicitud no enmascare la influencia (solicitud en la que se incluyen expresiones sugestivas: “ mira el asunto con buenos ojos, con cariño..” sí son influencia a efectos de este tipo penal). NO

ES PRESIONAR puesto que “ no ha de identificarse como una forma coactiva sobre la voluntad del funcionario (STS 184/2000, de 15 de Febrero). La STS 2025/2001, de 29 de Octubre lo equipara a CONVENCER y la STS 184/2000 , de 15 de Febrero, a ESTIMULAR.

Prevaliéndose de cualquier situación. (derivada de su relación personal).. Significa que el sujeto aprovecha las ventajas que le proporciona el cargo, para poder actuar con mayor seguridad y menor riesgo. Es tener ascendencia, prestigio.. La relación personal no se restringe a una relación de amistad; un prestigio de orden profesional es suficiente, incluyendo el ejercicio de facultades del cargo (STS 537/2002, de 5 de Abril).

Como elemento subjetivo, dado que el tipo sólo puede cometerse dolosamente, el autor ha de ser consciente de que con su actuación influye, “ estimula actos del funcionario” (STS 184/2000, de 15 de Febrero), sin que sea necesario que el influido se sienta presionado psicológicamente.

Aplicado a los hechos objeto de enjuiciamiento: La Fundación (C10, 247 a 258) es una fundación benéfica de tipo cultural e inscrita en el Registro de Fundaciones de la Generalitat y de sus Estatutos se desprende que su finalidad es la de estimular y fomentar toda clase de actividades culturales especialmente de tipo musical. Se trataba de una Institución Cultural de primer orden y de gran prestigio internacional, declarada patrimonio cultural por la UNESCO , auspiciada por el Ministerio de Cultura, la Generalitat, la Diputación de Barcelona y el Ayuntamiento de Barcelona; institución muy estimada para los catalanes, sobre todo , para la ciudadanos de Barcelona

El acusado Millet era el Presidente de Fundación y, al menos entre 2003 y agosto de 2009, el acusado Montull era el Director de esa Fundación que actuaba siempre bajo la supervisión del Presidente, Millet

Pues bien, de la actuación continuada de los acusados, acreditada sobre todo con la prueba documental -cuya recepción fue admitida en juicio por sus destinatarios-, obrando en nombre y representación de una Institución con gran ascendencia moral y prestigio en Barcelona, antes y durante la tramitación de la modificación del PGM se infiere esta consciente INFLUENCIA CON PREVALIMIENTO sobre las diversas autoridades competentes para adoptar decisiones trascendentes en cada una de las dos fases.

Nos referimos a dos fases porque debe de tenerse en cuenta que , en este caso, se partía de un Convenio urbanístico de fecha 24.10.06 (que, a su vez, se remitía a otro Convenio de fecha 8.03.06 firmado entre la Fundación y la Generalitat) que sería la causa de esa modificación.

Es por ello que, a efectos sistemáticos, dividimos la influencia en dos fases: A/ Hasta la adopción del Convenio urbanístico de fecha 24.10.06 y B/ Desde la propuesta de modificación del PGM a iniciativa de la Fundación (que era imprescindible para ejecutar ese Convenio) hasta la adopción de la Resolución: Aprobación definitiva.

A/ Hasta la adopción del Convenio en 24.10.06

De la prueba documental , testifical y declaración acusados, se evidencia que Millet y Montull no cesan de comunicar (por medio de reuniones, e-mails, cartas, que se encuentran en el Palau a consecuencia de entrada y registro de los Mossos el 23.07.09, y que son asumidas como propias por Montull...) con las autoridades competentes para la firma del Convenio (Antoni Castells, Xavier Casas) y autoridades cercanas (Sra. Turú, Massaguer y G^a Bragado)

1.-El Sr. Castells i Oliveras, que era Conseller de Economía y finanzas de la Generalitat y que firmó los dos Convenios en representación de aquélla, declara que tenía relación institucional con Millet como Presidente de la Fundación, si bien delegó la búsqueda de fincas para la permuta de usos, las negociaciones y borradores hasta el redactado final de los convenios en sus más directos colaboradores (Sra Turú y G^a Bragado) y en su equipo, por tanto, habrá de analizar la correspondencia entre Montull y esos colaboradores.

2.- la Sra. Turu, que era Directora General de Patrimonio de la Consejería de Economía y, por ende, dependía directamente del anterior Conseller Sr. Castells. Declara que trabajó en el tema del Convenio de 24.10-06 (el convenio 2) especialmente con Massaguer , que era el Gerente de urbanismo del Ayto. Documental C19, folio 17 , de fecha 13.09.05, Montull le remite un mail en el que ,tras expresarle que se dirige a ella por sugerencia de G^a-Bragado y que, según el citado, depende de ella materializar dicho Convenio, le expresa: “ Tanto el Presidente, Millet, como yo mismo, estamos preocupados por este tema, dado que la prórroga que tenemos concedida , por parte de ... la salle para comenzar, tiene un término muy próximo y si pudieses presentar el convenio, entre nosotros, les tranquilizaría.

....Lamento mucho pedirte urgencia en este tema, pero vemos que no encontramos a la persona que nos dé la resolución...”

También le envía una carta de fecha 22.09.05, C5, folio 69, cuyo párrafo 3º dice así: “ Te agradecería, tal y como hemos hablado, me pudieses hacer una carta de intenciones para enseñarla a los hermanos de la Salle. I, si fuese posible una nota en la que se hiciera el comentario de que en el espacio de 10 años el hotel podría convertirse en viviendas... para convencer a los hoteleros”.

3.- El acusado G^a-Bragado, en estas fechas Secretario Gral. De la presidencia de la Generalitat y antes del diciembre de 2003 había sido Gerente de urbanismo del Ayuntamiento, le envía mails o cartas, requiriéndole de forma insistente sobre la firma del Convenio : C21, folio 75, de 12.04.05 y C19, folio 4, de 12.09.05, dónde dice: “ Unas líneas para recordarte que , desde el pasado julio, tenemos pendientes el convenio por el tema de la Salle. Tanto el presidente, Millet, como yo, estamos muy preocupados.

4.- El acusado Massaguer, Gerente de urbanismo y a quien Montull le envía informes, documentación en la que basar el informe favorable del Ayuntamiento (C20, 78, de 9.03.06, C11, 63, de 7.07.06), y , finalmente, le insiste sobre la premura en la firma del Convenio de 24.10.06 (C21, 76, sin fecha, pero, por el contexto, se sobrentiende que es de fecha ulterior a los dos anteriores).

B/ Desde la propuesta de modificación del PGM a iniciativa de la Fundación (que era imprescindible para ejecutar esos Convenios), presentada en fecha 14.03.2007 (

Importante tener en cuenta el antecedente: en esta fecha, las fincas ya eran propiedad del tercero por contrato privado de 20.03.06, cuya significación se analizará profusamente en el siguiente fundamento), durante los trámites previos a la **aprobación inicial (10.04.08)**, durante el proceso de participación ciudadana (con invariable de hotel), abierto tras la aprobación inicial y que se extendió hasta enero de 2009 en el que se evidenció una fuerte oposición de los vecinos del Distrito y la Comisión Territorial de Patrimonio Cultural había emitido informe negativo, durante los trámites previos a la **aprobación provisional el 24.04.09** (en que se aprueba un texto modificado en relación al inicial debido a que se tuvieron en cuenta alegaciones ciudadanas y de algunos grupos políticos y, hasta la adopción de la Resolución: **Aprobación definitiva el 22/07/09**, recogiendo la misma modificación al PGM que ya se había aprobado provisionalmente.

Durante esta 2ª fase, de las pruebas practicadas (documental, y declaración acusados) se infiere de manera más intensa esta INFLUENCIA CON PREVALIMIENTO sobre las diversas autoridades competentes para adoptar la resolución de fondo y sobre aquellas otras que habían de informar preceptivamente , así como sobre los representantes de los partidos políticos que formaban los órganos colegiados que aprobaban el plan en sus diversas fases (Comisión y Subcomisión de Urbanismo) para convencerles de la bonanza de su proyecto (ya que se requiere mayoría absoluta).

Correos y cartas enviados por Montull (que él admite haber enviado o entregado) y que fueron recibidos- según declaran,- por los destinatarios:

a).- A Massager, que era gerente de urbanismo del Ayto desde el año 2004 y que estaba presente en las sesiones de la Comisión de Urbanismo

1.- Documental C6-B-folio 39, de fecha 11.06.07.- "... me permito molestarte , otra vez, para saber de la aprobación por la Comisión de Urbanismo..."

2.- Documental C6-B-folio 42, de fecha 13.06.07.- (en relación a una licencia de obra menor presentada para reforma puntual en La Salle, cuya reforma global era la contrapartida de la cesión de las fincas en 2003).- "... Mucho te agradecería que me pudieses echar una mano. Está presentada (la licencia) a nombre de Olivia Hotels".

3.-Documental C8, folio 23, de fecha 17.07.07.- " Hemos sabido a través de Internet que el próximo día 20 de los corrientes, teneis en el Ayuntamiento la Comisión de Urbanismo. Me agradecería que pudieses mantenerme informado sobre la aprobación inicial....El Contrato de cesión de derechos se firmó esta semana con la empresa del Sr. Valderrama (Hotels Olivia) y se ha comenzado la restauración de la fachada del Colegio."

4.- Documental C6-B- folio 49 ,de fecha 24.07.07.- " En primer lugar pedirte disculpas, ya que tienes en estos momentos , temas más importantes que el que te pido, tu apoyo (Palau- La Salle). Como la Comisión de Urbanismo será a primeros de septiembre, te pediría que pudieses al corriente del tema a la nueva concejal de Ciutat Vella, Sra. Iciar González y que supiera que todo el Ayuntamiento y la Generalitat están de acuerdo en seguir adelante con esta propuesta de modificación. (le pide su ayuda para convencer a)

5.- Documental C6-B-folio 55, de fecha 5.10.07.- (carta que Montull dice haber entregado en mano y que Massaguer niega haber recibido, pero es importante su contenido para acreditar la intención de influir en " todos que tuvieran algo que decir en esta modificación")

“ Carlos Diaz me comenta vuestra conversación de ayer y me sorprende muchísimo , ya que pensábamos que el tema era burocrático, detenido por la Concejalía del Distrito.

Por todo lo expuesto creo que si existe alguna fuerza mayor ,debería de ponerse en conocimiento del Alcalde y el Presidente de la Generalitat. El Consejero de Economía también tendrá algo que decir...

El próximo martes tenemos una entrevista con el Teniente de Alcalde, Sr. Carles Martí, para otros temas, pero procuraremos hablar de La Salle y del Hotel”.

6.- Documental C8, f.33, de fecha 11.10.07 (en relación con el anterior).- “ apreciado amigo, la entrevista que tuvimos Felix Millet y yo con Carles Martí fue muy cordial y positiva.. Espero que con la buena voluntad que todos están demostrando podamos seguir adelante con este proyecto tan interesante para todos y, sobre todo, para Barcelona. Una abraçada”. E-mail al que el destinatario (Massaguer) contesta “ apreciado Jordi. Perfecto, no te preocupes, vamos siguiendo el tema” (C8, f. 34)

7.- Documental C8, f. 62, de 17.12.07 (ante los obstáculos que iban surgiendo- por las “ pegas” que ponía la nueva concejal de Distrito de Ciutat Vella, Dª Itziar Gonzales- en la tramitación de la modificación del PGM) .- “ Distinguido amigo, Una vez más recurro a ti para pedirte “ auxilio”. Tenemos el tema La Salle- Hotel parado en el Distrito de Ciutat Vella y no hay manera de que se apruebe por el plenario. Dinos qué podemos hacer puesto que nuestras insistencias ante la concejal de Distrito no prosperan. Muy agradecido por tu interés...”

8.- Documental C8, f. 123, de 16.04.08.- “ Una vez más te doy las gracias por tú interés en la aprobación inicial al proyecto de la Salle. Esperamos que la tramitación hasta obtener la aprobación definitiva sea lo más rápido posible”.

9.- Documental C23, folios 394, 395, de 30.03.09 (justo antes de la aprobación provisional , en relación a un comunicado del presidente del gremio de hoteleros de Ciutat Vella, en relación a la Decisión del Gobierno de Distrito de Ciutat Vella de no otorgar más licencias de explotación hotelera en ese distrito).- “ Te agradecería me dijese si a nosotros nos puede afectar este comunicado...”, a lo que el destinatario contesta: “ No os afecta nada. No padezcáis. Está excepcionado el caso del Palau”

A lo que debe de añadirse que el propio Massager (acusado en esta causa por delito de falsedad y prevaricación) reconoce haberse reunido en cuatro ocasiones con Montull entre 2005 y 2008 y declara que el Sr. Montull le llamaba mucho, era pesado con este tema, sólo le llamaba por esto.

b).- A Gª Bragado, desde Junio de 2007, **Concejal de Urbanismo** y 4º teniente de alcalde del Ayuntamiento de Bna y que Presidía las sesiones de la Comisión de Urbanismo.

1.- Documental C8, f. 108, de 15.04.08 (Gª-Bragado contesta a Diaz, y éste se lo remite a Montull, sobre lo que se deduce es preocupación por un partido político que votó en contra de la aprobación inicial).- “ La información es deficiente. ERC votó en contra (ni a favor ni abstención)”

2.- Documental C8, f. 121, de 16.04.08.- “ Una vez más te doy las gracias por tú interés en la aprobación inicial al proyecto de la Salle. Esperamos que la tramitación hasta obtener la aprobación definitiva sea lo más rápido posible”

c).- A Dña Itziar González, Concejal (por el P.S.C.) del Distrito de Ciutat Vella , cuyo plenario ha de **emitir informe preceptivo** en la modificación de los planes de urbanismo.

1.- Documental C8, f. 229, de fecha 27.10.08 (en pleno proceso de participación ciudadana y ante la enorme contestación vecinal al proyecto).- “ Te quería comentar la impresión que tienen muchos de los asistentes (a favor del hotel) en los debates de participación ciudadana en relación al tema del hotel.

(Tras exponer esa impresión) Creen que debería de hacerse un proceso paralelo, sin reuniones, para recoger firmas a favor del proyecto.

Creen que, una vez hecho, se debería de presentar el resultado al Ayuntamiento y a la Generalitat y que sean las instituciones las que decidan sobre el proyecto”

2.- Documental C8, f. 318, de fecha 26.11.08 (en relación a la misma cuestión antedicha).- “ Ahora mismo acabo de hablar con (una periodista) ... y le he comentado que encontraba a faltar las opiniones a favor del proyecto...

También le he enviado una aclaración, a la nota de ERC, que se quiere editar en el Diari “ El Punt”. Aparte del menosprecio con el que se van a encontrar los comerciantes delante de una oposición que no les dejaba ni hablar. He quedado con tu secretaria que nos encontraremos en tu despacho el próximo día 1 de diciembre, a las 18:30 horas”

d).- A los máximos responsables de los partidos políticos que conforman el Pleno Municipal y, por ende la Comisión de Urbanismo y la Subcomisión de Urbanismo.

1.- Documental C8,f.21, de fecha 17.07.07, mail dirigido al Sr. Trías, máximo representante de CIU, el mayor partido de la oposición.- “ Según me indica Massager, está previsto que el próximo 20 de Julio pase por la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento , para su aprobación inicial, el tema del hotel del Palau que tú ya conoces.

Te agradecería tu apoyo.

Estoy , como siempre, a tu disposición. Nos veremos en verano en Menorca.”

2.- C8, folio 27, de fecha 23.07.07, mail dirigido a la concejal por CIU adscrita al Distrito de Ciutat Vella.- “ El próximo día 5 de Septiembre está prevista la Comisión de Urbanismo. Mucho te agradecería si pudieses tratar el tema de la Salle”

3.- C8, f.35, de fecha 8.10.08, carta dirigida al Sr. Trías, de nuevo.- “ Como tú sabes , desde hace tiempo estamos pendientes de la aprobación inicial , por parte del Ayuntamiento de Barcelona, del Proyecto del hotel del Palau.. Me dicen que la concejal de Ciutat Vella, Itziar González , se está mirando el tema. Sé que tienes muy buena relación con ella por lo que te agradecería que pudieses hablar de nuestro proyecto y ver si nos puedes ayudar a desbloquear este tema que ya lleva demasiado tiempo parado”.

4.- C8, f.230, de fecha 30.07.08, carta dirigida al Sr. Nadal, Consejero del departamento de política territorial y obras públicas.- (le expone que el tema lo está estudiando la Comisión de Patrimonio Artístico de la Generalitat , formada por 14 arquitectos y que uno de los dos que ponen pegas es Toni Tobella, vinculado a esa consejería) y le pide:”... te hago llegar

esta líneas por si pudieses hablar con el Sr. Tobella para que mire con buenos ojos el proyecto que hemos presentado."

5.- C8, f 126, de fecha 5.05.05, escrito a máquina de Montull en el que, tras anotar que no se puede hacer nada si no se consigue la descatalogación de las fincas y que ello depende de Patrimonio de la Generalitat, anota: " entonces, apretar a Hereu , Carles Martí y Ramón García Bragado"

6.- C8, f.85, de fecha 24.12.07, carta dirigida al Sr. Hereu, Alcalde de Barcelona, en la que le pide su apoyo para agilizar la tramitación del proyecto.

De una lectura concatenada de todos esos escritos, si infiere que los acusados no pretendían una mera solicitud de información en las diversos actos de trámite que configuran la modificación de planeamiento(que es lo que corresponde al impulsor de la modificación de un PGM a quien le compete informarse en cada uno de sus trámites y dejar ejercer sus funciones libremente a la Administración quien ya se pondrá en contacto con ellos formalmente para que, en su caso, introduzcan en su propuesta de modificación las correcciones necesarias ante cualquier obstáculo legal , nada más) **sino que fueron más allá**, con expresiones sugestivas , de invitación e, incluso, en ocasiones, representativas- objetivamente- de verdaderas presiones (en todo lo relacionado con Itziar González que no veía clara esa modificación del PGM) para conseguir la aprobación de la modificación del P.G.M necesaria para conseguir sus propósitos lucrativos que supieron enmascarar o disimular con habilidad, resaltando el discutido interés público del proyecto hotelero con lo que consiguieron desviar la atención de las autoridades y políticos quienes sólo se fijaron en este interés general sin reparar en el afán especulativo de Millet y Montull nunca por ellos ocultado pero que, sin embargo, no fue investigado por dichas autoridades al no darle relevancia, relevancia que sí la tenía en relación al interés público.

Sin que sea necesario que el influenciado se siente tal , ni mucho menos presionado psicológicamente, basta que sea suficiente para incidir en el proceso motivador de la Resolución, lo que se analiza a continuación.

2.- (para conseguir una) RESOLUCIÓN. (administrativa), que ha de ser dictada por funcionario o autoridad competente y que no tiene por qué ser arbitraria o injusta y, mucho menos delictiva (STS 2025/2001, de 25 Octubre y 1026/2009, de 16 de Octubre)

El término Resolución tiene un significado técnico en el ámbito administrativo, que se deriva del contenido del art. 89 de la LRJ-PAC : Modalidad de acto administrativo que encierra una declaración de voluntad de contenido decisorio, que pone fin al procedimiento y es impugnabile en vía administrativa y contenciosa, de forma autónoma.

Es importante destacar que el párrafo 5º de dicho precepto incluye en La Resolución : " la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la Resolución cuando se incorpore al texto de la misma".

En similar sentido se pronuncia la Jurisprudencia del TS, sala penal, nº 48/2011, de 10 de Febrero, quien considera que hay que dar a este término el mismo significado que se le da

en el delito de prevaricación (art. 404 Cp). Así , la STS 48/2011, de 2 de febrero: “ Acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados”

Sin embargo, la nueva Doctrina emanada de la Sala 3ª del TS , de 20/07/12, F.J. 4º , en relación al contenido del art 25.1 de la LRJCA, distingue entre actos de mero trámite y actos de trámite cualificados que son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto. Es decir, está equiparando a estos actos de trámite cualificados con una Resolución en el sentido de que encierran una declaración de voluntad con contenido decisorio y también pueden ser impugnados de forma autónoma.

En lo que interesa para el tipo estudiado, aplicada esta Doctrina y , siguiendo a Dolz Lago, podría incluirse dentro del tipo , la influencia en actos de trámite previos a la Resolución si tienen la entidad suficiente para condicionarla, es decir, si son cualificados, siempre y cuando el dolo del autor abarque la finalidad de obtener una Resolución definitiva.

Y precisamente, en tal sentido se pronuncia la STS nº 657/2013, Sala 2ª, de 15 de Julio, FJ3, interpretada “ a sensu contrario”, de forma que el tipo incluye las influencias durante todo el proceso hasta la motivación necesaria para dictar la Resolución; es decir siempre y cuando se dirijan a la obtención de una verdadera Resolución definitiva; en sentido técnico.

En los hechos sometidos a enjuiciamiento, no precisamos entrar en esta polémica porque si bien ha quedado acreditado que los actos de influencia comenzaron en fase muy temprana con la finalidad de aprobar los convenios que constituyen – en este caso- la causa de la modificación de planeamiento y que continuaron en todos los sucesivos actos que conforman el procedimiento de aprobación del instrumento de planeamiento (PGM): previo a la aprobación inicial, durante los obstáculos surgidos por las alegaciones en el trámite de información pública y por el informe de la Comisión Territorial de Patrimonio de la Generalitat que informó negativamente a la descatalogación de dos de las fincas, previo a la aprobación provisional; y se extendieron hasta la aprobación definitiva del plan (Resolución), siendo de significar que, tras la aprobación provisional , la modificación se aprobó definitivamente en idénticos términos, ante la falta de incidencias entre una y otra aprobación. En tal sentido podría decirse que la aprobación definitiva fue automática, en este caso, una vez que se aprobó la modificación provisional , ante la inexistencia de incidencias. Fue una Resolución formal para evitar esa aprobación definitiva de la aprobación provisional por silencio administrativo positivo , que es lo que hubiera ocurrido, por aplicación de lo dispuesto en el art. 89 L.U.Cat., si recibido por la Subcomisión de Urbanismo el expediente de aprobación provisional, dicha Subcomisión no se hubiera pronunciado, en plazo de 4 meses desde la recepción, de forma expresa.

A lo que interesa y , con las pruebas practicadas, resulta acreditado que los acusados, con sus actos de influencia pertinaz y continuada en el tiempo consiguieron su objetivo: El dictado de una Resolución (si bien el tipo tan sólo exige influir para conseguir. Es decir, se comete aunque no se llegue a dictar la Resolución).

Siguiendo con el estudio de este elemento del tipo, la Resolución ha de ser dictada por funcionario o autoridad competente.

En la documental C1, folios 336 a 348 (e informes tenidos en consideración a los folios 449 a 751), se encuentra el expediente completo de la modificación puntual del P.G.M.

En esta materia resulta aplicable la Carta Municipal de Barcelona aprobada por Ley (autonómica) 22/1998, de 30 de Diciembre y publicada en el D.O.G.C..

Como se ve en ese expediente y resulta de aplicar el art. 66.3 de dicha Carta, los acuerdos de aprobación de la modificación, tanto inicial como provisional y , finalmente, definitiva, los adoptan órganos colegiados : La aprobación inicial y la provisional es competencia del Ayuntamiento de Barcelona que delega en la Comisión Municipal de Urbanismo, previo informe preceptivo del Plenario del Distrito de Ciutat Vella y ulterior beneplácito del Consell Municipal y la aprobación definitiva es competencia de la Subcomisión de Urbanismo de Barcelona. Se trata órganos formados por representantes de los partidos políticos.

La Comisión de Urbanismo está Presidida por el Concejal de Urbanismo y 4º teniente de Alcalde (el acusado Gª-BRAGADO a fecha de la aprobación) y está presente el mayor cargo técnico en la materia; el gerente de urbanismo (el acusado MASSAGUER a fecha de aprobación).

Pues bien, en esa documental C1 al folio 362, se recoge la Propuesta de Acuerdo efectuada por el gerente de urbanismo (MASSAGUER), en fecha 8.04.08: " Aprobar inicialmente ... la modificación del PGM... promovida por la Fundación (en fecha 13.03.07).. y exponerla al público por el plazo de un mes." A dicha Propuesta muestra su CONFORMIDAD, en fecha 10.04.08, el Concejal de urbanismo y 4º teniente de Alcalde (Gª -BRAGADO(C1 folio 362)) y la somete al acuerdo de la Comisión de Urbanismo de la misma fecha (**10.04.08**) que adopta el acuerdo de APROBACIÓN INICIAL de esa propuesta de modificación (C1 , f 363), siendo publicada en el DOGC el 2.05.08, en la Vanguardia y en el Tablón de Edictos del ayuntamiento, concediendo el término de un mes para formular alegaciones.

Tras el trámite de exposición pública y a la vista de las numerosas alegaciones, tanto en el plazo de ese mes como en el trámite de participación ciudadana que se abrió a instancias del la Concejal de Distrito de Ciutat Vella y a la vista del Informe de la Comisión Territorial de patrimonio de la Generalitat informando negativamente a la propuesta de descatalogación de dos fincas, se decide efectuar una nueva Propuesta de Modificación del PGM por el impulsor (La Fundación) en fecha 10.02.09 (documental C2 folios 89 y ss) que recoge algunas de esa alegaciones, si bien no se retrotrae el procedimiento al considerarlas alteraciones no sustanciales y la nueva propuesta es la que se traslada para su aprobación provisional al Organo competente que es, de nuevo, la Comisión de urbanismo municipal.

En la mencionada documental C1 al folio 421, se recoge la Propuesta de Acuerdo efectuada por el gerente de urbanismo (MASSAGUER), en fecha 14.04.09: " Aprobar provisionalmente ... la modificación del PGM... promovida por la Fundación, ... con las modificaciones a que hace referencia el informe de la Dirección de los Servicios de Planeamiento; resueltas las alegaciones presentadas en el trámite de información pública de la aprobación inicial de conformidad con el informe de la mencionada Dirección, de valoración de las alegaciones; informes, los dos, que constan en el expediente y a efectos de motivación se incorporan a este acuerdo .. y remitir el expediente a la Subcomisión de Urbanismo municipal para su aprobación definitiva." A dicha Propuesta muestra su

CONFORMIDAD, en fecha **16.04.09**, el Concejal de urbanismo y 4º teniente de Alcalde (Gª –BRAGADO) y la somete a la aprobación del Consell Municipal y al acuerdo de la Comisión de Urbanismo de la misma fecha (16.04.09) que adopta el acuerdo de APROBACIÓN PROVISIONAL de esa propuesta de modificación (C1 , f 422), que es avalada por el Consell Municipal en sesión de 24.04.09 , y ordena remitir el expediente a la Subcomisión de urbanismo para su aprobación definitiva.

Recibido el expediente por la Subcomisión de urbanismo, vista la propuesta de la Ponencia Técnica, acuerda, en sesión de **22.07.09**, la APROVACION DEFINITIVA de la modificación del PGM en las fincas de referencia y publicar este acuerdo y las normas urbanísticas correspondientes en el DOGC a los efectos de su ejecutividad inmediata tal y como indica el art 100 L.U. Cat. (C1 , 438).

Acreditado que los influidos lo fueron, entre otros, Gª-Bragado y Massaguer, como se infiere de la prueba documental expuesta , en realidad fueron ellos los que adoptaron la Resolución de fondo que, en este caso, aprobaron formalmente los órganos colegiados referidos, puesto que no cabe olvidar que ambos formaban parte de aquéllos y que eran los que tenían la mayor capacidad técnica reconocida en materia de urbanismo municipal siendo que los órganos colegiados eran miembros de los grupos políticos a cuyos principales representantes ya habían convenido , previamente a la votación, Millet y Montull, según se ha visto. Reiteramos lo expuesto anteriormente, de que, en este supuesto, la aprobación provisional fue el verdadero acto administrativo con contenido decisorio. Puesto que, tras esa aprobación provisional de la modificación del PGM, éste se aprobó definitivamente en idénticos términos, ante la falta de incidencias entre una y otra aprobación. En tal sentido podría decirse que la aprobación definitiva fue automática, en este caso, una vez que se aprobó la modificación provisional , ante la inexistencia de incidencias. Fue una Resolución formal para evitar esa aprobación definitiva de la aprobación provisional por silencio administrativo positivo , que es lo que hubiera ocurrido, por aplicación de lo dispuesto en el art. 89 L.U.Cat., si recibido por la Subcomisión de Urbanismo el expediente de aprobación provisional, dicha Subcomisión no se hubiera pronunciado, en plazo de 4 meses desde la recepción, de forma expresa.

Se consuma el delito **aunque la influencia NO SEA DECISIVA** porque el tipo no exige que sea objetivamente decisiva o determinante para adoptar la Resolución ; basta ejercer “ cierta influencia” (STS 2025/2001, de 29 de Octubre.

En el caso presente, si bien es cierto que de la declaración de los coacusados (Gª Bragado y Massaguer) y de declaraciones testificales, existía, desde hacía tiempo, la idea genérica de mejorar el entorno del Palau de la Música, también lo es Gª-Bragado declaró que hasta agosto de 2009 en que estalló todo el escándalo del Palau, él no tuvo conocimiento de que la Fundación pretendiera obtener un beneficio económico con la modificación del PGM, ni tuvo conocimiento fehaciente de que la propiedad real de las Fincas no era de la Fundación sino de un tercero puesto que, de haberlo sabido, lo hubiera corregido en la documentación preceptiva que acompaña a la tramitación de dicho PGM. En similar sentido declaró Massaguer. Y el testigo, Sr. Puigdollers, miembro de la Comisión de urbanismo, declaró que, cuando votó, estaba convencido de que el propietario de las fincas era la Fundación.

Es decir, los acusados Millet y Montull, con su actuación expuesta, reforzaron la voluntad de quienes habían de dictar la Resolución, convenciéndoles de que el proyecto de

construcción del hotel satisfacía esa idea genérica de mejora. Idea que no queda suficientemente justificada en la Memoria en relación al Interés Público.

La Resolución no tiene por qué ser arbitraria o injusta y, mucho menos delictiva (STS 2025/2001, de 25 Octubre y 1026/2009, de 16 de Octubre).

En este caso, este Tribunal considera , mostrándose coincidente con el Dictamen Pericial obrante a los folios 899-929 y, en concreto, folios 907 a 910 (parágrafo 3.4) que la modificación puntual del P.G.M. que se aprobó de forma definitiva, no estaba suficientemente justificada en su necesidad, oportunidad y conveniencia (art 94.6 Ley Urbanismo Cat.) , en relación al Interés Público que debe de guiar la función pública del Urbanismo . (lo que analizaremos de forma pormenorizada al estudiar el tipo de la prevaricación)

Si esta falta de justificación supone arbitrariedad en la conducta de las autoridades que adoptaron tal Resolución (los acusados G^a Bragado y Massaguer) a los efectos de si habrían incurrido en delito de prevaricación por el que se les acusa, será analizado en el correspondiente fundamento jurídico.

3.-BENEFICIO ECONÓMICO.- (No tiene por qué ser ilícito).

Dicha Resolución(modificación puntual del PGM impulsada por la Fundación) , de haberse ejecutado, llevaba ínsita, “ ab-initio” , un beneficio económico directo para la Institución en nombre de la cual obraron los acusados Millet y Montull (la Fundación) e indirecto para el tercero que construiría y gestionaría el “ hotel del Palau”.

Ello se deduce claramente de la documental señalada en los antecedentes.

1.- Así, ya mediante Escritura Pública de fecha 10.11.03 (no inscrita en el Registro de la Propiedad y obrante en C10 , f. 1 a 48 y anexos en f. 49 a 94) el acusado Millet, en representación de la Fundación, suscribe con la Salle Condal un contrato que denominan: “ Cesión gratuita de fincas a cambio de edificación futura sobre finca propia”.

Examinado su contenido, esta cesión, de gratuita, no tenía nada porque la Salle le cede los terrenos referidos a cambio de que la Fundación costee las obras y corra con todos los gastos de rehabilitación del Colegio la Salle Condal que, en ese momento, se presupuestan en **4.488.491,20 euros**, obras que se estipula estén finalizadas en un determinado plazo , el cual se va prorrogando, en sucesivos acuerdos, siendo la fecha estipulada en la última prórroga el 30.09.10 . En la cláusula 7º de dicha escritura ya se pactó que la Salle Condal autoriza a la Fundación , sin necesidad de consentimiento expreso de ésta, a ceder los derechos y obligaciones que se adquieren en méritos de esta Escritura a favor de terceros que se subrogarán en dichos derechos y obligaciones.

En suma es una adquisición de la propiedad de esas fincas condicionada a que se rehabilite el Colegio (por el cesionario o un tercero) en un determinado plazo. De lo que se sigue que La Salle podría instar la rescisión de ese contrato de cesión, exigiendo la devolución de las fincas cedidas, si no se cumplía dicha condición.

Las fincas adquiridas a los Hermanos en el año 2003 tenían asignado uso de equipamiento educativo (clave 7) y, para conseguir el objetivo de Millet y Montull, de construcción de un hotel, era preciso asignarles uso residencial (clave 12). Es decir, se precisaba una modificación del uso inicialmente asignado en el PGM. Ello suponía que las fincas de la Fundación se revalorizarían puesto que el uso residencial tiene mayor valor económico que el uso de equipamiento. Así que, lo primero que debía de hacerse, por aplicación de los Principios Generales de urbanismo, era buscar una finca en el mismo Distrito al que afectaba la modificación de usos, de características similares, a fin de efectuar esa transferencia de usos. Dicha finca se encontró en una propiedad de la Generalitat y sita en C/ Ciutat, nº 1 que tenía asignado uso residencial y se le asignaría de equipamiento. Por ello, había que compensar económicamente a la Generalitat dado que su finca perdía valor económico y, además, había que efectuar una modificación del PGM para que fuera efectiva la transferencia de usos.

Para formalizar esos imprescindibles requisitos se firmaron dos Convenios. (analizamos el contenido de los mismos en lo que importa para analizar el beneficio económico que estamos analizando)

2.- Convenio con Anexo, de fecha 8.03.06, firmado entre Fundación y Generalitat (C19, f. 39 a 45). No se le dio publicidad ni se incluyó dentro de la documentación que integraba la propuesta de modificación del P.G.M. a instancias de la Fundación.

El contenido del convenio propiamente dicho estipula: la permuta de calificaciones (transferencia de usos) entre las referidas fincas; la previsión de que en el ulterior acuerdo que se firme con el Ayuntamiento (competente para la tramitación de la modificación del PGM) se incluya , dentro del uso residencial de las fincas de la Fundación, no sólo el uso hotelero sino la posibilidad de que, transcurridos 12 años, pude transformarse en uso de vivienda; acuerdan la valoración de las fincas de la Fundación, una vez asignado uso residencial, en el valor aproximado de 15 millones de euros (estipulan como causa de extinción del convenio cualquier valoración por debajo de esa cantidad); acuerdan que quien compense a la Generalitat por la pérdida de valor de su finca sea el 3º que asuma los costes de construcción del hotel y a quien , en garantía de pago se le exigirá la prestación de un aval: y, lo que es muy importante para la cuestión analizada, acuerdan una contraprestación económica a favor de la Fundación por el sólo hecho de ser titular de las fincas.

En el Anexo a ese convenio, se vuelve a fijar el valor de las fincas de la Fundación en , aproximadamente, 15 millones de euros ligado a su uso residencial hotelero y, al cabo de 12 años, de construcción de viviendas y se distribuyen las compensaciones económicas acordadas partiendo, para lo que interesa, de ese valor de 15 millones, de los que el 37% (5.550.000 euros) serían para la Generalitat y el 63% (9.450.000 euros) para la Fundación, a cargo del tercero.

En suma , se compensaba la Generalitat por la pérdida de valor económico de su finca pero ¿ por qué habría de compensarse a la Fundación, en tal elevada cantidad, por ser titular de esas fincas (cuando, además, no lo era mientras no rehabilitase el Colegio)? Es evidente que se trata de obtener dinero a cambio de una pura especulación inmobiliaria puesto que la condición para ser titular de esa fincas se había presupuestado en: 4.488.491,20 euros. (ninguna de las periciales de parte practicadas , obrantes a los folios 1588 y ss, 1654 y ss, 1743 y ss, – y a las que nos referiremos al analizar el delito de

prevaricación- estudia la especulación desde tal perspectiva sino desde la perspectiva de la Administraciones públicas y de “Olivia Hotels”).

3.- Convenio de fecha 24.10.06, firmado por la Fundación , la Generalitat y el Ayuntamiento (C19, folios 33 a 37). Se incluyó dentro de la documentación que integraba la propuesta de modificación del P.G.M. a instancias de la Fundación y, por ende, fue publicado en el D.O.G.C.

Es muy general. Plasma, de forma muy genérica, los acuerdos adoptados en el anterior convenio en lo que se refiere a la transferencia de usos, recoge el compromiso de la Fundación de instar la modificación del PGM a iniciativa privada y, en base a esta solicitud, el Ayuntamiento se compromete- al ser su competencia- a iniciar la tramitación y la Generalitat se compromete a realizar las actuaciones precisas para esa tramitación , dentro de sus competencias.

Lo realmente importante de este Convenio tan genérico es la remisión que hace en la estipulación 2, al final del tercer párrafo: “ Todo esto en los términos y condiciones que se acuerdan en el documento suscrito entre la Generalitat.. y la fundación.. , el 8.03.06”

Es decir, es una remisión clara y expresa al Convenio anterior , mucho más desarrollado. De lo que se sigue que para comprender, en toda su amplitud, los términos del presente acuerdo, había que leerse el contenido del anterior.

4.- Contrato privado de fecha 20.12.06 entre la Fundación(siempre representada por el acusado Millet) y “ Olivia Hotels, S.A.” (representada por Manuel Valderrama).

Primero se exponen las condiciones incluidas tanto en la cesión de la Salle (Escritura no inscrita de 10.11.03) como en los dos convenios mencionados que Manuel asume conocer y, tras ello, estipulan que Olivia , a partir de la fecha de ese contrato, asume todos los derechos y obligaciones convenidos, es decir: correr con el coste de obras de rehabilitación de la Salle que, en esos momentos, ya ascendían a 5.843.928 euros y cuyo plazo límite era el 30.09.10, correr con la compensación de la Generalitat por importe de 5.550.000 euros y correr con la “ compensación” de la Fundación por el sólo hecho de ser titular (no declarado públicamente) de las fincas hasta ese momento: 3.606.072 euros. (porque en el 63% que se acordó en el Convenio 1, se incluye el coste de las obras de rehabilitación del colegio ya que seguía siendo la condición para que la Fundación continuara siendo titular de esas fincas).

Como se evidencia, en realidad, se trata de un contrato de compra-venta encubierta de las fincas de la Fundación por parte de “ Olivia Hotels, S.A.”.

5.-En **fecha 13.03.07**, el acusado DIAZ, (contratado por Millet representando a la Fundación para redactar la propuesta de modificación , diseñar el hotel a nivel arquitectónico y, ulteriormente, por Olivia para ejecutarlo) **presenta formalmente ante el Ayuntamiento, en nombre de la Fundación, la propuesta de modificación del PGM** (C1, folio 340 en relación C2 folio 1 a 80), en el que hace constar que el titular de las fincas, cuya modificación de usos se pretende, es la Fundación, sin que nunca , durante toda la tramitación de la modificación de ese PGM y hasta su aprobación definitiva, se haga constar expresamente que, a partir de fecha 20.12.06 y, de cara a terceros a partir de

las dos E.P de 12.07.07 inscritas en el registro de la propiedad, la titular de las fincas, que se iban a revalorizar , por la modificación era "OLIVIA Hotels, SA"

6.- Dicho contrato privado de fecha 20.12.06 , analizado en el punto 4, es elevado a público en dos escrituras de 12.07.07, inscritas en el Registro de la propiedad (C23, f.156 y ss y C23, f. 276 y ss) , que lo concretan y desarrollan y que, en el aspecto que analizamos sólo tiene interés la estipulación 2ª (C23, folio 302) en el sentido de que reitera lo previamente acordado en contrato privado: Olivia pagará a la Fundación 3.606.072 euros por el simple hecho de ser " titular" de esas fincas. En este punto no tiene otro interés, sin perjuicio de que lo tengan en el siguiente fundamento jurídico.

De una lectura del contenido de estos contratos y convenios, siguiendo su orden cronológico, se infiere que con la Resolución obtenida se iba a generar un beneficio económico directo para la Fundación concretado en 3.606.072 euros. Este beneficio económico , que no decimos que sea ilícito, no está justificado dado que la Fundación es una institución benéfica cuya finalidad es promover la cultura , sobre todo musical y, sin embargo, aquí actuó como cualquier empresa privada sin escrúpulos que pretendía obtener un beneficio económico generado por las plusvalías urbanísticas y sin haber efectuado ningún desembolso económico por ello, ya que ni siquiera había pagado precio por la titularidad de esas fincas con las que estaba especulando, puesto que el pago de este precio representado en ejecución de obras y contraprestaciones, fue asumido por un tercero a partir del 20.12.06: en " Olivia Hotels, S.A.", empresa privada . Y, es a partir de esta fecha de 20.12.06, cuando al fin perseguido por las influencias de los acusados Millet y Montull , se añade otro fin : el asegurar, indistintamente el beneficio económico que supondrá el hotel para quien lo va a construir y gestionar : "Olivia". Pero para asegurar tal fin sin riesgos, era preciso enmascarar al nuevo titular lo cual , a éste, no le iba a salir gratis, sino que tenía " un precio" exigido por estos dos acusados y que forma parte del tipo que analizamos a continuación.

En suma y , acabando con el tipo previsto en el art. 429 CP que estudiamos, de los medios de prueba expuestos y las inferencias que se han ido efectuando por el Tribunal en relación a los mismos, **concluimos que , en este caso, concurren todos los elementos del tipo analizado, subtipo básico, puesto que los acusados**, tanto Millet (que firmó todos los documentos y contratos en representación del Palau) como Montull (quien actuó siempre de común acuerdo con el primero cuando enviaba las cartas, e-mails.. según él mismo declara al ser un trabajador de Millet que no hacía nada sin su aquiescencia), ambos obrando en representación de una institución cultural de gran prestigio internacional y muy estimada entre los catalanes , aprovechándose de esa ascendencia moral y de las ventajas que les proporcionaban sus respectivos cargos , **lograron-** con la utilización de expresiones hábiles y sugestivas, que ponían énfasis en el interés general del proyecto y hacían desviar la atención (que no ocultaban) de sus verdaderos objetivos de lucro económico- **CONVENCER a Gª Bragado y Massaguer**, incidiendo en su voluntad, para que aprobaran de forma definitiva la modificación de un PGM, modificación no motivada suficientemente en cuanto a su necesidad, oportunidad y conveniencia en relación al interés público por el que se guía la función pública del Urbanismo, modificación que generaba un beneficio económico directo para la Institución cultural benéfica que representaban(la Fundación) y, a partir del 20.12.06, un beneficio económico indirecto para el tercero que se había convertido en titular de las fincas y que iba a ser el constructor

y gestor del futuro hotel (Olivia), lo que emparenta con el tipo previsto en el art. 430 Cp y que estudiamos en el siguiente fundamento. Es verdad que , tras el trámite de participación ciudadana y tras el informe negativo de Cultura a la descatalogación de las fincas, se suprimió de la aprobación provisional y, por ende, de la definitiva, la posibilidad de uso de vivienda tras 12 años y se obligó al mantenimiento de las fachadas que sólo podrán ser rehabilitadas más no derruidas, pero aún con estas limitaciones, conseguían satisfacer su propósito de ganancia económica expuesto.

Si quiera sea a los meros efectos dialécticos puesto que ninguna de las partes lo han planteado, decir que NO se trata de una autoría por omisión sino por acción, dado que el Convenio de fecha 8.03.06 , en el que se pactó la compensación económica para la Fundación por primera vez, es nombrado en el Convenio de fecha 24.10.06 el cual se remite al primero en su totalidad. Y, teniendo en cuenta que el Convenio 2 forma parte del Plan, lo cierto es que ambos, tanto G^a Bragado como Massager (que formaban parte de la Comisión y Subcomisión de Urbanismo y tenían a su disposición toda la documentación técnica acompañada a la propuesta de modificación), tuvieron oportunidad de conocerlo, reclamándolo y, si no lo hicieron fue porque la habilidad de Millet y Montull les hizo distraer su atención sobre otros aspectos de la modificación. Y , en este sentido, su voluntad estaba viciada a la hora de adoptar la Resolución.

Lo mismo cabe decir de la existencia de OLIVIA HOTELS . Montull dice que nunca lo ocultaron y asegura que era “ vox- populi” entre todas las Administraciones intervinientes, lo que también se deduce de las referencias genericas y poco concretas, tanto al Sr. Valderrama como a Olivia , que se hacen en la ingente correspondencia archivada por Montull , alguna de ellas enviada y recibida por Massager (C8, folio 23, cuyo contenido se ha pormenorizado en el punto 1 B/ de este fundamento), por lo que, reiteramos, si ellos lo hubieran considerado necesario, pudieron haber obtenido una información concreta y detallada al respecto y, si no fue así es por lo mismo que se acaba de exponer, es decir, porque con verdades sesgadas, Millet y Montull lograran que centraran su atención sólo en el interés general y público de su proyecto que, por cierto y según resulta de la documental C17, fue muy contestado públicamente y por los vecinos del Barrio de “ la Rivera” donde se ubica el Palau.

Por último, **no es aplicable el subtipo agravado** porque ese beneficio directo e indirecto , es decir ,para la Fundación y para “ Olivia Hotels”, no se llegó a obtener puesto que , a pesar de haberse llegado a aprobar inicialmente (folios 18 y 19 de la Documental aportada por la defensa del acusado Lambies en turno previo de intervenciones) el Plan de Mejora urbana (PMU), instrumento de planeamiento derivado que desarrolla sobre el terreno la modificación del PGM aprobada definitivamente, nunca se llegó a ejecutar al haber sido suspendida su tramitación (folio 46 y 64 de esa documental) y, ulteriormente, declararla caducada (folio 157 de la referida documental) al advertir deficiencias en la documentación presentada y coincidiendo con la entrada y registro que efectuaron los Mossos en el Palau , a fines de julio del 2009 a consecuencia de hechos diferentes a los aquí enjuiciados y que investigaba otro Juzgado de Instrucción de Barcelona distinto al que instruyó las diligencias origen de esta causa. Y, por tanto, al no haber podido construir el hotel “ Olivia”, ésta no admitió ejecutar el aval que por importe de 3.606.072 euros había suscrito para garantizar la compensación exigida por la Fundación y ello a pesar de los persistentes requerimiento de Millet y Montull al efecto. No obstante lo cual, “ Oliva Hotels” es propietaria de unas fincas que tienen asignado uso residencial con destino a

contrucción de hotel , por lo que, teóricamente, pueden instar en cualquier momento la tramitación de un nuevo P.M.U. en desarrollo del PGM modificado de forma definitiva.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados y expuestos en el parágrafo A b) y c) del relato histórico, son constitutivos de un delito de tráfico de influencias previsto y penado en el **art. 430 Cp**, imputables a los acusados MILLET y MONTULL , por los que les acusa la Acusación Popular en relación a los hechos que expone en el párrafo 15 de su escrito de acusación definitiva.

Dicho precepto castiga a: “ los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptasen ofrecimiento o promesa..”

Sólo se penaliza la conducta de quién recibe no de quien da la dádiva.

“ Se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la ejecución de la acción típica que describe el precepto (429Cp), sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquél a quien se dirige la oferta y, desde luego, sin que sea preciso que la influencia – que puede ser real o ficticia- sea ejercida efectivamente (STS 24/06/1994 y 335/2006 de 24 de Marzo). Por tanto, todos los elementos objetivos y subjetivos que se han señalado anteriormente han de darse inexcusablemente para que aparezca este tipo delictivo, lo cual ya se ha acreditado que concurren en el caso presente. Y, para lo que aquí interesa, en la conducta de los acusados Millet y Montull calificada de delito de tráfico de influencias a partir del 20.12.06, es decir, desde que “ Olivia “ pasa a ser propietaria de las fincas y se inicia toda la tramitación de la modificación del PGM hasta su aprobación definitiva.

En el art 429 el delito se comete directamente por el particular que busca la obtención del beneficio , mientras que en el art 430 el sujeto activo es el mediador de ese particular, mediador que es el que ejecutará la acción típica (influir con prevalimiento sobre autoridad para obtener resolución administrativa que genere- en este caso, a ese tercero- un beneficio económico). Ese tercero será el favorecido por la hipotética Resolución que se dicte.

Siguiendo con la argumentación expuesta en el anterior fundamento, en este caso y, como ya se ha analizado, los acusados ejecutaron la acción típica prevista en el art. 429 CP para dos fines generadores de beneficio económico : beneficio económico directo para la Fundación especulando con las fincas de referencia y beneficio económico indirecto para “ Olivia Hotels” derivado de la construcción y gestión del hotel.

Y es que, como ya ha quedado acreditado, es a partir de esta fecha de 20.12.06, cuando al fin perseguido por las influencias de los acusados Millet y Montull , se añade otro fin : el asegurar, indictectamente el beneficio económico que supondrá el hotel para quien lo va a construir y gestionar

En primer lugar, valoramos la prueba practicada en juicio oral , conforme a los principios procesales que la rigen, y en base a la cual se ha obtenido el parágrafo A b) del relato histórico. Millet ejerció su derecho a no declarar y por eso no nos referimos a sus

declaraciones. Montull admite toda su carpeta de documentos encontrada en un cajón por Joan Llinares y entregada a Fiscalía en fecha 1.04.10 (C4).

La imputación de la responsabilidad por este hecho delictivo resulta toda ella de PRUEBA INDICIARIA, algo habitual en este tipo de delitos donde es excepcional que sus actores dejen datos objetivos que puedan incriminarlos por prueba directa. Dentro del análisis del delito que nos ocupa (430 Cp) , dos son los hechos típicos que resultan acreditados por prueba indiciaria.: A/ 900.000 euros entregados por Valderrama a M y M. y B/ La finalidad de la entrega de esos 900.000 euros o lo que es lo mismo, EL CONCEPTO en que se entregan.

Al efecto es de significar que el T.C y T.S., en doctrina reiterada y constante, vienen manteniendo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial se forme sobre la base de una **prueba indiciaria** o presuntiva, ya que no siendo siempre posible disponer de las pruebas directas, prescindir en el juicio penal del valor de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de muchos delitos, lo que provocaría una grave indefensión social. Si bien, para que se le reconozca eficacia desvirtuadora de la Presunción de Inocencia, debe de reunir una serie de requisitos: a) **no** debe tratarse de **un solo indicio aislado**; b) los hechos indiciarios ha de estar absolutamente **probados** en la causa y **relacionados** directamente con el hecho criminal; c) es preciso que entre ellos y la convicción judicial sobre la culpabilidad, exista una **armonía** que descarte toda irracionalidad en la génesis de la convicción. En tal sentido, la STS de 17/02/95 señala que únicamente es CONVICCIÓN LÓGICA obtenida tras prueba de indicios la que excluye otra posibilidad alternativa que pueda reputarse razonable y compatible con los hechos que se declaran probados.

A/ 900.000 euros entregados por Manuel Valderrama a los acusados Millet y Montull.

Millet no declara en juicio . Montull niega haber recibido tal dinero y declaró que esa anotación de 900.000 euros (C4, folios 372 y 373) se refería a honorarios de arquitecto y M Valderrama niega que los entregase a Millet y Montull por ningún concepto, negativa que obedece a un interés espúreo puesto que no olvidemos que la empresa “ Olivia Hotels, S.A.” es propietario de unas fincas frente al Palau de la música, que tienen asignado un uso residencial y dónde se puede construir, hoy por hoy, un hotel.

En esta parte del tipo , la prueba practicada nos lleva a la existencia de varios indicios absolutamente acreditados por prueba directa

1.- Convenio 1: 8.03.06 (C19, folios 39 a 45).- Las fincas de la Fundación se valoran por la Dirección General de patrimonio de la Generalitat, según declaración testifical de la Sra. Turó y el contenido de este convenio, en **15 millones de euros** , aproximadamente, no pudiendo darse una valoración menor so pena de extinción del convenio.

2.- Convenio 2 : 24.10.2006 (documental C19, folios 33 a 37) aprobado y publicado. Se garantiza el apoyo de las instituciones para la consecución del proyecto impulsado por Palau

3.- Una vez garantizado ese apoyo institucional, Millet, en nombre del del Palau y con la aquiescencia de Montull, envía ofertas a empresarios para la ejecución de su proyecto (es la cesión a terceros a la que se refieren la E.P. de 10.11.03 y se reproduce en los dos Convenios), en fechas 8.11.06 (documental, C4, folios 376 a 383 , admitida por Montull.).

4.- (C4, folio 369 y 379): El 12.12.06, Montull hace un resumen de las respuestas de los empresarios (declaración en juicio) destacando a Olivia como el que acepta todas sus peticiones(y que tiene conexión con COPISA para la ejecución de la obra)

5.- A continuación hay una nota (C4, folio 371) con varias cantidades manuscritas y después, otra nota a máquina (C4 folio 372) titulada “ SR. VALDERRAMA” en cuyo párrafo segundo se lee: “ 900.000 euros última oferta” (pasando al folio siguiente (373) donde aparece la misma nota pero con la diferencia de que ese párrafo - también los demás- están marcados con una cruz a lápiz.)

6.- (documental C23, folios 152 a 155) En fecha 20.12.06, Millet (en representación de la Fundación) y Manuel Valderrama (en representación de OLIVIA) firman un contrato privado por el que, como ya se analizado en el fundamento jurídico anterior al estudiar el beneficio económico, la primera transmite la propiedad de los las referidas fincas por precio de 15 millones de euros (Manuel Valderrama declara que no mejoró la oferta. Era la mínima que se admitía por Millet y Montull) y se subrogan en las obligaciones asumidas por Fundación frente a la Salle (Escritura no inscrita de 10.11.13 y acuerdo último de prórroga de 18.04.2006) y frente a la Generalitat y la propia fundación, obligaciones que constan en el Convenio de 8.03.06.

7.- Del Dictamen pericial emitido por la Inspectora de Hacienda del Estado nº 10.212 obrante a los folios 1376 y ss de las actuaciones y, que, una vez corregido, fue ratificado y aclarado en juicio, unido a las declaraciones de los hnos. Valderrama (Manuel, Emilio, Mª Luisa y el Sr. Hortelano y esposo de éste última), se acredita que con fecha valor 20.12.06 se detectan reintegros en metálico, previa emisión de cheque o talón, y cuyo destino final se desconoce, por importe total de 470.000 euros.

El propio Manuel Valderrama declaró ser titular de un “ holding” de empresas formado por “ OLIVIA HOTELS, S.A.”, “ CLIMAVA, S.L.” y “ ELECTROCLIMAVA, S.L.”, de las cuales él ostenta el 80% de las participaciones, su esposa el 10%, y sus hermanos , Mª Luisa y Emilio, el 5% cada uno. El es Administrador de todas ellas. El contable es el Sr. Hortelano, esposo de Mª Luisa, es decir, su cuñado. Mª Luisa es apoderada de todas las empresas del grupo y tiene firma en las c/ corrientes de todas ellas.

Igual que en el apartado 7, la perito examinó los Libros de contabilidad y el Plan de cuentas de las tres empresas y sus cuentas bancarias, así como la información suministrada por las distintas administraciones financieras a la Administración Tributaria en virtud del art. 15 del R.D. 338/1990, de 9 de Marzo, cercanas al 20.12.06 en que se firmó el contrato privado de transmisión de terrenos entre la Fundació y OLIVIA (referido en el punto 6) y objetiva que, en dicha fecha 20.12.06 y en el día siguiente, de las cuentas de “ CLIMAVA” **se efectuó el pago, sin abono en cuenta, de 5 cheques por importe total**

de 470.000 euros (15.000, 20.000, 60.000, 175.000 y 200.000, folio 1378) , cheques cobrados por Emilio, M^a Luisa, Manuel y M^a Luisa, respectivamente. El cheque por importe de 60.000 euros se ignora quién lo cobró porque la entidad crediticia correspondiente no informó de dicha operación.

En cualquier caso, lo que interesa es que esos importes, por un total de 470.000 euros, se registraron en la Contabilidad de la Empresa como cantidades retiradas por Manuel Valderrama, considerándolas deudas para la sociedad y sin que resulte acreditado a que fueron destinados dichos importes.

Los reintegros son negados por Manuel, a pesar de los datos objetivos suministrados por la perito y que obran en su informe (folios 1379 a 1381) . Sin embargo, dichos reintegros en efectivo son asumidos por M^a Luisa quien declara haberlos hecho por orden de su hermano, Manuel ; por Emilio, quien , si bien no recuerda, admite que pudo haber hecho el reintegro por orden de alguno de sus hermanos (M^a Luisa o Manuel) a través de un poder expreso y por el contable Sr. Hortelano quien admite haber hecho el reintegro por orden de su esposa, M^a Luisa.

Para lo que concierne a este apartado , la perito corrigió su informe al inicio de su intervención, dejando sin efecto el apartado II B de su dictamen, denominado " cuentas de OLIVIA HOTELS, S.A.", explicando que esos 4 talones a los que se refería (de fechas 12, 15 y 19 de diciembre 2006, por importes respectivos, en euros, de: 25.000, 10.000, 10.000 y 40.000) aparecen contabilizados en dicha Sociedad pero en fechas disintintas como pagados a proveedores de la empresa y, por ende, los destinatarios no son desconocidos, que es lo que se investigaba.

8.- (C1, folio 340) en fecha 13.03.07 , el arquitecto Diaz en nombre y representación de la Fundació (contratado por dicha Institución para este proyecto) presenta formalmente ante el Ayuntamiento de Barcelona la documentación precisa relativa a la modificación puntual del PGM concretada en las fincas 13 b, 15 y 17 de la C/ Sant Pèrre més Alt, fincas 2 y 4-8 de la C/ Amadeu Vives y finca 1 de la C/ Ciutat para iniciar los trámites necesarios hasta su aprobación definitiva . Se observa que no aparece como propietario de esos terrenos Olivia , cuando ya lo era desde el 20.12.06 por contrato privado.

9.- También del Dictamen pericial emitido por la Inspectora de Hacienda del Estado nº 10.212 obrante a los folios 1376 y ss de las actuaciones y, que, una vez corregido, fue ratificado y aclarado en juicio, unido a las declaraciones de los hnos. Valderrama (Manuel, Emilio, M^a Luisa y el Sr. Hortelano y esposo de éste última), se acredita que con fecha valor 11.07.07 se detectan reintegros en metálico, previa emisión de cheque o talón y cuyo destino final se desconoce, por importe total de 425.000 euros , más otro de 470.000 euros de dudoso destino (por la complejidad de la operación), si bien , al final , dicho destino sí aparece, aunque a la perito le parezca sospechoso.

Igual que en apartado 7, la perito examinó los Libros de contabilidad y el Plan de cuentas de las tres empresas y sus cuentas bancarias, así como la información suministrada por las distintas administraciones financieras a la Administración Tributaria en virtud del art. 15 del R.D. 338/1990, de 9 de Marzo, cercanas al 12.07.07 en que se elevó a Escritura Pública el contrato privado de transmisión de terrenos entre la Fundació y OLIVIA y se otorgó otra Escritura Pública en la misma fecha y a continuación de la primera , de pactos

complementarios (referido en el punto) y objetiva que, en fecha 11.07.07, de las cuentas de “ ELECTROCLIMAVA” se efectuó el pago, sin abono en cuenta, de 2 cheques por importes respectivos de 125.000 euros y de 200.000 euros, el primero cobrado por el Sr. Hortelano (quien lo asume por orden de su esposa, Mª Luisa)) y el segundo, se ignora quién lo cobró porque la entidad crediticia correspondiente no informó de dicha operación. También objetiva que, en fecha 11.07.07, de las cuentas de CLIMAVA se efectuó el pago, sin abono en cuenta, de un cheque por importe de 100.000 euros , cobrado por el Sr. Hortelano (lo que él asume por orden de su esposa Mª Luisa).

En cualquier caso, lo que interesa es que esos importes, que, en total ascienden a 425.000 euros, se registraron en la Contabilidad de la Empresa como cantidades retiradas por Manuel Valderrama, considerándolas deudas para la sociedad y sin que resulte acreditado a que fueron destinados dichos importes.

En cuanto a la compleja operación, expuesta al inicio de este apartado, relativa al cheque por importe de 470.000 euros que fue retirado de las cuentas de “ CLIMAVA” en fecha 11.07.07 y que la perito califica de dudoso destino (por la complejidad de la operación), si , al final , dicho destino sí aparece, aunque a la perito le parezca sospechoso.

Esta compleja operación está explicada a los folios 9, 10 y 11 del dictamen dónde la perito explica el periplo que siguió esa cantidad de 470.000 euros desde que sale, el 11.07.07 , mediante cobro de cheque de una cuenta corriente de CLIMAVA en el Banco Popular hasta que llega , al día siguiente 12.07.07, a una cuenta de activo de OLIVIA denominada “ Terrenos construcciones en curso” donde se cargan honorarios de arquitectos (Tusquets), Notario...

Es por ello que, si bien la operación es sospechosa, dado que sí se detecta su destino final, este Tribunal no la tiene en cuenta para integrar salidas de cantidades en efectivo de las cuentas del Holding con destino desconocido.

10.- A continuación de la nota a máquina (C4, folio 372) a la que antes nos hemos referido, en la misma carpeta de documental realizada por el acusado Montull según él mismo admite, hay otra nota (C4, folio 373) idéntica a la anterior (titulada “ SR. VALDERRAMA” y también escrita a máquina en cuyo párrafo segundo se lee: “ **900.000 euros última oferta**”), con la peculiaridad de que ese párrafo (también los demás) están **marcados con una cruz** a lápiz.

11.- En fecha **12.07.2007**, se eleva a publico el contrato privado de fecha 20.12.06, en dos escrituras de la misma fecha (C23, f, 156 y ss y f. 276 y ss), inscritas en el Registro, que concretan y desarrollan aquél primigenio contrato privado.

De estos hechos probados y que estimamos suficientes y perfectamente interrelacionados, como exige el T.S. , se alcanza la siguiente CONCLUSIÓN: Esos 895.000 euros acreditados que salieron del “ holding empresarial” de Manuel Valderrama y que fueron contabilizados como cantidades retiradas por éste sin justificación de su destino, **ENTRARON** en el patrimonio personal de los acusados Millet y Montull.

Es la única conclusión lógica y racional a la que llegamos si tenemos en cuenta: la coincidencia de fechas entre las salidas por importe de 470.000 euros producidas los días 20 y 21 de Diciembre y la fecha de la firma del contrato privado de fecha 20.12.06 de cuyo contenido y, como ya se expuso en el punto 3. 4 del fundamento jurídico anterior, se

extrae que no es sino la adquisición por “ Olivia Hotels” de las fincas tantas veces referidas de la Fundación, así como la proximidad de fechas entre las salidas por importe total de 425.000 euros producidas el día 11.07.07 y la elevación a público de esa adquisición de las fincas hechas por contrato privado, que se concretó y desarrolló en las dos mencionadas Escrituras Públicas de 12.07.07. Sumando un importe total de 895.000 euros , prácticamente el exigido por Montull a Valderrama en su nota : “ 900.000 euros, última oferta” y que, interpretado en relación a la nota del folio siguiente : “ x 900.000 euros, última oferta” , evidencia (esa cruz) que fueron efectivamente abonados, sin que la diferencia de 5000 euros cuyo pago no se ha acreditado sea relevante pues , no olvidemos, se trata de dinero entregado “ en negro”. No siendo de extrañar el abono en dos entregas puesto que, es lógico, que Manuel Valderrama no admitiera la total entrega por adelantado, antes de que la Fundación presentara formalmente ante el Ayuntamiento, la propuesta de modificación del PGM, lo cual era absolutamente imprescindible para que a la fincas por él adquiridas se les asignara un uso residencial donde podía construirse un hotel , presentación formal que se llevó a efecto el 13.03.07, tras lo que sí abona la segunda entrega dineraria, un día antes de convertirse en propietario frente a terceros de las referidas fincas (es decir, mediante Escrituras públicas inscritas).

Y ,si tenemos en cuenta, además que hay otra alternativa igual de razonable porque:

1.- Las cantidades retiradas el 20-12-06 No son Bonus, como declara Manuel Valderrama, puesto que ello fue negado categóricamente por el contable de la Empresa, Sr. Hortelano, quien afirmó que en esas empresas no se reparten “ bonus”

2.- Tampoco son Aguinaldos, como declaró M^a Luisa Valderrama, porque no aparecen contabilizados como tales y no hay recibí de los perceptores. Declara el Sr. Hortelano que ignora a qué se destinaron esos reintegros pero , añade, que fue algo excepcional hacer reintegros en metálico por tanto dinero .-

3.- Las cantidades retiradas el 11.07.07 No son DIVIDENDOS, aunque todos los testigos de la empresa ya nominados afirman que se repartieron cantidades por tal concepto correspondientes al ejercicio 2006. Lo afirma Manuel, M^a Luisa , Emilio y el Sr. Hortelano quien es el que nos reporta mayor seguridad al ser el contable del Holding empresarial. Dice que por unos 600.000 euros y que se contabilizaron por tal concepto. Y, efectivamente, la perito , al folio 1383 encuentra esa distribución de dividendos contabilizados como tales en fecha 31.07.07 en el libro diario de 2007 de la empresa “ ELECTROCLIMABA”, pero lo que no encuentra es el cargo por dichos importes en ninguna de las cuentas bancarias. A mayor abundamiento, no se aporta ningún Acta de sesión del Holding donde se acordara ese reparto de forma proporcional entre los socios. Además de no haber cargos en las cuentas tampoco hay recibos firmados por los socios por las cantidades supuestamente recibidas. Por si fuera poco, el contable Sr. Hortelano, dice que esa cantidad tan elevada (unos 600.000 euros) fue excepcional , nunca se había repartido tanto dinero por ese concepto.

Sin embargo, ello es irrelevante para el tema que nos ocupa, porque , esos supuestos dividendos son al margen de la cantidad total de 895.000 euros retirada en metálico , percibida por Manuel y cuyo destino final se desconoce, de lo que se sigue que no han sido tenidos en cuenta por el Tribunal para obtener ese importe total.

La confusión viene originada en que hay dos importes : 125.000 y 200.000 euros que coinciden en ambos conceptos, pero ello es una mera casualidad o un intento de despistar , dado que , en lo que se refiere a dividendos, aparecen muchas otras cantidades , además de estas dos (y en total suman más de 600.000 euros) y contabilizadas a fecha 31.07.07, mientras que esas mismas dos cantidades retiradas por sendos cheques de fecha 11.07.07, no tienen ningún reflejo en la contabilidad ; se desconoce su destino final.

4.- Los 900.000 euros de las anotaciones del acusado MONTULL, no pueden ser Honorarios de arquitecto porque la Fundació no debía de abonarlos , sino “ Olivia a Diaz y, en tal sentido, Manuel Valderrama declaró que negocio los honorarios directamente con Diaz, sin que intermediara nadie de la Fundación ; añade que, hasta la fecha, ha abonado a Díaz por tal concepto, unos 200.000 euros, a través de varias facturas conforme iban haciendo obras en la escuela La Salle, nunca en metálico, siempre mediante transferencias o letras. Pero es que, además, en la documental, C9, cuyos documentos asume MONTULL como por el escritos, se barajan cantidades en concepto de honorario de arquitecto que no alcanzan esos 900.000 euros. Así, al folio 5 de la citada carpeta, aparece presupuestada la cantidad de 789.730 euros por tal concepto. Y, lo que es determinante, el propio arquitecto Diaz dice haber cobrado 250.000 euros hasta la fecha , en varias partes, una de ellas tras un arbitraje de equidad, nunca en metálico cree que por transferencia. A este respecto, El testigo Sr. Tusquets y compañero de despacho del anterior, declaró que creía se habían pactado unos honorarios de unos 400.000 euros , de los que se habían cobrado unos 240.000 euros y no en efectivo. La testigo Sra. Bassa , contable del despacho “ Tusquets & Diaz” afirma que nunca cobran los honorarios en efectivo, mayormente por transferencia.

Dicha ENTREGA ACREDITADA por prueba indiciaria se hizo con una finalidad que ya hemos dejado entrever en el fundamento jurídico anterior (“Y, es a partir de esta fecha de 20.12.06, cuando al fin perseguido por las influencias de los acusados Millet y Montull , se añade otro fin : el asegurar, indistintamente el beneficio económico que supondrá el hotel para quien lo va a construir y gestionar : “Olivia”. Pero para asegurar tal fin sin riesgos, era preciso enmascarar al nuevo titular lo cual , a éste, no le iba a salir gratis, sino que tenía “ un precio” exigido por estos dos acusados y que forma parte del tipo que analizamos a continuación.)

Finalidad que estudiamos a continuación y que corroborará , todavía más si cabe, esa entrega acreditada de 895.000 euros hecha por Manuel Valderrama a Millet y Montull, puesto que, como ya se ha estudiado en el fundamento anterior, el segundo siempre obraba de acuerdo con el primero.

B/ La finalidad de la entrega de esos 895.000 euros o lo que es lo mismo, EL CONCEPTO en que se entregan.

En primer lugar, DESCARTAMOS que la entrega obedezca a **una comisión entre particulares para la adjudicación del proyecto a “ Olivia Hotels”** en vez de a otros competidores (hecho impune a la fecha del hecho y que, tras la LO 5/10, de 22 de Junio, es punible en el art. 286 bis Cp).

Ello es así porque carece de sentido dado que, tras la remisión, por Montull en nombre de la Fundación, en fecha 8.11.06, envía ofertas a empresarios del sector por si podían estar

interesados en la ejecución de su proyecto (C4, folios 376 a 383); aquél hace un resumen destacando a “ Olivia ..” como el que acepta todas sus peticiones (C4, 369 y 379); habiendo declarado empresarios que recibieron dichas cartas como testigos (Sr. Martinez Oliver en representación de “ Natursisten” y el Sr. Nuñez y Navarro en representación de la constructora, S.A. , del mismo nombre) no estar interesados en el proyecto por diversas razones que no hacen al caso. Y, tras ello, en fecha 20.12.06 se firma entre la Fundación y “ Olivia..” lo que en realidad es, por su contenido, un contrato de compra-venta de las fincas referidas fijándose el precio, en la estipulación 4ª, en 15 millones de euros.

De lo que se sigue que ningún interés existía en abonar una comisión de 895.000 euros, por la ejecución de un proyecto para el que no se acredita hubiese competidores de Olivia. Y, si “ Olivia” era el único interesado, al no acreditarse lo contrario, sería absurdo abonar tal suma dineraria para obtener una adjudicación que ya era suya.

En segundo lugar, también DESCARTAMOS que la entrega forme parte del precio de la venta de las fincas y, por ende, ese dinero pertenecería a la Fundación (vendedora y titular de las fincas) como sostienen tanto el M. Fiscal (en los hechos expuestos al final del f.9, f.10 y al inicio del f. 11 de su Escrito de acusación definitivo) como la Acusación Particular, ni siquiera como “ sobreprecio en b o negro” a que apunta esta última.

Siguiendo con lo expuesto anteriormente, el único acreditado interesado en la adjudicación “ Olivia” no mejoró la oferta mínima de 15 millones de euros como precio de venta. Y, además de que él así lo declara en juicio, se deduce del tan mencionado Contrato privado de 20.12.06 que contiene dicha venta de las fincas de la Fundación a “ Olivia”, al subrogarse en todas las obligaciones que la Fundación había adquirido frente a La Salle (en EP de 10.11.03), así como frente a la Generalitat (en Convenio de 8.03.06), a la que se sumaría la obligación de compensar a la Fundación por ser titular- sujeto a condición rescisoria- de las fincas. En la estipulación cuarta claramente se fija el precio de la venta: 15 millones de euros, de los que 5.550.000 euros correspondían a la compensación de la Generalitat, 3.606.072 euros a la Fundación por el sólo hecho de la titularidad- sujeta a condición- de las fincas vendidas y 5.843.928 euros a La Salle, puesto que era el precio, en esa fecha, en que se habían presupuestado las obras de mejora del colegio que serían llevada a cabo por cuenta de “ Olivia” como condición para seguir siendo titular de las fincas (a ello se había comprometido la Fundación el 10.11.03). En total 15 millones.

No encontramos lógico que el abono de esos 900.000 euros obedeciera a un sobreprecio, Si ya se acredita que era el único comprador interesado con tales condiciones, ¿ Para qué abonar a la Fundación una cantidad mayor al precio fijado en el contrato que, después sería elevado a Escritura Pública. También resulta absurdo.

Esa cantidad de 895.000 euros abonada por Manuel Valderrama a los acusados Millet y Montull, no estaba destinada a ser ingresada en las arcas de la Fundación. Era un dinero pagado “ en negro” para los propios acusados Millet y Montull como personas físicas, si bien, claro está, en atención a los cargos que ostentaban en la Fundación. Dinero exigido por estos dos acusados a M. Valderrama. Y, ¿ Qué iban a hacer ambos acusados, a cambio de tal suma que favoreciera, a “ Olivia”? Pues lo que hicieron a partir de que “ Olivia se convirtió en propietaria de las fincas (20.12.06) y que ya se ha analizado en el fundamento jurídico anterior, es decir, “ se ofrecieron a realizar el delito previsto en el art 429 Cp superponiéndose a la generación de beneficio directo a la Fundación (con la

especulación de las fincas suyas hasta la fecha citada) , la generación del beneficio indirecto para este tercero, “ Olivia” que sólo lograría si se llegase a construir el hotel.

En suma, los acusados Millet y Montull exigieron a M. Valderrama 900.000 euros- de los que se acredita que éste les abonó 895.000 euros- **para que la Fundación** siguiera apareciendo, en toda la documentación técnica presentada para la modif. PGM, no sólo como impulsor o promotor cultural de esa modificación (puesto que eso ya estaba previsto en la estipulación segunda de la E.P. de 12.07.07, llamada de Pactos complementarios, y como contraprestación a esta gestión de la Fundación, “Olivia” habría de entregarle 15 plazas de aparcamiento y un local con destino a almacén de 340 m2, según resulta de la documental C23 ,folios 302 y 303) , SINO , además, **como promotor inmobiliario** (cualidad que no podía ejercer, ya no sólo porque no es su finalidad, según sus estatutos, como promotor cultural sino porque ya no cumplía la primera de las obligaciones exigidas en el art 9 2 a) de la Ley 38/99, de 5 de Noviembre ,de Ordenación de la Edificación puesto que ya no ostentaba sobre las fincas ningún derecho que le facultase para construir en ellas) **ENMASCARANDO la nueva titularidad de los terrenos**, a fin de que, desde la posición institucional de la Fundación, ambos acusados siguieran influyendo ante las autoridades- como había estado influyendo hasta la fecha- para facilitar la aprobación de la modificación PGM- imprescindible para la ejecución del hotel- que, si ya de por sí tenía una fuerte oposición vecinal, ésta hubiera sido mucho mayor de conocerse que la titularidad de esos terrenos era de una empresa privada (como así ocurrió cuando “ se destapó” , una vez aprobado definitivamente el PGM, y se suspendió y se declaró la caducidad del planeamiento derivado, (PMU), que suponía dejar en suspenso la ejecución material del proyecto hotelero . No obstante lo cual, como ya se dijo en el fundamento anterior, Manuel Valderrama , en la actualidad, es propietario de unas fincas que tienen asignado un uso residencial destinado a construcción de hotel gracias al tráfico de influencias ejecutado por estos dos acusados.

Este enmascaramiento de la nueva titularidad de las fincas es constante a lo largo de toda la tramitación de la modificación puntual del P.G.M., a lo cual volveremos al analizar el delito de prevaricación. No obstante, sirva como ejemplo:

1.- Presentación formal ante el Ayuntamiento de la documentación precisa para la modificación del PGM.- Por contrato privado de 20.12.06 OLIVIA ya era titular de los terrenos y, sin embargo, aparecía como propietario la Fundación

2.- En ninguna fase de la tramitación de la modificación del planeamiento general (PGM) se introduce documento alguno o se hace mención a que la titularidad de los terrenos es de OLIVIA.

2 Tampoco se hace mención de esa titularidad, cuando se inician los trámites para la aprobación del planeamiento derivado (PMU), necesario para ejecutar el plan general

3.- Al salir a la luz dicha cuestión, una vez aprobado definitivamente el PGM por la Subcomisión de Urbanismo y aprobado inicialmente el PMU, se suspende éste hasta que se aporten los títulos de propiedad (y hasta que se subsanen otro tipo de deficiencias) en un determinado plazo. Al transcurrir el mismo sin subsanarse las deficiencias, se declara la caducidad por silencio administrativo.

Siendo también constante la comunicación de Montull con M. Valderrama desde el momento en que éste se convierte en propietario de las fincas y le entrega los 895.000 euros, cantidad que Montull justificaba remitiéndole copias de todos los correos y cartas que enviaba a las autoridades y funcionarios intervinientes en la modificación del PGM, manteniéndole al tanto de cualquier tipo de incidencia al respecto (C4 384 a 427 y C8 1 a 419)

En conclusión, al concurrir en esta conducta: (exigencia seguida de ulterior entrega de 895.000 euros para influir con prevalimiento en las autoridades competentes a fin de conseguir una Resolución- Modificación P.G.M.- que generara indirectamente un beneficio económico a “ Olivia, hotels” representado por M. Valderrama) , todos los elementos del tipo analizado, los acusados Millet y Montull son también autores de un delito previsto en el art. 430 C.p-

Si bien la Acusación Popular liga ambos tipos (429 y 430 Cp) cometidos por los mismos autores en un concurso delictivo del art 77 CP, **este Tribunal considera que el art. 430 se trata de un tipo independiente al del 429 porque las conductas son distintas , aunque complementarias.** Es decir, el intermediario comete el tipo del 430 con el ofrecimiento de la conducta y la contraprestación de la dádiva para él. Si, ulteriormente influye en la autoridad, está cometiendo, además, el tipo del art 429.

Y sin que ello obste al Principio Acusatorio siempre y cuando no rebasemos la pena de prisión de un año y el importe de la multa proporcional solicitadas para el concurso por el que acusa la Acusación Popular.

TERCERO.- Los hechos declarados probados en el párrafo A d) del relato histórico **NO** son constitutivos de delito Tráfico de influencias previsto en el art. **429 Cp** imputable al acusado **DIAZ** por el que le acusa la Acusación Popular en calidad de **cooperador necesario.**

La cooperación necesaria es una autoría por extensión y el art. 28 b/ define a los merecedores de tal denominación a : “ los que cooperan a su ejecución (del hecho delictivo) con un acto sin el cual no se habría efectuado”

El cooperador necesario no tiene el dominio del hecho (porque, en tal caso, sería coautor) sino que su participación ha de contraponerse a la del cómplice. En tal sentido, la STS 343/2007, de 16 de Mayo : “ Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.”

Ha quedado acreditado (fundamento jurídico primero) que uno de los hechos delictivos cometidos por Millet y Montull y calificado de delito de tráfico de influencias previsto en el art. 429 Cp. es, resumidamente y para lo que aquí interesa : Ambos acusados, aprovechando la ascendencia moral y prestigio de la Institución en cuyo nombre obraban, enviaron numerosas cartas y e-mails que contenían expresiones sugestivas, de auxilio e , incluso, a veces, de verdadera presión y así lograron convencer a Gª Bragado y Massaguer quienes dictaron una Resolución (aprobación definitiva de la modificación puntual del P.G.M.) insuficientemente motivada en su finalidad de satisfacción del interés público y sin percatarse del verdadero objetivo de lucro económico pretendido por ambos

acusados, nunca ocultado pero sí enmascarado, y consistente en la intención de obtener 3.606.072 euros para la Fundación, mediante una simple operación especulativa.

¿ Ejecutó el acusado DIAZ alguna aportación en esta acción de los acusados Millet y Montull y sin la cuál éstos no hubieran podido llevar a cabo el hecho delictivo del tráfico de influencias)

Para responder a esta trascendente cuestión, es preciso partir del **método utilizado para enmascarar ese pretendido beneficio económico**, ya analizado en los anteriores fundamentos, pero que es preciso resumir aquí : La compensación de esos 3.606.072 de euros para la Fundación se pacta en el Convenio de 8.03.06 (suscrito entre la Fundación-Millet- y la Generalitat), cuyo contenido nunca se explicitó puesto que el Convenio que se publicó en el DOGC fue el ulterior de 24.10.03, como documento integrante de la propuesta de modificación del PGM , y éste, sólo hacía referencia aquél por remisión, más no recogía expresamente su contenido.

Dicha compensación se reprodujo después en el contrato privado de 20.12.06, suscrito entre la Fundación (Millet) y “ Oliva Hotels” (M. Valderrama) y se concretó y desarrollo en las dos Escrituras públicas de fecha 12.07.07 que elevaron a público el citado contrato privado.

De las pruebas practicadas en el juicio y consistentes esencialmente en la declaración del acusado Montull, del propio Diaz y testificales de : Sra. Turu, Sr. Saura, Sra. Bassa (Gerente Contable -Admva del despacho de arquitectos “ Tusquets & Diaz) NO se acredita que Diaz participase en modo alguno en tal enmascaramiento puesto que no fue él quien participó en el redactado de los borradores de ese **Convenio de 8.03.06**, sino el Sr. Saura, abogado a quien la Fundación (Millet) contrató para tal finalidad. Siendo él quien también asesora en la redacción de las mencionadas escrituras, puesto que, a partir de que comienzan las gestiones para la modificación del PGM (la propuesta fue presentada por la Fundación el 13.03.07) quien le abona sus honorários y se convierte en su cliente, es M. Valderrama (“ OLIVIA HOTELS”).

Ni siquiera se acredita que conociera su contenido puesto que el testigo Sr. Saura declara que nunca le dio copia alguno ni se le comentó, sin que de la documental (C21, folios 78, 99, C6 B, folio 14, pueda deducirse ese conocimiento puesto que, claramente, se refieren al convenio de 24.10.06.

Tal Convenio de 24.10.06 sí resulta acreditado (El no lo oculta) que conoció su contenido, al formar parte de la documentación de la propuesta de modificación, pero , ya se ha visto, que el mismo no recoge expresamente esa compensación para la Fundación.

En suma, no resulta acreditado que el acusado DIAZ conociese el propósito lucrativo de los acusados Millet y Montull que era la finalidad perseguida con ese tráfico de influencias y, por ende, no puede considerarse cooperador necesario de tal delito. Por la misma razón , quedaría excluída la complicidad.

Si bien no se acusa a Diaz por cooperación necesaria en el delito de tráfico de influencias previsto en el art. 430 Cp, también cometido por estos dos acusados (fundamento jurídico segundo) , conviene hacer referencia a esta cuestión puesto que tanto el M. Fiscal como la

Acusación Popular, le achacan conocer la adquisición de la propiedad de las fincas- donde iba a construirse el hotel- por parte de “Olivia..”

Al respecto, por declaraciones testificales de los Sres, Tusquets, Sust y Sra.Bassa, se acredita que ese despacho de arquitectos estaba vinculado con la Fundación desde hacía muchos años y ya se habían encargado del proyecto – ejecutado- de remodelación del edificio del Palau. Que en la modificación objeto de enjuiciamiento intervino como director del proyecto técnico y, por ende, como supervisor de esa propuesta de modificación, habiendo subcontratado al arquitecto Sust para la fase de planeamiento y, por ende, para todo lo relativo a la propuesta de modificación hasta su aprobación definitiva, si bien, claro está, bajo su supervisión y que el 12.02.07 el despacho (en este caso, actuando el acusado Diaz) suscribió un contrato de prestación de servicios con “ OLIVIA..” (M. Valderrama), obrante en documental C25, folios 28 a 41.

De tal contrato, en concreto, de su parte EXPOSITIVA, se infiere que esta empresa hotelera , como promotor inmobiliario, se iba a hacer cargo de la rehabilitación del colegio “ La Salle” y de la construcción y gestión del hotel. Sin embargo, no puede inferirse que supiera Diaz que dicha entidad se había convertido en propietario de las fincas porque , si bien en el clausulado se hace referencia a “ La Propiedad”, aclara la testigo Sra. Bassa, encargada de esta materia en el citado despacho, se trata de un modelo estereotipado y ese término no debe de ser interpretado como Dcho. de Propiedad “ estrictu- sensu” . Se refiere a promotor inmobiliario o concesionario, en definitiva, al cliente que les abona sus honorarios como servicios prestados como arquitecto. Tampoco puede inferirse de las pruebas testificales o de otros acusados, puesto que nadie declara que se lo comunicara. Así , pues, sólo cabe inferir que conocía que esta empresa hotelera fuera la adjudicataria para construir el hotel (lógicamente, no lo iba a construir la Fundación que no es ningún promotor inmobiliario ni puede gestionar hoteles) pero no que se hubiera convertido en propietario de las fincas donde construir . El mismo declara que, de haberlo sabido, hubiera corregido este aspecto en el correspondiente apartado de la MEMORIA que presentó en la propuesta de modificación del PGM, lo que ratifica el testigo arquitecto Sust, encargado de la redacción de esa propuesta. Alega que tuvo conocimiento de tal cuestión cuando el 12.08.09, aprobada definitivamente la modificación del PGM, le llama Gª Bragado y se lo pone en conocimiento, es decir, una vez que se destapó “ el escándalo de la despatrimonialización del Palau” que no es el tema sometido a nuestro enjuiciamiento.

Por último y, si bien se trata de una cuestión ligada al delito de prevaricación por el que le acusa el M. Fiscal y no al del de tráfico de influencias por el que le acusa la Acusación Popular que es lo analizado en este fundamento, si bien se dictó una Resolución (aprobación definitiva de la modificación puntual del P.G.M.) insuficientemente motivada en su finalidad de satisfacción del interés público, como más adelante se analizará, queda acreditado que la redacción de la parte de la MEMORIA relativa al interés público de esta propuesta de modificación como requisito “ sin qua non” para construir el hotel, la llevó a cabo el testigo Sr. Saura, según el mismo declara.

CUARTO.- Los hechos declarados probados en el parágrafo A c) del relato histórico **NO** son constitutivos de un delito de tráfico de influencias previsto en el art. **428 Cpenal** y por el que la Acusación Popular acusa a Gª-BRAGADO en concepto de autor.

Para que ello fuera así, sería preciso, de conformidad con lo dispuesto en el tipo analizado, que G^a Bragado hubiera influido en el funcionario o Autoridad competente para dictar la Resolución.

Más ello no fue así porque tal y como se acredita en el fundamento jurídico primero G^a Bragado y Massaguer fueron los directamente influenciados por los acusados Millet y Montull, al ser ellos quienes tuvieron el dominio del hecho en el dictado de la Resolución (aprobación definitiva de la modificación del P.G.M.).

La conducta del influenciado por el tráfico de influencias, cuando es él quien dicta la Resolución, no está penada, sin perjuicio de que la Resolución dictada sea incardinable en el tipo de la prevaricación previsto en el art. 404 Cp. al que nos referiremos en fundamento separado.

QUINTO.- Los hechos declarados probados en el párrafo A b) “in fine” del relato histórico NO son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida agravada por la cuantía previsto y penado en el art 252 Cp en relación con el art 250,1º.6 y 74.1 y 2 del mismo texto legal por el que acusan el Ministerio Fiscal, la Acusación particular y la Acusación Popular (en relación a la cantidad del aval a favor de la Fundación por importe de 3.606.928 euros y de la que, según esta acusación, pretendían apoderarse) a MILLET y MONTULL.

En el presente análisis, partimos de la acreditación del CONCEPTO en que se entregaron los 895.000 euros por parte de M. Valderrama a los acusados Millet y Montull, analizado en el fundamento jurídico segundo.

Ya se ha argumentado que no resulta acreditado que se trate de precio o “sobreprecio” del precio de venta de las fincas y, por ende, mal puede decirse que los acusados lo recibieran, a título de intermediarios para entregarlos a la Fundación. Es decir, al no acreditarse que es Precio de la venta hecha por la Fundación, no hay título que obligue a destinarlos a las cuentas de ésta. El dinero, tal y como se ha acreditado, era para los acusados Millet y Montull como personas físicas para cometer – mejor, para seguir cometiendo- un delito de tráfico de influencias previsto en el art. 429 C.penal pero, a partir de tal entrega, también en beneficio indirecto de un tercero: “Olivia” y, tal conducta no es apropiación indebida es tráfico de influencias previsto en el art. 430 Cp, como ya se ha fundamentado sobradamente.

La Acusación Popular no ha considerado que esos 895.000 euros fueran en concepto de precio sino en el concepto compartido por este Tribunal, profusamente estudiado en el fundamento jurídico segundo y, por eso, acusa, en relación a tal cantidad, por un delito del art. 430 Cp, en el que efectivamente han incurrido los mencionados acusados.

Su acusación por delito de apropiación indebida va por otros derroteros y se refiere a los hechos que expone en el párrafo 23 de su escrito de acusación definitivo: intención de los acusados de apoderarse de la mayor parte del aval de 3.606.072 euros (de esta cantidad menos 600.000 euros), aval suscrito por M. Valderrama a favor de la Fundación como garantía de la parte del Precio de la venta pactado en contrato privado de 20.12.06 y elevado a E.P. el 12/07/07.

Dicha intención la induce de las ss. pruebas documentales:

1.-C23, folio 29, e-mail de Montull a M. Valderrama de 2.07.09 (Aún no se había aprobado la modificación del PGM de forma definitiva), donde la exige la entrega de la cantidad “ contenida en el convenio” (es decir, la acordada después en el contrato referido), en los siguientes plazos: 500.000 euros en verano 2009, 500.000 euros en Diciembre, 500.000 euros en febrero 2010 y el resto repartidos en los meses restantes del año 2010.

2.- En las Cuentas Anuales de la Fundación correspondiente a los ejercicios 2007-2008, no se hizo constar el futuro ingreso por importe de dicho aval.(C6-A- folios 1 a 32)

3.- En el Presupuesto de la Fundación para la temporada 2008-2009 (C4, folios 434 y ss), se efectúa una previsión de ingresos de 600.000 euros por el concepto “ Conveni- hotel Palau” (en concreto, al folio 448 de esa C4).

El delito de apropiación indebida previsto en el art. 252 Cp es un tipo de resultado que se consuma en el instante en que el sujeto activo del delito incorpora de forma ilícita a su patrimonio- o destina a otros fines no pactados- lo que había recibido y tenía obligación de entregar a un tercero.

La tentativa en este delito es “ extraña”, sería un “ caso de laboratorio”, como cuando, por ejemplo, se descubre al actor “ in-fraganti” justo cuando está a punto de apropiarse (a punto de ingresarlo en una cuenta corriente a su nombre) lo que debía devolver o entregar a un tercero.

Por tanto, , aunque de dichos hechos probados se indujera esta intención apropiatoria, la misma no sería punible porque nunca se dio inicio a la ejecución del delito , porque M. Valderrama declara haber dado ordenes de que no se ejecutara el Aval a favor de la Fundación hasta no tener en sus manos la licencia de construcción del hotel lo que, de momento, no ha ocurrido. Y, si no hay recepción de dinero mal puede hablarse de apropiación, con ánimo de lucro ilícito, de lo recibido.

Dichos actos expuestos y en los que la Acusación Popular basa su pretensión de condena por este tipo, habrían de considerarse actos preparatorios impunes.

SEXTO.- Los hechos declarados probados, en los párrafos B y C del relato histórico, **NO** son constitutivos de un delito de prevaricación , previsto y penado en el **art. 404 Cp** , por el que, tanto el M. Fiscal como la Acusación particular, acusan a G^a BRAGADO y a MASSAGUER y tampoco lo son de un delito de falsedad en documento oficial o público , previsto y penado en el art. 390.1.4º C.p., por el que el M. Fiscal acusa a G^a BRAGADO y a MASSAGUER y la Acusación popular sólo a MASSAGUER.

A/ Comenzamos con la valoración probatoria y el análisis jurídico en relación al delito de PREVARICACIÓN previsto en el art 404 C.P.

El análisis de dicha cuestión enlaza con lo expuesto en el fundamento jurídico primero, punto 2, dedicado al estudio del concepto: “ Resolución”.

Como decíamos allí, el término Resolución tiene un significado técnico en el ámbito administrativo, que se deriva del contenido del art. 89 de la LRJ-PAC : Modalidad de acto administrativo que encierra una declaración de voluntad de contenido decisorio, que pone fin al procedimiento y es impugnabile en vía administrativa y contenciosa, de forma autónoma.

Es importante destacar que el párrafo 5º de dicho precepto incluye en La Resolución : “ la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la Resolución cuando se incorpore al texto de la misma”.

En esta materia resulta aplicable la Carta Municipal de Barcelona aprobada por Ley (autonómica) 22/1998, de 30 de Diciembre y publicada en el D.O.G.C..

Como se ve en ese expediente y resulta de aplicar el art. 66.3 de dicha Carta, los acuerdos de aprobación de la modificación, tanto inicial como provisional y , finalmente, definitiva, los adoptan órganos colegiados : La aprobación inicial y la provisional es competencia del Ayuntamiento de Barcelona que delega en la Comisión Municipal de Urbanismo y la aprobación definitiva es competencia de la Subcomisión de urbanismo de Bna. Se trata órganos formados por representantes de los partidos políticos.

Ya dijimos que, la RESOLUCIÓN que nos ocupa es el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación puntual del P.G.M. que, en realidad es la APROBACIÓN PROVISIONAL porque en la definitiva se aprobó el texto íntegro de aquella sin variaciones.

Recogemos la motivación del fundamento jurídico primero, 2, en lo referente a que estos dos acusados fueron los que, en realidad, dictaron la Resolución cuya arbitrariedad se predica por las acusaciones.

En la documental C1 y C2 , se encuentra el expediente completo de la modificación puntual (aprobación inicial, provisional y definitiva)del P.G.M, . , recogido de forma resumida, en el C1 folios 336 a 348.

EI P.G.M. es un plan de ordenación urbanística municipal de carácter **GENERAL**, es decir, un instrumento de planeamiento integral que regula todos los aspectos posibles – incluida la asignación de usos- de ordenación urbanística de alcance municipal (deriva de lo dispuesto en el art 57 L.U.Cat que, si bien se refiere a los planes de ordenación urbanística municipal POUM, es los mismo pero, en las grandes ciudades conservan su denominación preexistente aunque se adaptaron a las modificaciones introducidas cuando se crearon los POUM).

EI P.M.U. es una figura de planeamiento **DERIVADA**, que desarrolla sobre el terreno las prescripciones de un Plan General.

Dado que la Resolución que nos ocupa es la aprobación definitiva de la modificación puntual del PGM de Barcelona, nos centramos en esta figura de carácter general en

relación a los hechos concretos. (puesto que el P.M.U. nunca se llegó a aprobar de forma definitiva y, por tanto, no hay Resolución en sentido técnico)

Se trató de una modificación a iniciativa particular, basada en un **CONVENIO URBANÍSTICO** de fecha 24.10.06 (que, a su vez, se remitía en todo a un Convenio anterior de fecha 8.03.06 suscrito entre la fundación y la Generalitat C19 obrante a los folios 39 a 45) suscrito entre Fundación, Generalitat y Ayuntamiento (C19, folios 33 a 37)

Siguiendo cualquier Manual Basico de Derecho urbanístico , los convenios pueden ser de planeamiento o de gestión (las cargas y beneficios de la actuación urbanística son asumidos “ ab-initio” por las partes suscribientes y excluyen la gestión urbanística propiamente dicha).

En el caso que nos ocupa, consideramos que se trata de un **CONVENIO URBANÍSTICO DE PLANEAMIENTO** porque fue un **instrumento justificativo** de la tramitación de una modificación de planeamiento general, que no excluía la fase de gestión, si bien ésta quedaba en parte condicionada por el Convenio de 8.03.03(al cual se remite en todo el de 24.06.06). De su contenido se induce que se llegó a una serie de compromisos mediante los cuales un particular (con la certeza de subrogarse en un tercero) y dos entes públicos (Ayuntamiento y Generalitat) se obligaron a efectuar unas contraprestaciones a las que no venían obligados legalmente como compensación de un cambio de planeamiento- dudosamente justificada- que comportaba un beneficio que afectaba a unas determinadas fincas mediante una nueva asignación de usos que los hacía más atractivos económicamente .

El Convenio se insertó como parte integrante de la modificación puntual del planeamiento general y, por ende, fue expuesto al público junto con el propio Plan. Al insertarse como un documento del expediente de la modificación del PGM goza de la misma naturaleza jurídica que éste , es decir, jurídico-administrativa y cuya cobertura legal se encuentra en el art 88 LRJ-PAC. Límite: no puede condicionar el ejercicio de las potestades urbanísticas al ser el URBANISMO una auténtica función pública indisponible e irrenunciable.

a) VALORACION PROBATORIA.

En la tramitación de la modificación PGM sometida a enjuiciamiento, **son varios los aspectos (incumplimientos legales) acreditados en que, tanto el M. Fiscal como la Acusación Popular, fundan la Arbitrariedad de la Resolución. Los analizamos separadamente:**

1.- La falta de publicidad del Convenio de fecha 8.03.06, suscrito entre Fundación y Generalitat (C19 ,folios 39 a 45), a lo que las defensas oponen que este Convenio no es urbanístico sino patrimonial y, por ende, su naturaleza jurídica sería eminentemente contractual.

Para resolver esta discrepancia, es necesario que este Tribunal se pronuncie sobre la naturaleza jurídica de dicho Convenio .

Se compone de dos partes: **CONVENIO** propiamente dicho y **ANEXO**

Examinado el contenido del **CONVENIO** propiamente dicho , tanto en la parte expositiva como en las estipulaciones. En el **EXPOSITIVO 3** hay un pacto esencial: previsión de uso

hotelero con posibilidad de transformación en viviendas , transcurrido un periodo de 12 años. En la estipulación 1ª se pacta la transferencia de usos (la finca sita en C/ Ciutat 1 , bien patrimonial de la Gene, pasa a tener uso de equipamiento, en vez de residencial mientras que las fincas “ de la Fundación” pasan a tener uso residencia en vez de equipamiento educativo), siendo importante el último párrafo “... la Fundación se compromete a no preparar ningún documento en relación a la mencionada modificación puntual del PGM, hasta que no haya formalizado, con el Visto Bueno de la Generalitat , los documentos contractuales pertinentes con la entidad que asumirá la construcción hotelera..”. En la estipulación 2ª , se valoran las fincas “ de la Fundación” en , aproximadamente, 15 millones de euros, se motivan las compensaciones a favor de la Generalitat y de la Fundación (que se concretan en el Anexo) , siendo esencial la constancia escrita de que esas compensaciones irán a cargo del tercero que asumirá los costes de la construcción del hotel en base a las obligaciones suscritas en el contrato que con él se formalizará.

Examinado el contenido del ANEXO : se reproduce la valoración de las fincas en 15 Millones de euros y se distribuyen las compensaciones: 37% a favor de la Generalitat (por la pérdida de valor de su finca, ya que el uso equipamiento, económicamente, vale menos que el uso residencial) , el 63% a favor de la Fundación por ser titular de las fincas cuyo uso se transfiere (en realidad, nunca lo fue porque era una titularidad condicionada a la rehabilitación del Colegio La Salle Costal. Pero esta cuestión ya ha sido analizada profusamente en los fundamentos primero y segundo).

Del contenido de uno y otro texto, **este Tribunal considera que dicho Convenio participa de una naturaleza mixta** puesto que, además de las compensaciones de carácter económico incluidas en el ANEXO (lo que sería el objeto de un Convenio puramente Patrimonial) , en el Convenio propiamente dicho se recogen : la transferencia de usos urbanísticos (obligada para llevar a cabo el proyecto hotelero) y la previsión de que, al cabo de 12 años, el uso hotelero pueda extenderse a uso de viviendas (ambos dentro del uso residencial). Dichas estipulaciones son propias de un Convenio Urbanístico puesto que constituyen los fundamentos de la modificación del PGM, su causa y justificación.

Partiendo de dicha naturaleza Mixta: Urbanístico-patrimonial, debe darse razón a las acusaciones de que dicho Convenio debió de ser publicado, tal y como dispone el art 26 R.L.U.Cat.

Ahora bien, este Tribunal se plantea: ¿ Puede sostenerse que dicho Convenio no se publicó?

Para responder a tal cuestión, analizamos el contenido del Convenio Urbanístico (sin discusión) suscrito en fecha 24.10.06, entre la Fundación, la Generalitat y el Ayuntamiento.

Es muy general. Plasma, de forma muy genérica, los acuerdos adoptados en el anterior Convenio en lo que se refiere a la transferencia de usos, recoge el compromiso de la Fundación de instar la modificación del PGM a iniciativa privada y, en base a esta solicitud, el Ayuntamiento se compromete- al ser su competencia- a iniciar la tramitación y la

Generalitat se compromete a realizar las actuaciones precisas para esa tramitación , dentro de sus competencias.

Lo realmente importante de este Convenio tan genérico es la remisión que hace en la estipulación 2, al final del tercer párrafo: “ Todo esto en los términos y condiciones que se acuerdan en el documento suscrito entre la Generalitat.. y la Fundación.. , el 8.03.06”

Es decir, es una remisión clara y expresa al Convenio anterior , mucho más desarrollado. De lo que se sigue que para comprender, en toda su amplitud, los términos del presente acuerdo, había que leerse el contenido del anterior.

Este Convenio de 24.10.06 se incluyó dentro de la documentación que integraba la propuesta de modificación del P.G.M. a instancias de la Fundación y, por ende, fue publicado en el D.O.G.C.

De lo que se sigue, que el Convenio Mixto, de 8.03.06, no se publicó expresamente pero sí tácitamente (por eso hemos afirmado en los fundamentos uno y dos, que no se ocultó, sino que se enmascaró) y, por ende, las autoridades y funcionarios que participaron en la tramitación y aprobación de la modificación del P.G.M. pudieron y , a nuestro entender, debieron, haberlo reclamado puesto que mal podían interpretar el contenido del Convenio de 24.10.06 sin relacionarlo con el Convenio de 8.03.06.

Ahora bien, esta falta de diligencia , en concreto en relación a los acusados G^a Bragado y Massaguer, ¿ puede tacharse de ARBITRARIA, a los efectos del tipo que estudiamos?

2.-Discordancia con la realidad sobre la titularidad de las fincas durante todas las fases de tramitación de la modificación del PGM. (lo que está emparentado con el tipo de Falsedad en documento público al que dedicaremos otro fundamento jurídico).

Partimos de que estamos ante una modificación puntual del PGM a iniciativa privada, y, por aplicación del art 96 L.U.Cat. en relación al art 94.1 del mismo texto legal , se rige por las mismas disposiciones que rigen su formación, lo cual nos lleva al art. 59 de dicha Ley en relación a la documentación que debe de integrar la propuesta de modificación.

No obstante lo cual, el citado art. 94.1, añade: “... con las particularidades siguientes: “ , lo que nos conduce , para lo que interesa, a su apartado c) “ En el caso de modificaciones de instrumentos de planeamiento general que comporten un incremento de techo edificable, de la densidad de uso residencial o la transformación global de los usos anteriormente previstos, tienen que especificar en la memoria , la identidad de todas las personas propietarias o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores al inicio del procedimiento de modificación, según conste en el registro o instrumento utilizado a efectos de identificación de las personas interesadas.”

De dicho precepto se deduce que esa especificación en la memoria es exigible en tres supuestos: un incremento de techo edificable, de la densidad de uso residencial o la transformación global de los usos anteriormente previstos.

Descartamos los dos primeros supuestos porque no concurren en el caso presente por lo que no han sido objeto de debate y nos centramos en el tercer supuesto: **transformación**

global de los usos anteriormente previstos, puesto que las acusaciones sostienen que concurre en este caso y, por ende, se ha producido una flagrante vulneración de la Ley al no constar en la memoria esa especificación de los propietarios en los cinco últimos años contados desde el inicio de la tramitación de la modificación.

¿ Existe una **transformación global de los usos anteriormente previstos**?

Ha de tenerse en cuenta que se trata de una modificación puntual de un Plan General circunscrita al Distrito de Ciutat Vella , que engloba varios barrios: El Born, la Barceloneta.. y , en concreto, los dos en los que se quiere acometer la transferencia de usos convenida: La Rivera (dónde se ubican las fincas “ de la Fundación”) y el Gotic (dónde su ubica la finca de la Generalitat sita en C/ Ciutat 1).

La palabra clave utilizada por el legislador, a nuestro modo de ver, es “ **GLOBAL** ”, de lo que se sigue que debe de emparentarse con el término **Ámbito de actuación** (art 44 1 b) L.U.Cat.) que encierra una interpretación técnica en materia urbanística pudiendo definirse como una unidad geográfica (continua o discontinua) sobre la que se proyecta un concreto instrumento de planeamiento o la ejecución concreta de ese plan.

En el caso concreto, ha de tenerse en cuenta que se trata de una modificación puntual de un Plan General , circunscrita al Distrito de Ciutat Vella , que engloba varios barrios: El Born, la Barceloneta.. y , en concreto, los dos en los que se quiere acometer la transferencia de usos convenida: La Rivera (dónde se ubican las fincas “ de la Fundación”) y el Gotic (dónde su ubica la finca de la Generalitat sita en C/ Ciutat 1).

Pues bien, esa transferencia de usos que se pretendía con la modificación (y que fue aprobada de manera definitiva) es PUNTUAL porque afecta a las fincas 13 bis, 15, 17 de la C/ Sant Père més Alt y las fincas 2 a 7 de la C/ Amedeu Vives, del barrio de la Rivera y a la finca 1 de la C/ Ciutat del barrio del Gòtic.

PUNTUAL en contraposición a GLOBAL porque no afecta a todos los usos del distrito de Ciutat Vella (que sería el ámbito de actuación, en este caso) y ni siquiera a todos los usos de los barrios de la Rivera y del Gòtic.

Es por ello que, concluimos que esta especificación exigida legalmente en el art 94.1c) no es aplicable a la modificación objeto de enjuiciamiento porque no es un supuesto de transformación GLOBAL de los usos anteriormente previstos.

Sirva también , en apoyo de tal conclusión, la comparación de dicho precepto con el art. 96 c) de la L.U.Cat. en vigor (Decreto legislativo 1/10, de 3 de Agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de urbanismo- en Catalunya-) y que deroga la que aplicamos (en vigor a la fecha de los hechos enjuiciados). Dicho precepto, que debe de ponerse en relación con el art 99 a) de la misma nueva ley, SUPRIME el término GLOBAL (con lo que el supuesto se convierte en : “ transformación de los usos ya establecidos), de forma que, en la actualidad consideramos que sí sería un supuesto donde se exige tal especificación y, por tanto, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, sí supondría una flagrante vulneración legal.

En relación con esta cuestión, no debe de confundirse este precepto 94.1 c) con el art 97 del mismo texto legal.

El art. 97 es la documentación específica exigida a la iniciativa privada en la modificación de planeamiento DERIVADO , no el GENERAL que es que los ocupa al tratarse de la Resolución (P.G.M. cuya modificación se aprobó de forma definitiva).

El PMU, que es el plan derivado en desarrollo de ese PGM modificado nunca se llegó a aprobar definitivamente porque incumplía ciertas especificaciones de dicho art. 97 en cuanto que no aportaba la documentación específica sobre la estructura de la propiedad, amén de otras cuestiones y, por ello, no es objeto de enjuiciamiento.

Mucho se ha querido tergiversar a este Tribunal a lo largo del juicio sobre lo que significaba dicha expresión: “ ESTRUCTURA DE LA PROPIEDAD” al querer desconectarlo del Derecho de propiedad civil . Sin embargo, de la documental , se deduce que esta expresión , independientemente de que pueda referirse a volumen, edificabilidad y otros conceptos urbanísticos, también incluye ese Derecho de Propiedad civil porque, precisamente por no cumplir con tal especificación, tras haberse aprobado inicialmente-supeditado a la aprobación definitiva de la modificación del P.G.M.- por Gª Bragado, en fecha 13.07.09, la Comisión de urbanismo, en sesión de 22.10.09 (o sea, una vez que se había hecho público “ el escándalo de la presunta despatrimonialización del Palau , que será objeto de otro juicio) suspende la aprobación definitiva del PMU y se concede 3 meses para subsanación al impulsor (la Fundación) que, siendo ya representante del Palau la Sra. Carulla, lo subsana y corrige aportando E.Públicas y notas simples del Registro de la Propiedad, si bien, no se subsanaron otras especificaciones por parte del nuevo propietario (viabilidad económica de su proyecto hotelero) y, por ende, la Comisión de Urbanismo, en sesión de 18.03.10, declaró la caducidad de este expediente, (Documental aportada por la defensa del acusado Lambies en turno previo de intervenciones, folios 1 a 127)

3.- Incumplimiento de los compromisos adquiridos frente a la Generalitat y que constan en la estipulación 2ª, párrafo 4º del Convenio Mixto de fecha 8.03.06

En dicha estipulación se convenía que: “ No obstante lo anterior, la Fundación... se compromete a no llevar a término ningún acto ni preparar ningún documento en relación a la mencionada modificación puntual del P.G.M. en tanto no haya formalizado , con el VºBº de la Generalitat de Catalunya , los documentos contractuales pertinentes con la entidad que asuma la construcción hotelera..”

Es decir, la Fundación, antes de la presentación formal de la propuesta de la modificación puntual del P.G.M. el 13.03.07, debió de notificar los contratos suscritos con “ Olivia..”, es decir, el contrato privado de 20.12.06 y las dos escrituras públicas de fecha 12.07.07 donde se concretaba y desarrollaba dicho contrato privado, a fin de que la Generalitat les diese su Vº Bº.

La Fundación incumplió esta obligación, según declaran el Sr. Castells (Conseller de Economía firmante de ese Convenio) y la Sra. Turu, su inmediata inferior jerárquicamente y que se ocupó- junto con el Sr. Saura, abogado contratado por la Fundación- de la redacción del Convenio , la cual era esencial porque ese tercero era quien debía de compensarla por la pérdida de valor de su finca sita en C/ Ciutat 1, es decir, en el 37%

sobre 15 millones de euros pactado en el Anexo del Convenio , lo que suponían 5.500.000 euros.

Tanto el Sr. Castells como la Sra. Turu, declaran que ellos desconocían esos contratos suscritos entre la Fundación y “ Olivia..” y, por ende, que las fincas eran propiedad de esta entidad antes de presentarse la propuesta de modificación , sin que se haya acreditado lo contrario por ningún medio de prueba, y que tuvieron conocimiento de esta adquisición a raíz de la documentación hallada la entrada y registro de los Mossos al Palau el 23.07.09.

Ante estos hechos probados, este Tribunal no encuentra ninguna conexión entre los mismos y el delito de prevaricación por el que se acusa a G^a Bragado y Massaguer , puesto que estos acusados formaban parte del Ayuntamiento, mientras que los otros dos formaban parte de la Generalitat y no son acusados en este juicio.

En cualquier caso, consta en la causa , documental C5 , folios 326 y ss, que la Generalitat hizo gestiones extrajudiciales con la Fundación y “ Olivia..” en reclamación de esos 5,500.000 euros, gestiones infructuosas y que le llevaron a la reclamación que pende en vía judicial contencioso-administrativa en base a la naturaleza jurídico administrativa de dicho Convenio, razón por la cual no reclaman en este juicio como perjudicados (folio 2608 y ss de las actuaciones.

4.- Incumplimiento de las normas sobre bienes catalogados.

Algunos edificios dónde se quería construir el hotel, en concreto: 13 bis, 15 y 17 de la C/ Sant Père més Alt, eran bienes muebles catalogados por lo que resultaba de aplicación lo dispuesto en el art 43 de la L.P.C.Cat. en relación con el art 83.5 L.U.Cat.: “ Cualquier modificación, reparación, restauración o actuación de otro tipo sobre.. bienes muebles catalogados.. será aprobada, previamente, por el Departamento de Cultura” , siendo competente para tal aprobación, por aplicación del Decreto 276/2005, de 27 de Diciembre, art. 2, la Comisión Territorial del Patrimonio cultural, art. 1 g).

Así pues, dicha Comisión, integrada en la Generalitat, había de emitir INFORME PRECEPTIVO sobre estos bienes catalogados. A nivel municipal, el Departamento de Patrimonio arquitectónico , histórico , artístico , también emitía informe pero no era preceptivo.

Hemos de centrarnos en el INFORME PRECEPTIVO que sirvió de base, en esta materia, a la APROCIÓN PROVISIONAL (cuyo texto se aprobó de forma DEFINITIVA) y no en los que se incluyeron en la tramitación de la Aprobación Inicial porque ésta no es una Resolución, es un acto de trámite, como se viene reiterando durante toda la fundamentación jurídica debido a que las acusaciones se refieran a todos los actos administrativos como si fueran Resoluciones y , ya hemos explicado, que no es así técnicamente.

Pues bien, ese Informe preceptivo consta en el Anexo 5 de la propuesta modificada presentada por la Fundación en fecha 10.02.09 (documental C2, folios 146, 147) , tras la aprobación inicial, y emitido por la Comisión Territorial del Patrimonio Cultural en sesión de 17.09.08. En él, para lo que interesa, se acuerda: “ DENEGAR la descatalogación de los edificios 13 bis y 15 de la C/ Sant Père més Alt .. por el hecho de considerar que debe respetarse la alineación viaria, la “piel” de las fachadas y la volumetría; y respecto a la

finca nº 17 , se entiende que el nivel de protección documental (D) de la finca, posibilita su derribo, siempre que se hagan los trabajos de prospección documental oportunos”.

Dicho Informe fue asumido y reproducido en el emitido por el Departamento de Patrimonio arquitectónico , histórico , artístico del Ayuntamiento.

Lo cual significa que en las dos primeras fincas había que conservar las fachadas (nada se decía del interior) y la tercera podía ser derribada. Y esto es lo que se aprobó de forma provisional y definitiva en la modificación del P.G.M..(Si bien dicho acuerdo ha sido declarado nulo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Catalunya, en Sentencia que no es firme, al haber sido recurrida ante el T.S.)

Resulta acreditado que, en esta fecha, era Director General de Patrimonio Cultural de la Generalitat, el Sr. Carreté Nadal y era Jefe del Departamento de Patrimonio arquitectónico , histórico , artístico del Ayuntamiento, el Sr. Rogent Albiol.

Ambos han declarado en el juicio como testigos en relación a los Informes emitidos por sus respectivos departamentos y las acusaciones han incidido en por qué del “ brutal viraje” en el sentido de sus informes, ya que, en el incluido en la aprobación inicial ambos estaban a favor del derribo de los tres edificios, mientras que, tras el trámite de alegaciones, informan en sentido totalmente opuesto.

Sea cual fuera el motivo, lo cierto es que no interesa puesto que ninguno de los dos son acusados en esta causa. Por lo que , de nuevo, ocurre como en el supuesto anterior, **ante estos hechos probados, este Tribunal no encuentra ninguna conexión entre los mismos y el delito de prevaricación por el que se acusa a Gª Bragado y Massaguer , puesto que éstos en esta materia tan específica, es lógico que confiaran en lo que informaban los organismos competentes** y ,ello, aunque, por supuesto, existan divergencias con el contenido de dicho Informe preceptivo, dado que se dictó una Sentencia de fecha 29/07/13 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de Catalunya (aportada por M.Fiscal en turno previo de intervenciones)- y que no es firme al haber sido recurrida ante el T.S.)- por la que declaraba NULO el acuerdo transcrito referido a la Descatalogación y Derrumbe, por una serie de cuestión técnicas contrarias a Derecho.

5.- La ausencia de un verdadero debate público puesto que, a pesar de haberse abierto un proceso de participación ciudadana **se partió de una invariable: construcción del hotel.**

A fin de evitar confusiones, es preciso distinguir entre : el trámite de Información Pública y el proceso de Participación Ciudadana.

a) El trámite de Información Pública lo exige el art. 83.4 L.U.Cat. en relación con el art. 23 R.L.U.Cat.. Es PRECEPTIVO “ so pena” de Nulidad y, supone, publicar la aprobación Inicial de la modificación del PGM , durante el plazo de un mes, para que se formulen alegaciones al mismo.

Esta obligación legal nadie discute que se cumplió en el caso presente.

b) El proceso de Participación Ciudadana , al que se refiere el art 22 R.L.U. Cat. y que conecta con los arts 9.2, 23.1 y 105 a) de nuestra Constitución, es POTESTATIVO.

Lo usual es que se abra ANTES de iniciarse los trámites legales para la modificación.

Responde a la idea de transparencia en una democracia evolucionada puesto que las modificaciones urbanísticas ya no se elaboran por los órganos técnicos “ encerrados” en sus despachos sino que, lo que se pretende , es que esa elaboración conecte con el exterior, con los ciudadanos, que, de este modo, podrán opinar y debatir sobre una cuestión tan trascendental y que tanto afecta a su vida diaria como lo es el Urbanismo , la ordenación del territorio de la ciudad , participando en la toma de decisiones importantísimas como : asignación de usos, movilidad, aspectos medio-ambientales, conservación de su patrimonio artístico, aspectos estéticos...

Lo usual es que se abra ANTES de iniciarse los trámites legales para la modificación. En este caso, se abrió tras la aprobación inicial y hasta la aprobación provisional. Y es que no estaba previsto que se hiciera por los redactores de la propuesta de modificación (la Fundación) y si se abrió fue ante la insistencia de la Concejal de Distrito de Ciutat Vella (por el P.S.C., como independiente), Itziar González, arquitecta de profesión y que recogía la preocupación vecinal de la saturación de usos hoteleros en el Distrito, temerosos de que el casco histórico de Barcelona se convirtiera en “ un parque temático” para los turistas y no en una zona para que desarrollaran su vida quienes allí residían de forma permanente.

Como decimos, se abrió pero, como afirman los testigos Sra. González y los representantes e integrantes de las diversas asociaciones vecinales del Distrito: Sra. Mas Canales y Srs. Mir Teixidó, Miró, Solà, Guardia, se sintieron “ engañados” porque el proceso contenía como INVARIABLE: la construcción de un hotel en esas fincas. Es decir, no se les dejaba opinar sobre si querían un hotel más en el Distrito , razón por la cual, estas asociaciones se retiraron del proceso y la citada Concejal, a pesar de votar a favor de la aprobación provisional y definitiva, dimitió de su cargo al sentirse defraudada y, como ella dice: porque la “filosofía” que se les explicaba (“ construir un Hotel para el Palau”) no coincidía con el contenido de la Memoria , que es el instrumento motivador de esa modificación.

Bien, este Tribunal, constata que la introducción de tal invariable supone una gran merma del significado que tiene el proceso de participación ciudadana. No obstante lo cual, ello no tiene encaje en el delito de prevaricación porque dicho proceso, reiteramos, es POTESTATIVO y si el punto de partida “ sine qua non” (construcción del hotel) supuso una restricción al debate ciudadano, una ausencia de transparencia política, no tiene encaje en Derecho penal, ni es una cuestión que pueda resolver el Poder Judicial. Se trata de una cuestión a resolver por los Poderes Legislativo- mediante la elaboración de leyes administrativas que exijan una mayor transparencia. y Ejecutivo- mediante los representantes de los ciudadanos elegidos democráticamente-.

6.- Y, por fin, la más importante a nuestro parecer: Incumplimiento del Urbanismo entendido como función pública indisponible al entender que la modificación para la construcción de un hotel en esas fincas no venía amparada en la mejora del interés gral. Es decir, **incumplimiento del art. 94.6 L.U.Cat.**

Al respecto, dicho precepto establece: “ Las propuestas de modificación de una figura de planeamiento urbanístico tienen que razonar y justificar la necesidad de la iniciativa y la oportunidad y la conveniencia con relación a los intereses públicos y privados concurrentes

. El órgano competente para tramitar la modificación tienen que valorar adecuadamente la justificación de la propuesta y, en caso de hacer una valoración negativa, tienen que denegarla”

Esta justificación ha de hacerse en la MEMORIA (el primer documento integrante del plan que es exigido preceptivamente en el art 59 L.U.Cat.) . La memoria adquiere una relevancia notable en cuanto es el documento que motiva la decisión del legislador. Si no existe motivación para esa modificación y, a pesar de ello, se aprueba mediante una Resolución, ésta sería arbitraria.

Para analizar esa supuesta ausencia de motivación en la memoria , sobre los parámetros legales: necesidad, oportunidad y conveniencia, con relación a los intereses públicos, partimos, no de la incluida en la primera propuesta de la Fundación sino en la segunda propuesta presentada el 10.02.09, que incluye modificaciones respecto de aquella tras haberse incluido algunas alegaciones ciudadanas y de partidos políticos y otras entidades y tras haber emitido informe preceptivo la Comisión territorial de patrimonio sobre la negativa a deruir las fachadas de algunos de esos edificios. Es ésta la que debe de tenerse en cuenta porque es la más cercana a la Resolución (es la incluida en la aprobación provisional de la modificación del PGM y, luego, en la aprobación definitiva que no varió en relación a aquella) .

Esa propuesta modificada donde se incluye la nueva memoria consta en la documental C2 , folios 82 y ss y, en concreto, la memoria consta al folio 83. De una lectura de su contenido , se observa que sólo el primer párrafo y los tres últimos guardan relación con la modificación que se propone, puesto que el resto se dedican a narrar las mejoras que se introdujeron con la remodelación del Palau de la Música finalizada en el año 2004 y que aquí no interesan. Baste señalar que el prestigioso arquitecto Tusquets, según declaró, pretendía abrir el Palau a los viandantes pero ese proyecto, que no hemos visto, fue descartado, también ignoramos los motivos. Para personas como nosotros que desconocemos las técnicas de Arquitectura, basta pasear por Vía Laietana, dirección mar, para comprobar que si se quiere observar el Palau desde dicha Vía (vide mapa en C2 , folio 27), habría que deruir los edificios que lo tapan, en concreto, el que hace manzana con las calles Ortigosa y Les Junqueras , que es un edificio anexo a la Caixa de pensiones , construido por Sagnier en 1920, deruir también los nº 50,52 y 54 de Vía Laietana y el magnífico edificio barroco, que hace manzana con Vía Laietana y la Plaza de Lluís Millet i Pages, conocido como la Casa de la Seda y que desde 1764 albergó la sede gremial de los tejedores de velas de seda; declarado bien de interés cultural y monumento histórico-artístico. Escondido tras ese edificio se encuentra el Palau de la Música Catalana, tal y como lo quisieron sus creadores.

Tras habernos ubicado ya en el ámbito de actuación con ese mapa obrante al folio 27 de la documental C2 , volvemos a lo que es objeto de nuestro estudio: **la Memoria en su función de motivación** de esa modificación y que consta al folio 83 de la documental C2. , punto 2 (Justificación de la necesidad, oportunidad y conveniencia de la modificación del PGM)

Los tres párrafos que guardan relación con la modificación propuesta dicen, en esencial, lo siguiente:

“ La nueva ordenación se justifica por la voluntad de dotar al Palau de la Música de una instalación hotelera que pueda mejorar la calidad de sus prestaciones..

Desde hace más de 20 años el Palau persigue otro objetivo: la creación de un hotel muy próximo que permita a alojar a orquestas y artistas invitados y al público proveniente de otras poblaciones.

....Aunque la iniciativa (de la modificación) es privada (asumida por la Fundación) la repercusión de ésta actuación tiene un beneficio público debido al papel social del Palau..

Dentro de este proceso de rehabilitación, modernización, ampliación y dotación de servicios complementarios del Palau se sitúa la presente redacción de la modificación del P.G.M. que también tiene como objetivo la mejora de su entorno urbano para dar al edificio del Palau una mayor relevancia y resaltar sus cualidades de edificio modernista excepcional calificado de monumento nacional”

Dicho apartado debe de ponerse en relación con el 8 (“ Justificación de la nueva ordenación”) y el 11 (“ Justificación jurídica”) de la Memoria.

De la lectura de este genérico redactado y las escasas complementaciones que se hacen en esos apartados 8 y 11, este Tribunal considera que “ peca” de **una insuficiente motivación en lo relativo a la justificación de la necesidad, oportunidad y conveniencia de la modificación** propuesta , coincidiendo con la pericial denominada Auditoria, obrante a los folios 899 y ss y emitida por los peritos Sres: Font Monclús, Miró Fruns y Corominas Noguera, previa designa , respectivamente, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Catalunya, Colegio de Abogados de Barcelona y Colegio de Arquitectos de Catalunya, a requerimiento de la Comisión Municipal no permanente del Ayuntamiento de Barcelona.

(Si bien, en este aspecto este Dictamen no es coincidente con el emitido por el perito Sr. Gonzalez Nebreda, diplomado universitario en arquitectura legal y forense (folios 1654 y ss)y por el perito Sr. Roca Cladera, catedrático de arquitectura legal (folios 1743 y ss) , le damos mayor relevancia puesto que su contenido guarda estrecha relación con los hechos objeto de enjuiciamiento y supone una opinión interdisciplinar , mientras que quienes emiten los dos anteriores son, esencialmente, técnicos y, por ellos sus informes son eminentemente técnicos sin que analicen la modificación en relación a los hechos probados que las acusaciones califican de delito de prevaricación (también es verdad que no fue éste el encargo que recibieron por el comitente, Ya se ha dicho en el fundamento Previo I de cuestiones previas que son Dictámenes periciales de parte y, por ello, su objeto no fue determinado por la Juez instructora) . El dictamen de Gonzalez Nebreda, sobre el asunto que nos ocupa, sólo dice: “ en la memoria no se insiste mucho más de forma explícita en ese objetivo (“construir un hotel junto al Palau que pueda mejorar la calidad de sus prestaciones”) pero resulta evidente esa finalidad”. Discrepamos de dicha opinión porque esa finalidad ha de ser expresa en la memoria y no entendida por deducción, dado que esa “ evidencia” lo es para este perito pero puede no serlo para otros y, desde luego, no lo es los peritos emisores del Dictamen nominado “ Auditoría” con cuyas consideraciones coincide este Tribunal. El dictamen de Roca Cladera no aplica el art. 94.1 L.U.Cat. en su redacción vigente a la fecha de los hechos (no incluye la modificación hecha por Decreto ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística,que es esencial para la materia enjuiciada) y analiza el interés público desde

perspectivas distintas a la que es objeto de acusación. Se refiere a dotaciones públicas, cesiones de suelo y aprovechamiento que son propias de la fase de gestión y no de planeamiento pero no estudia ésta fase (donde se centra la acusación) y, por ende, no estudia la si en la memoria se justifica la construcción de un hotel al servicio del Palau, que es lo esencial. Simplemente lo da por hecho. Por lo demás, la pericial económica obrante a los folios 1588 y ss, no se tiene en cuenta porque versa sobre “el análisis económico sobre el reparto de beneficios y cargas” que corresponde a la fase de gestión y, dentro de ésta a la reparcelación, de ahí que estos dos peritos consideran que su Dictamen es provisional porque ese reparto se hace en la fase de gestión (a la que , en nuestro caso, nunca se llegó). En cualquier caso, no guarda relación con los hechos probados que las acusaciones califican de delito de prevaricación. Lo mismo cabe decir del Dictamen emitido por el perito Gonzalez Nebreda en su parte de “ consecuencias económicas de la modificación del PGM” (folio 1672 y ss de su Dictamen), con la añadidura de que él declara que no analizó los dos Convenios que son la causa de la modificación).

Centrándonos , pues, en la pericial denominada “ Auditoría” , la misma analiza esta cuestión a los folios 908 a 911 de su Dictamen,(apartados 3.4.1 y 3.4.2). Enuncia que la motivación (la Memoria) debe de concretar los hechos determinantes de la decisión y la adecuación de esta decisión con la realidad mediante una conexión y coherencia lógica y con criterios de racionalidad y comienza exponiendo que de un examen detenido del contenido de la Memoria , se observa , respecto de alguno de sus apartados, cumplimientos de la norma que sólo lo son en apariencia por falta de contenido sustantivo y desviaciones en la interpretación de la normativa aplicable.

A continuación concreta ese reproche al dictaminar que esa voluntad del promotor de mejorar las prestaciones del Palau dotándolo de una instalación hotelera próxima (apartado 8 de la Memoria) no se explicita con hechos de los que se infiera materialmente la adecuación al espacio físico de esa voluntad. Es decir, simplemente expone su voluntad pero no quedan suficientemente definidas la vinculación y las prestaciones que el proyectado hotel le proporcionará al Palau, lo cual tampoco se justifica jurídicamente en el apartado 11 , donde se limita a afirmar que la propuesta se ajusta al art. 94. 6, pero sin justificación alguna. Es decir, “ se da por justificado lo que se trata de justificar”

Y, como afirman los peritos, esta vinculación se considera importante puesto que la conveniencia con relación a los intereses públicos concurrentes, se valora diferente , según el hotel esté o no vinculado al Palau. Ello es así porque, si se acredita que el Palau necesita el hotel para su mejor funcionamiento, parece claro el interés público y la justificación pero, si no se acredita, y sólo se trata de disponer de un nuevo hotel en el Distrito de Ciutat Vella, no está justificado ese interés público.

Y en la medida en que la construcción de ese hotel exigía necesariamente, la modificación de un plan general puesto que incluía una transferencia de usos, era necesario acreditar en la memoria las circunstancias fácticas que determinaban la conveniencia y la oportunidad de esa decisión, concluyendo los peritos que la Memoria, como instrumento motivador de la modificación, resultaba INSUFICIENTE y debiera de haberse completado en el aspecto expuesto.

De tal dictamen, se infiere que las autoridades competentes que tomaron la decisión de aprobar la modificación del PGM propuesta por la Fundación, debieron de haber exigido

esta complementación en la justificación de la necesidad, conveniencia y oportunidad de tal modificación para poder considerarla de interés público.

Los acusados G^a Bragado y Massaguer , que decidieron la aprobación provisional y, en este caso, definitiva (porque ya se ha explicado que no hubo variaciones) no exigieron al impulsor (la Fundación) esta complementación. De tal hecho probado, ¿ Puede deducirse que **no existió motivación para esa modificación y que, por tanto, al aprobarse mediante una Resolución, ésta sería arbitraria?**

b) Ahora este Tribunal procede al ANÁLISIS JURÍDICO para fundamentar por qué considera que NO tienen encaje en el delito de prevaricación previsto y penado en el art. 404 CP, tal y como consta en el enunciado de este fundamento por el que, tanto el M. Fiscal como la Acusación particular, acusan a G^a BRAGADO y a MASSAGUER

De dicha valoración probatoria, hemos ya descartado 4 de los hechos probados que las acusaciones consideraban tenían encaje en tal delito.

Así pues, debemos de dar respuesta a los interrogantes planteados en los hechos probados en los puntos 2 y 6.

1.- El Convenio Mixto, de 8.03.06, no se publicó expresamente pero su contenido se recogía tácitamente y por remisión en el de 24.10.06, cuyo texto era documento del plan y, por ende, se publicó (por eso hemos afirmado en los fundamentos uno y dos, que no se ocultó, sino que se enmascaró) y, por ende, las autoridades y funcionarios que participaron en la tramitación y aprobación de la modificación del P.G.M. pudieron y , a nuestro entender, debieron, haberlo reclamado puesto que mal podían interpretar el contenido del Convenio de 24.10.06 sin relacionarlo con el Convenio de 8.03.06.

Ahora bien, esta falta de diligencia , en concreto en relación a los acusados G^a Bragado y Massaguer, ¿ puede tacharse de ARBITRARIA, a los efectos del tipo que estudiamos?)

2.- Los acusados G^a Bragado y Massaguer , que decidieron la aprobación provisional y, en este caso, definitiva (porque ya se ha explicado que no hubo variaciones) no exigieron al impulsor (la Fundación) esta complementación. De tal hecho probado, ¿ Puede deducirse que **no existió motivación para esa modificación y que, por tanto, al aprobarse mediante una Resolución, ésta sería arbitraria?**

El art 404 Cp castiga : “ A la autoridad o funcionario público que , a sabiendas de su injusticia, dictare una **resolución arbitraria** en un asunto administrativo...”

De nuevo es necesario insistir en que la RESOLUCIÓN que nos ocupa es el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación puntual del P.G.M. que, en realidad es la APROBACIÓN PROVISIONAL porque en la definitiva se aprobó el texto íntegro de aquélla sin variaciones, RESOLUCIÓN que fue adoptada por los acusados G^a- BRAGADO y MASSAGER.

Seguendo la STS 605/13, de 8 de Julio, este delito tutela (bien jurídico protegido) el correcto ejercicio de la función público dentro de los parámetros constitucionales y el Principio de Legalidad, como fundamento básico de un Estado Social , Democrático y De Derecho frente a ilegalidades severas y dolosas. Ello implica la contradicción de esa Resolución con el Derecho que puede manifestarse por :

a.-haber sido dictada por persona (autoridad o funcionario) u órgano manifiestamente incompetente.

b.- la omisión de trámites esenciales del procedimiento.

c.- total ausencia de fundamento.

En cualquiera de lo tres casos, dicha contradicción con el Derecho ha de ser evidente y clamorosa y ha de abarcar un verdadero desprecio por los intereses generales.

Se añade que no son absolutamente identificables los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

Resumiendo, el concepto de ARBITRARIEDAD, según Doctrina del TS, expuesta en esta sentencia , en su vertiente OBJETIVA , implica:

1.- Contradicción patente y grosera.

2.- Resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso.

3.- Desviación o torcimiento del derecho : grosera, clara y consciente.

4.- Contradicción palmaria o esperpéntica.

En su vertiente SUBJETIVA, se trata de un tipo eminentemente doloso y se asimila al ejercicio arbitrario del poder que supone el dictado de una Resolución que es producto de la sola voluntad del funcionario o autoridad, no sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación, sin fundamentación jurídica razonable.

Y estos presupuestos cuya concurrencia es precisa, acorde con la Jurisprudencia del T.S. no resultan acreditados en ninguna de estas dos ilegalidades cometidas por los dos acusados que dictaron la Resolución y que han quedado acreditadas y expuestas al inicio de este análisis jurídico:

1.- No publicación del Convenio de naturaleza mixta Urbanístico-Patrimonial, de fecha 8.03.06, incumpliendo lo dispuesto en el art 26 R.L.U.Cat.

Como ya se ha analizado, el contenido de este Convenio estaba ínsito en su totalidad en el Convenio de 24.10.06, que sí se publicó y formó parte de la MEMORIA, si bien, con el término Insito no queremos decir expresamente, puesto que se incluye como simple referencia de una remisión a su totalidad.

Sin embargo, ninguno de los dos acusados de este fundamento tuvieron la idea de efectuar esta maniobra para enmascarar el beneficio económico de la Fundación- que era lo pretendido y conseguido por Millet y Montull según se analizó en el primer fundamento-, ya que ninguno de los dos intervino en su redactado.

Así pues, el que les pasara desapercibida la remisión a tal Convenio (debido a los hechos delictivos cometidos por los acusados Millet y Montull. F.J. primero) cuando analizaron los documentos integrantes de la MEMORIA y, en concreto, el Convenio de 24.03.06, sólo puede considerarse una falta de diligencia por su parte, puesto que ostentando las competencias de aprobación de la modificación del P.G.M., debieron de obrar con mayor responsabilidad en el ejercicio de tales funciones, dado que el Convenio de 24.03.06 es imposible comprenderlo si no se lee el de 8.03.06, al cual aquél remite expresamente haciendo suyo su contenido.

Sin embargo, considera este Tribunal que esta omisión en el ejercicio de sus funciones no puede calificarse de una “ desviación grosera, clara y consciente del Derecho, sino de una imprudencia grave o ignorancia inexcusable.

Pero siendo el tipo del art. 404 Cp esencialmente doloso y, no existiendo, en la prevaricación administrativa, un tipo penal similar al del 447 Cp (que castiga” al Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara Sentencia o resolución manifiestamente injusta”), tan sólo previsto en la prevaricación judicial; concluimos que este hecho por ellos cometido no tiene encaje en el tipo previsto en el art. 404 C.p por el que se les acusa.

2.- Ausencia de motivación suficiente para adoptar la Resolución (la modificación puntual y definitiva del PGM), con incumplimiento de lo dispuesto en el art. 96.4 L.U.Cat.

Acreditado que la MEMORIA no explita los hechos ni las razones que justifiquen esa necesidad de construir un hotel en el distrito (“ otro más” de los múltiples existentes), sin embargo, ninguno de los dos acusados, en el ejercicio de su competencias, exigieron al proponente de la modificación (la Fundación) la redacción de una nueva memoria que complementara y concretara la necesidad , conveniencia y oportunidad , en relación al INTERES PUBLICO, de la construcción de un hotel en esas fincas.

Sin embargo, a la vista de la Jurisprudencia citada en esta materia de prevaricación administrativa, estima este Tribunal que esta falta de exigencia tampoco tiene encaje en el art 404 Cp puesto que no se trata de una ausencia de motivación absoluta sino INSUFICIENTE y, además, la propuesta, en lo demás, recogía escrupulosamente toda la documentación exigida en el art 59 en relación al art 94.1 L.U.Cat.

En resumen , tampoco aquí observamos una “ contradicción patente y grosera con el Derecho y sí, de nuevo, una imprudencia o falta de diligencia profesional ,no punible ,todo ello sin perjuicio de que por causa de esa MEMORIA que no justifica suficientemente la necesidad, conveniencia y oportunidad de construir un hotel de interés público en dicho ámbito, los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa puedan declarar la Nulidad de la modificación puntual del P.G.M, la cual ya ha sido instada ante dicha Jurisdicción y se encuentra en trámite judicial.

B/ Procedemos ,ahora, a efectuar la valoración probatoria y el análisis jurídico del delito de falsedad en documento oficial o público por los que también son acusados G^a BRAGADO y MASSAGUER por el M.Fiscal y por la Acusación Popular sólo MASSAGER.

Ambas acusaciones construyen sus acusaciones de falsedad como medio para dictar una Resolución Arbitraria (es decir, como medio para cometer un delito de prevaricación). Lo ligan a la falsedad existente en el apartado 5 de la MEMORIA incluida en la Propuesta presentada por la Fundación , de modificación puntual del P.G.M.

Ya hemos dicho que nos centramos en la segunda Propuesta, que modifica a la primera, y que es de fecha **10.02.09** (la que se incluye para la Aprobación Provisional).

Pues bien, es cierto que en dicho apartado 5 de la MEMORIA se hace constar falsamente que el propietario de las fincas donde se va a construir el hotel es la Fundación, cuando la realidad es que lo era " OLIVIA.." desde el tantas veces referido contrato privado de fecha 20.12.06, nuevo propietario que aparecía como tal en el Registro de la Propiedad tras haberse inscrito (en octubre de 2007) las dos Escrituras Públicas de fecha 12.07.07 de elevación a publico, concreción y desarrollo de dicho contrato privado.

Pero , también es cierto que esa falsedad, como hemos analizado en el punto 2 del parágrafo A de este fundamento, resulta inocua en la decisión de aprobación de la modificación del P.G.M. (no de cara al interés público y debate ciudadano como ya se analizado en los fundamentos I y II, pero ello importa para valorar las conductas en lo tipos de tráfico de influencias allí estudiados y no con los que analizamos ahora) puesto que la especificación exigida en el art 94.1 c) L.U.Cat. no es aplicable a la modificación objeto de enjuiciamiento porque no es un supuesto de transformación GLOBAL de los usos anteriormente previstos.

Ya sólo por esto, esta falsedad ideológica sería impune.

Pero es que, además de que dicha falsedad, ínsita en la MEMORIA presentada por la Fundación, no la escribieron estos acusados, contando con que el delito de Falsedad no es un delito de propia mano, hipotéticamente podrían haberlo cometido estas dos autoridades al obrar en el ejercicio de sus funciones urbanísticas, siempre y cuando conociesen la falta de veracidad de tal afirmación y con conciencia y voluntad (es un delito esencialmente doloso) hubieran seguido arrastrando dicha falsedad , sin corregirla, hasta que tomaron la decisión de aprobar la modificación de forma definitiva (o provisional, porque , ya se ha dicho constantemente, que , en este caso, no hubo variaciones en el contenido de lo aprobado provisional y definitivamente). Porque, no cabe duda, de que esa MEMORIA es un documento oficial por incorporación al formar parte de un expediente administrativo en el que, nada menos, se tramitaba la modificación de un Plan General de Urbanismo, si quiera de forma puntual.

Sin embargo , con las pruebas practicadas en el juicio , ello no ha quedado acreditado. Así, en lo que respecta a G^a BRAGADO , su declaración de que no fue informado de que se hubiera producido una transmisión real de esas fincas antes de la aprobación definitiva (22.07.09) y que se enteró en el mes de Agosto de ese año (tras la entrada y registro de los Mossos en el Palau por otra investigación judicial en trámite) porque le llamó una periodista, resulta refrendada por las declaraciones del acusado LAMBIES y de las testigos Sras Pranger y Cobos, quienes – los tres- sabían de esa nueva titularidad de las fincas al

haber solicitado una nota simple informativa al Registro a fines de Febrero de 2009. Este acusado afirma que, de haberlo conocido, lo hubiera corregido en la MEMORIA.

En lo que respecta a MASSAGUER, valen las mismas pruebas que corroboran el desconocimiento de esta transferencia de titularidad, afirmando que no tuvo conocimiento hasta que se desencadena el “escándalo del Palau”, en verano del 2009, y, entonces dedice pedir nota simple al Registro y sin que resulte indicio suficiente el e-mail que le envió Montull en fecha 5.10.07, donde le expresa: “El Contrato de cesión de derechos se firmó esta semana con la empresa del Sr. Valderrama (“OLIVIA..”).., puesto que de tal expresión bien podía deducirse (al igual que hemos analizado el F.J. tercero, en relación al acusado DIAZ) que esta empresa hotelera era la que iba a construir y gestionar la explotación del hotel (lógicamente ello no lo podía hacer la Fundación) sin tener que pensar que también se hubiera convertido en propietario de las fincas donde iba a construir, dado que no se acredita que Montull se lo notificara de forma fehaciente.

SEPTIMO.- Los hechos declarados probados **NO** son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento oficial previsto en el art. 390.1.4º Cp en concurso medial con un delito continuado de prevaricación previsto en el art. 404 Cp por el que el M.Fiscal acusa a LAMBIES ,NI de un delito de falsedad en documento público previsto en el art. 390.1.4º Cp y por el que le acusa la Acusación Popular.

Descartada, en el fundamento anterior, que la aprobación definitiva de la modificación puntual del PGM sea una Resolución arbitraria y, por tanto prevaricadora, queda por analizar si este acusado cometió el delito de falsedad por el que le acusan.

Este acusado, funcionario de carrera y, en la fecha de los hechos Director Jurídico de urbanismo del Ayuntamiento de Barcelona, emitió dos informes en la fase de tramitación de la modificación: uno de fecha 8.04.08 , previo a la aprobación inicial (C1, folios 356 a 360) y otro de fecha 14.04.09 , previo a la aprobación provisional (C1, folios 414 a 419) – que , en este caso, se convirtió en definitiva- .

Resulta acreditado , por propio reconocimiento y por declaraciones testificales de las letradas del Servicio de Planeamiento, Sras Cobo y Pranger , que ésta solicitó, el 27.02.08, vía telemática, una nota simple informativa al Registro de la Propiedad donde aparecía “Olivia..” como propietario de las fincas donde se iba a construir el hotel , que ésta se lo comunicó al acusado LAMBIES y que éste , sólo se lo comunicó al arquitecto Sr. Sust , subcontratado por DIAZ para la redacción de la propuesta de modificación , concluimos que, por las fechas, si bien tanto en el primer informe que emitió y, por tanto antes de la aprobación inicial en fecha 10.04.08; como en el segundo (de fecha 14.04.09 , siendo la aprobación provisional de fecha 16.04.09) , ya conocía la existencia de una discordancia en el punto 5 de la MEMORIA de la nueva propuesta de plan presentada por el Palau en fecha 10.02.09 (C2, folio 85) y, sin embargo , no lo hizo constar en su informe para que se corrigiera. De lo que se sigue que el acusado LAMBIES “faltó a la verdad en la narración de los hechos” en documento oficial; es decir, ejecutó el elemento objetivo del delito de falsedad ideológica por el que es acusado y , además, lo hizo “ a sabiendas”.

Sin embargo, para que su conducta pueda calificarse de delictiva a los efectos que nos ocupan se precisa la intención de introducir elementos falsos que puedan producir efectos

en el tráfico jurídico, induciendo error a aquéllos a los que la falsedad documental va destinada (por todas, STS 349/2003, de 3 de Marzo) .

Pero como ya hemos analizado en el anterior fundamento, parágrafo A. 2, la especificación de la relación de propietarios en los cinco años inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento de modificación , a que se refiere el art. 94.1 c) L.U.Cat, no es exigible en la modificación puntual que nos ocupa y, por tanto, resultaba irrelevante, a efectos puramente de legalidad urbanística, para esa aprobación.

Por último , una breve referencia a lo ya expuesto en el parágrafo A , al final del punto reseñado, a saber: sí resultaba relevante en relación con el art. 97 L.U.Cat, es decir, en la tramitación del P.M.U. que desarrollaba la modificación aprobada del P.G.M.. Y es que, por mucho que este acusado haya declarado en juicio que “ la estructura de la propiedad” no tiene nada que ver con el Derecho de Propiedad “ extrictu sensu”; sin embargo esa declaración entra en abierta contradicción con su informe obrante a los folios 47 a 50 de la Documental C3, dónde él mismo informó que debía de suspenderse la aprobación inicial del PMU hasta que se subsanaran una serie de deficiencias, una de las cuales era ésta: la discordancia entre la Memoria y la realidad, lo cual fue subsanado por la nueva gestora de la Fundación, Sra. Carulla.

No obstante lo cual, al haberse declarado la caducidad de este P.M.U, no es objeto de enjuiciamiento.

OCTAVO.- Los hechos declarados probados **NO** son constitutivos de delito de prevaricación previsto en el art **404 Cp.** , por el que el M. Fiscal acusa a **MILLET , a MONTULL y a DIAZ. Tampoco** lo son de un delito de falsedad en documento oficial previsto en el art. **390.1.4º Cp**, por el que también les acusa el M.Fiscal en concurso media con aquél.

A/ Delito de Prevaricación

Es cierto que los acusados MILLET y MONTULL no son funcionarios públicos ni autoridad y el ocupar los cargos directos en una Institución benéfica de carácter cultural patrocinada por instituciones públicas, no los convierte en tales. DIAZ es un arquitecto contratado por la Fundación, primero y, por Valderrama (“ OLIVIA HOTELS”) después, para la dirección del Proyecto, es decir, es un particular no funcionario.

En principio, el delito de prevaricación es un delito especial propio del que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos con capacidad para dictar Resoluciones administrativas. No obstante lo cual, el TS (S 303/13, de 26 de Marzo y S admite la posibilidad de considerar autores de tal delito a los terceros” extraenus”, bien en forma de autores mediatos o cooperadores necesarios (STS 303/13, de 26 de Marzo), bien en forma de inductores (STS 657/2013, de 15 de Julio), modalidades , todas ellas, incluidas en el concepto de autoría del art 28 Cp.

Sin embargo, tanto una como otra Sentencia, exigen que la Resolución en cuya adopción participa el extraño en calidad de autor (mediato, inductor o cooperador necesario) ha de ser ARBITRARIA porque en el delito de prevaricación administrativa la arbitrariedad de la resolución es un elemento normativo del tipo. Puede darse el caso (contemplado en la

S.303/13 mencionada) de que los extraños sean condenados y no los funcionarios o autoridades que dictaron la Resolución por incurrir en error invencible u otra causa que les exima de culpabilidad. Pero lo que resulta del todo punto imposible es condenar a estos extraños, por ninguno de los tres tipos de autoría mencionados, cuando la Resolución dictada no es arbitraria y, por ende, no prevaricadora.

En el caso que nos ocupa, hechos concluido en el anterior fundamento, que la Resolución no es Arbitraria, por lo que mal puede sostenerse , ninguno de estos tres tipos de autoría en el delito de prevaricación, en estos tres acusados extraños, cuando el delito de prevaricación no ha sido cometido por los autores (G^a BRAGADO y MASSAGER) que dictaron la Resolución.

B/ Delito de falsedad previsto en el art 390.1.4º Cp.

a.-Respecto del acusado DIAZ, la cuestión ya ha quedado resuelta en el fundamento jurídico tercero , al cual nos remitimos.

En resumen, como allí se analizó , al no haber quedado acreditado que conociese fehacientemente , antes o durante la tramitación de la modificación del P.G.M, la cualidad de propietario de “ Olivia..”- desde fecha 20.10.06 o 12.07.07- de las fincas sobre las que se proyectó la construcción del hotel, no cabe condenarlo por tal delito, puesto que no ha quedado desvirtuada, por ningún medio de prueba, su afirmación de que este hecho llegó a su conocimiento tras el escándalo del Palau / agosto de 2009) y que , de haberlo sabido antes de la aprobación definitiva, lo hubiera corregido en la memoria.

b.-Respecto de los acusados MILLET y MONTULL.

Ha resultado acreditado que la Fundación fue propietaria de “ las fincas” mediante E.P. de fecha 10.11.03 (no inscrita en el registro de la propiedad) suscrita con La Salle; si bien era un derecho de propiedad sometido a condición resolutoria consistente en rehabilitación del Colegio La Salle Condal en un determinado plazo, de forma que, transcurrido el mismo sin el cumplimiento de tal compromiso, La Salle bien podría hacer valer tal condición para recuperar sus fincas. Sin embargo, dejó de serlo desde el momento de la firma del contrato privado de fecha 20.12.06 suscrito con la empresa “ OLIVIA..” . Documento elevado a público y concretado y desarrollado en sendas escrituras de 12.07.07 que se inscribieron en el registro.

Por tanto, ambos acusados que habían intervenido bien en la firma, bien en las gestiones. de tales escrituras y contratos en representación de la Fundación , eran perfectos conocedores de que la constancia , en el punto 5 de la MEMORIA (indicación de los propietarios de las fincas), tanto de la propuesta de 13.03.07 como en la de 10.02.09, era FALSA.

Es cierto que ninguno de los dos redactó esa Memoria, pero también lo es que , como ha quedado expuesto en el F.J. tercero, ellos habían encargado al acusado arquitecto DIAZ, esa propuesta de modificación imprescindible para ejecutar el proyecto hotelero que también tenía encomendado(encargos cuyos honorarios abonó “ OLIVIA”, a partir del 12.02.07 ,mediante contrato de prestación de servicios suscrito al efecto) y, como también se analiza en dicho fundamento, Diaz había subcontratado el planeamiento, al arquitecto Sust que fue quien redactó sendas propuestas bajo la supervisión del acusado DIAZ, sin

que haya resultado acreditado que, ni uno ni el otro conociesen de forma fehaciente que “ OLIVIA..”, en esas fechas, se hubiera convertido en propietario de las fincas.

No obstante, como ya se ha dicho, el delito de falsedad no es un delito de propio mano y , en tal sentido , los acusados Millet y Montull serían autores mediatos de tal falsedad ideológica puesto que ellos sí tenían el dominio del hecho e indujeron a error a quienes hicieron constar por escrito tal falsedad en un documento oficial por incorporación a un expediente administrativo.

Sin embargo, el art. 390 Cp exige que el autor tenga la condición de funcionario o autoridad, condición de la que carecen Millet y Montull y, también los autores materiales de la falsedad: DIAZ y Sust.

Es por ello que no pueden ser autores mediatos del delito de falsedad por el que se les acusa. En todo caso, lo serían de un delito de falsedad previsto en el art. 392 Cp en relación con el art. 390.1.4º Cp. Ahora bien, dicha conducta es impune al tratarse de una falsedad ideológica cometida por particular y expresamente excluida por el legislador en el tipo previsto en el citado art. 392 Cp.

Y, a mayor abundamiento, como ya se ha expuesto varias veces tras el análisis de los hechos en parágrafo A. 2, la especificación de la relación de propietarios en los cinco años inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento de modificación , a que se refiere el art. 94.1 c) L.U.Cat, no era exigible en la modificación puntual que nos ocupa y, por tanto, resultaba irrelevante para su aprobación, desde un punto de vista de legalidad urbanística, ; sin perjuicio de que resultara relevante desde el punto de vista del ciudadano, de la opinión pública lo cual entra en relación con los dos delitos de tráfico de influencias en los que han incurrido estos dos acusados. Pero esto ya lo hemos estudiado profundamente en los fundamentos primero y segundo .

NOVENO.- Por lo expuesto, los acusados MILLET y MONTULL aparecen responsables en concepto de autores , CADA UNO DE ELLOS, de un delito de tráfico de influencias previsto en el art 429 Cp. y de un delito de tráfico de influencias previsto en el art. 430 C.p.

Sin embargo, no ha quedado acreditado que ambos acusados sean autores o hayan tenido cualquier otro tipo de participación delictiva en los delitos de: continuado de apropiación indebida y continuado de delito de falsedad en documento oficial en concurso medial con continuado de delito de prevaricación por los que se les acusa, razón por la que les ABSOLVEMOS de tales delitos.

No ha quedado acreditado que el acusado DIAZ sea autor o hayan tenido cualquier otro tipo de participación delictiva en los delitos de: del delito de tráfico de influencias por el que le acusa la Acusación Popular y del delito continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial con delito continuado de prevaricación, por los que le acusa el M. Fiscal, razón por la que le ABSOLVEMOS de tales delitos.

NO ha quedado acreditado que los acusados G^a-BRAGADO, MASSAGUER y LAMBIES sean autores o hayan tenido cualquier otro tipo de participación delictiva en los delitos de: continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial con delito continuado de prevaricación, por los que les acusa el M. Fiscal , Ni al acusado Ramón GARCÍA-

BRAGADO i ACÍN del delito de tráfico de influencias cometido por autoridad y del delito de prevaricación, por los que le acusa la Acusación Popular , Ni al acusado Ramón MASSAGUER i MELÉNDEZ del delito de falsedad en documento público y del delito de prevaricación por los que le acusa la Acusación Popular, Ni Enric LAMBIES ORTÍN del delito de falsedad en documento público por el que le acusa la Acusación Popular , razón por la que les ABSOLVEMOS de tales delitos.

DECIMO.- En la ejecución de los mencionados delitos no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

UNDECIMO.- A la vista de las circunstancias de los hechos enjuiciados puestas de manifiesto a lo largo de esta Resolución y del art. 66.6 Cp, **este Tribunal estima congruente y adecuado a la culpabilidad de los acusados MILLET y MONTULL**, teniendo en cuenta la condición de los citados de representante y director de una Institución cultural de prestigio, a quienes se les debe de exigir un rigor especial puesto que este tipo de prácticas no pueden ser admitidas en un Estado de Derecho dado que producen un grave daño al sistema democrático, imponer las penas previstas en los respectivos tipos penales (429 y 430 Cp) en su grado medio, lo que supondría : Por delito previsto en el art. 429 Cp., las penas, para cada uno de ellos, de prisión de nueve meses (9) con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de Multa proporcional de 5.409.108 euros y, en caso de impago, aplicación de lo dispuesto en el art. 53 Cp. Y, por el delito previsto en el art. 430 Cp, la pena, para cada uno de ellos, de prisión de nueve meses (9) con idéntica accesoria legal , así como el DECOMISO de los 895.000 euros recibidos como DÁDIVA.

No obstante lo cual y, como decíamos al final del F.J. segundo, este Tribunal debe de **respetar el Principio Acusatorio** siempre y , por ende, no podemos rebasar la pena de prisión de un año, para cada uno, ni el importe de la multa proporcional solicitadas por la Acusación Popular, puesto que, si no nos vincula el concurso por ellos construido, sin embargo, si nos vincula la pena solicitada. En cuanto a la solicitud de pena solicitada por el M. Fiscal, no podemos tener en cuenta la misma a estos efectos, al no instar una pena independiente por el delito de tráfico de influencias previsto en el art 429 Cp por el que les acusa, al haberlo construido en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida, el cual no se acredita que hayan cometido y, por ende, respecto del mismo, procede su libre absolución.

En consecuencia, las penas que imponemos a estos dos acusados son las siguientes:

Por el delito previsto en el art 429 Cp, a cada uno de ellos, la pena de **prisión de seis (6) meses** con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de **Multa proporcional de 3.604.857 euros, para el acusado Millet y de 901.214,40 euros, para el acusado Montull** y , en caso de impago, aplicación del art. 53 Cp.

Por el delito previsto en el art 430 Cp , a cada uno de ellos, la pena de **prisión de seis (6) meses** con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y conforme al art. 431 CP, ordenamos el DECOMISO de los 895.000 euros recibidos, en total por ambos, como Dádiva, cantidad que deberán de

ingresar en la cuenta corriente de este Juzgado y ,de no hacerlo de forma voluntaria, procédase a su exacción por la vía de apremio. Una vez ingresada , se procederá a trasladarla a las cuentas del Estado

DUODÉCIMO.- Ningún tipo de responsabilidad se deriva de los delitos de tráfico de influencias cometidos por los acusados Millet y Montull. Sin embargo, por aplicación de lo dispuesto en el art 431 C.p, ordenamos el DECOMISO, a favor del Estado, de los 895.000 euros en que consistió la dádiva entregada por M.Valderrama a los acusados Millet y Montull y ello en base al Principio Legalidad a pesar del “ lapsus” de la Acusación Popular que ha omitido solicitarlo , puesto que , como se expresó el TC en providencia de 27/04/89, su imposición es de prescripción obligada y sobre la que no tiene necesidad de argüir el procesado, toda vez que en el correspondiente juicio hubo debate con plenitud de garantía sobre los hechos.

DECIMO TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts 123 y124 C.Penal, procede imponer las costas a los acusados Millet y Montull en 2/5 partes a cada uno, al haber resultado absueltos de tres delitos objeto de acusación. No procede imponerles las costas de la Acusación Particular porque sus pretensiones han sido desestimadas. Tampoco las de la Acusación Popular porque, según reiterada Jurisprudencia del T.S. al no ser personas o entidades directamente afectadas por los hechos delictivos, dado que, en nuestro derecho, se encomienda al M. Fiscal, con carácter obligatorio , la persecución de los delitos públicos, mientras que la ajeneidad de la Acusación Popular en los efectos directamente perjudiciales del delito, lo convierte en representante de un difuso interés social.

DECIMO CUARTO.- A la luz de la declaración del testigo Manuel Valderrama quien niega haber entregado 895.000 euros a los acusados Millet y Montull, a pesar de haberse acreditado dicha entrega por prueba indiciaria (fundamento jurídico segundo), procede acceder a la pretensión del M. Fiscal y deducir testimonio de su declaración prestada en juicio, la cual será remitida al Juzgado Decano de Instrucción para que investigue puesto que consideramos que existen indicios racionales frente al mismo de haber incurrido en hechos constitutivos de delito de falso testimonio en causa penal previsto y penado en el art. 458 C.p.

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

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS:

A/ CONDENAMOS a los acusados **Fèlix MILLET i TUSELL** y **Jordi MONTULL i BAGUR** como autores penalmente responsables de un delito de tráfico de influencias cometido por particular, previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de **prisión de seis (6) meses** con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de **Multa proporcional de 3.604.857 euros, para el acusado Millet y de 901.214,40 euros, para el acusado Montull**, y , en caso de impago, aplicación del art. 53 Cp.

CONDENAMOS a los acusados **Fèlix MILLET i TUSELL** y **Jordi MONTULL i BAGUR** como autores penalmente responsables de un delito de ofrecimiento de realizar tráfico de influencias , previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de **prisión de seis (6) meses** con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

ABSOLVEMOS a los citados acusados de los delitos continuado de apropiación indebida y continuado de delito de falsedad en documento oficial en concurso medial con continuado de delito de prevaricación por los que se les acusa.

En la ejecución de las penas de prisión, compútese el tiempo durante el cual ambos acusados estuvieron preventivamente privados de libertad por esta causa (entre el 17 y el 30 de Junio de 2010).

Imponemos las **COSTAS** a los acusados Millet y Montull en la proporción de 2/5 partes a cada uno.

Ordenamos el **DECOMISO de la cantidad de 895.000 euros** recibidos por estos dos acusados en concepto de dádiva y, caso de que no ingresen dicha cantidad voluntariamente en la cuenta corriente de este Juzgado, procédase a su exacción por la vía de apremio. Una vez ingresada , procédase a trasladarla a las cuentas del Estado.

B/. ABSOLVEMOS al acusado **Carles DÍAZ GÓMEZ** del delito de tráfico de influencias , en calidad de cooperador necesario, por el que le acusa la Acusación Popular y del delito continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial con delito continuado de prevaricación, por los que le acusa el M. Fiscal.

C/ ABSOLVEMOS a los acusados **Ramón GARCÍA-BRAGADO i ACÍN** ,**Ramón MASSAGUER i MELÉNDEZ** y a **Enric LAMBIES ORTÍN** del delito continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial con delito continuado de prevaricación, por los que les acusa el M. Fiscal y **ABSOLVEMOS** al acusado **Ramón GARCÍA-BRAGADO i ACÍN** del delito de tráfico de influencias cometido por autoridad y del delito de prevaricación, ya definidos, por los que le acusa la Acusación Popular y **ABSOLVEMOS** al acusado **Ramón MASSAGUER i MELÉNDEZ** del delito de falsedad en documento público y del delito de

prevaricación por los que le acusa la Acusación Popular y ABSOLVEMOS al acusado Enric LAMBIES ORTÍN del delito de falsedad en documento público por el que le acusa la Acusación Popular .

Declaramos las costas de oficio en relación a los acusados absueltos.

Acordamos deducir testimonio de la declaración prestada en juicio por el testigo Manuel Valderrama, la cual será remitida al Juzgado Decano de Instrucción para que investigue , al existir indicios racionales frente al mismo de haber incurrido en hechos constitutivos de delito de falso testimonio en causa penal previsto y penado en el art. 458 C.p.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, fallamos y firmamos en el lugar y fecha indicados.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada en el mismo día de su fecha, por la Ilma, Sra. Magistrado Ponente,. Doy fe.