

VICENTE RUIGÓMEZ MURIEDAS
Procurador de los Tribunales
COL. 547
C/ Loeches nº 6 - bajo B
28008 Madrid
Tel.: 914540091 - Fax: 915427861

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 485/2016

Fecha Sentencia: 07/06/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION N°: 1497/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 11/05/2016

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: CPB

Delito de apropiación indebida, tráfico de influencias

***Derecho a la tutela judicial
constante la advertencia de que la exigencia de la motivación en Derecho de la
resolución judicial no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección,
interpretación y aplicación de las disposiciones legales (SSTC 56/2013; 99/2015).**

Si bien el desacierto puede implicar, en su caso, que afecte a otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2).

Desde una perspectiva positiva el derecho a la tutela, en su aspecto de derecho a una resolución motivada en derecho, exige:

a) Que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, lo que implica que la argumentación no pueda ser tildada de manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente. 99/2015 de 25 de mayo

b) Que no sea fruto de la arbitrariedad. Es decir que no sea fruto solamente de la voluntad de quien la dicta, porque la aplicación de la legalidad se reduzca a una pura apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 101/2015; 215/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 215).

c) Dada la funcionalidad de este derecho, la motivación ha de cumplir con la necesidad de permitir conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (STC 50/2014 de 7 de abril 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 101/2015 de 25 de mayo; 119/2003, de 16 junio (RTC 2003, 119) 75/2005, de 4 abril (RTC 2005, 75) y 60/2008, de 26 mayo (RTC 2008, 60).

Desde la perspectiva de la actividad probatoria, el contenido de este derecho constitucional no implica que su invocación abra el camino, como si la casación, al igual que el amparo constitucional, fueran una nueva instancia, para proceder a un nuevo juicio sobre los hechos y a una nueva valoración de la prueba que sustituya la ya realizada por los órganos judiciales.

Exige eso sí, el acceso al medio de prueba. Porque la temática probatoria, aunque esté garantizada por un específico derecho, no deja de estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva.

E implícitamente en tal aspecto exige también la valoración, sin arbitraria prescindencia, de la prueba practicada.

Y, por otra parte, obliga a dilucidar si las inferencias lógicas llevadas a cabo no han sido irracionales, arbitrarias, erróneas o absurdas.

Ahora bien, cuando de sentencias absolutorias se trata, ese control de la valoración, si no se da aquel componente de arbitrariedad, no puede amparar el reclamo de que se apadrinen conclusiones de valoración como fundamento de una condena pretendida pero no recaída, pretensión que se asemeja más a la denuncia de vulneración de una inaceptable presunción de inocencia invertida.

***Falsedad**

el delito de falsedad requiere además la consciencia de la relevancia jurídica de la inexactitud y la voluntad de proclamar el enunciado mendaz pese a ello. Es decir requiere el dolo falsario.

Pues bien, en la medida que el hecho probado no afirma la concurrencia de este dato del tipo, la absolución no puede revisarse sobre la base de corregir esa laguna conforme a la ya reiterada jurisprudencia que recuerda el veto de revocar decisiones absolutorias, cuando ello exige la modificación del relato fáctico de la sentencia recurrida, sin oír al acusado absuelto el órgano jurisdiccional que impone ex novo la condena.

También contrasta la obstinada afirmación por el Ministerio Fiscal, acerca de la trascendencia del dato no veraz, con la ausencia de inquietud probatoria al efecto. Por lo demás bien asequible. Bastaría con aportar el testimonio de quienes decidieron sobre las consecuencias que habría tenido en su decisión la proclamación de la titularidad de los terrenos a favor de un ente privado como "Olivia Hoteles".

Como se echa de menos alguna reflexión, para calibrar la trascendencia del dato de la titularidad de los terrenos, sobre la ponderación de los elementos discrecionales y reglados a atender en la resolución del expediente de modificación del planeamiento.

En todo caso, el debate suscitado en el recurso sobre la existencia o no de tal relevancia es ya, en este motivo, irrelevante. Lo trascendente sería aquel añadido subjetivo del dolo falsario. La intangibilidad de lo afirmado por la sentencia al respecto, pese al recurso, hace estéril aquel debate.

***Contradicción hechos probados del art. 851.1**

lo que exige el precepto citado que otorga la casación es que entre el contenido de un enunciado y otro exista una incompatibilidad tal que de ser uno veraz el otro ha de ser falso.

La tesis del recurrente no contrapone los dos citados enunciados. Lo que hace el recurrente es oponer las inferencias que estima derivan de uno y otro dato. Pero entonces la contradicción no se da entre los contenidos que la Sala enuncia, sino entre los que el recurrente propone con mayor o menor vinculación a aquellos. Es decir denuncia no una contradicción de discursos sino una diversidad de interpretaciones de ese discurso. Y eso es totalmente ajeno al ámbito de la forma –que se dice quebrantada– de la sentencia por constituir una impugnación de su contenido, cuyo debate en casación ha de llevarse a cabo bajo otros amparos procesales.

***Tráfico de influencias. art. 429**

los elementos que tipifican la antijuridicidad punible, diferenciándola de conductas que, socialmente adecuadas o no, no merezcan sanción penal, los siguientes:

a) La influencia entendida como presión moral eficiente sobre la voluntad de quien ha de resolver (STS 573/202 de 5 de abril) para alterar el proceso motivador de aquél introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (STS 29 de junio de 1994). Siquiera no sea necesario que la influencia concluya con éxito, bastando su capacidad al efecto.

b) La finalidad de conseguir de los funcionarios influidos una resolución que genere –directa o indirectamente– un beneficio económico, –para el sujeto activo o para un tercero– entendiendo el concepto de resolución en sentido técnico-jurídico. Como recuerda la STS 300/2012, avala esta conclusión la comparación de la descripción de los tipos de tráfico de influencia y los de cohecho. Si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar, en donde se hace referencia a cualquier acto contrario a los

deberes inherentes a la función pública del influido.

Quedan por ello fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico, aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos.

c) En el caso del artículo 429 del Código Penal, que aquella influencia sea actuada en el contexto de una situación típica: la relación personal del sujeto activo con el funcionario. Lo que hace de éste un delito especial ya que solamente puede ser autor quien se encuentra en dicha situación.

d) Tal tipificación busca proteger la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Referencia al bien jurídico que es trascendente en la medida que sirve como un instrumento valorativo del comportamiento, ya que la indemnidad del bien protegido, por la inocuidad de aquél, debe llevar a la exclusión de su tipicidad.

***Presunción de inocencia. Doctrina. Certeza objetiva**

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no es susceptible de un control objetivo, externo al órgano que impone la condena, a revisar desde la perspectiva de la garantía de presunción de inocencia, en la medida que son tributarios de la inmediatez en su producción procesal, a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministra la lógica, no solamente en una reflexión pre-dialéctica sino también en la dimensión intersubjetiva o, si se quiere erística, pero que excluya artificios sofisticos. Y también ha de procurarse una justificación desde los conocimientos reportados por la experiencia común o ciencia. Y eso de tal suerte que pueda decirse que, desde aquellos datos directamente emanados de los medios de prueba, se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los concernientes a los elementos objetivos, pero también a los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello se confiere legitimidad a la decisión de condena.

La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolucón del acusado.



Nº: 1497/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Vista: 11/05/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 485/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luciano Varela Castro
D. Antonio del Moral García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Junio de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL, LA FUNDACIÓN PRIVADA ORFEO CATALÀ PALAU DE LA MÚSICA CATALANA**, representada por el Procurador D. Francisco Abajo Abril, **ASOCIACIÓN DE VECINOS PARA LA REVITALIZACIÓN DEL CASCO ANTIGUO DE BARCELONA**, representada por la Procuradora D^a Ana Isabel Arranz Grande, **FÉLIX MILLET TUSSET**, representado por la Procuradora D^a Beatriz González Rivero y **JORDI MONTULL BAGUR**, representado por el Procurador D. Guzmán de la Villa de Serna, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la **Audiencia Provincial de Barcelona**, con fecha 17 de abril de 2015. Han sido partes recurridas, **RAMÓN MASSAGUER MELÉNDEZ, RAMÓN GARCÍA-BRAGO ACÍN Y ENRIC LAMBIES ORTÍN**, representados por el Procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas y **CARLOS DÍAZ GÓMEZ**, representado por la Procuradora D^a Dolores Martín Cantón. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 10 de Barcelona, abrió Diligencias Previas nº 2613/10, contra **Félix Millet Tusell, Jordi Montull Bagur, Caries Díaz Gómez, Ramón García-Bragado Acín, Ramón Massaguer Meléndez y Enric Lambies Ortín**, por delitos de apropiación indebida, tráfico de influencias, falsedad en documento público y prevaricación, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona que en la causa nº 100/12 dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ÚNICO.- 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, Félix 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 por esta causa, de la que estuvieron privados entre el 17 de junio y el 30 de junio del año 2010, hacia un tiempo que tenían " in mente" impulsar la construcción de un hotel en las proximidades del Palau de la Música para que aquel sirviera a las necesidades de éste aunque, en realidad, actuaron movidos por el ánimo de obtener un importante beneficio económico a través de una operación especulativa inmobiliaria tanto para sí como para la Fundación en cuyo nombre obraban. La operación especulativa pretendida por ambos acusados consistía en la compra de unas fincas próximas al Palau, que resultarían revalorizadas por el cambio de asignación de uso de equipamiento a residencial (obligatoria para poder construir un hotel) y, una vez, revalorizadas, proceder a su venta a un tercero; venta que sería hábilmente ocultada en todo momento por estos acusados al resto de los coacusados en relación con los que no resulta suficientemente acreditado que se hubieran concertado previamente con Millet y Montull para facilitarles dicha operación especulativa.

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 deis Germans de les Escoles Cristianes (en adelante, la Salle Condal) un contrato que denominan: "Cesión de fincas a cambio de edificación futura sobre finca propia . Por medio de este, la Salle Condal cede a la Fundación la propiedad de las fincas 13 bis, 15 y 17 de la C/ Sant Pére 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 Selle 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. 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 hacerle, par aplicación de los Principios Generales de urbanismo, era buscar una finca en el mismo Distrito (Ciutat Vella) al que afectaba la modificación de usos, de características similares, a fin de efectuar esa transferencia de usos. Tras varios intentos fallidos, dicha finca, se encontró- gracias a la sugerencia del acusado Gª Bragado-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, lo cual se hizo a iniciativa particular a instancias de la Fundación.

Dicha propuesta pretendía basarse en un Convenio, en cuya redacción, encomendada al letrado urbanista contratado por la Fundación, Sr. Saura y a la Sra. Turú, directora de Patrimonio de la Generalitat, también participaron los acusados Ramón MASSAGUER MELÉNDEZ (gerente de urbanismo del ayuntamiento desde el año 2004 en sustitución de Gª Bragado) Ramón Gª BRAGADO I ACIN (Secretario de la presidencia de la Generalitat y concejal de urbanismo del Ayuntamiento de Barcelona desde enero 2007) y Carles DÍAZ GÓMEZ (arquitecto contratado por la fundación para la elaboración de la propuesta de modificación del PGM), todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, de forma que, desde al menos 2005, se iban cruzando borradores entre ellos, a fin de incorporar las modificaciones Precisas, hasta llegar a la redacción final. Como quiera que el Contenido de este convenio era un; conglomerado, Gª Bragado sugirió que el contenido se dividiera en, dós: uno para los aspectos patrimoniales (compensaciones económicas) donde sólo firmarían los

interesados en esas compensaciones: Generalitat y Fundación (Convenio de fecha 8.03.06) y otro propiamente urbanístico que recogiera la transferencia de usos en la cual estaban implicados, además de las dos instituciones citadas, el Ayuntamiento de Bcn. (Convenio de fecha 24.10.06). Ni en los borradores ni en el texto de ninguno de los dos Convenios se hacía constar que las Fincas de la fundación de iban a transmitir a un tercero, tercero al cual se denominaba con unas expresiones (constructor, adjudicatario..) que difícilmente podrían hacer suponer al resto de los coacusados que Millet y Montull tenían intención de vender tales fincas. El también acusado Enric LAMBIES ORTÍN, mayor de edad y sin antecedentes penales, Director de Urbanismo del Ayuntamiento de Barcelona, tuvo participación en la redacción venia urbanístico de 24.10.06, sin que resulte suficientemente acreditado que c o a el contenido del Convenio de 8.03.06.

Y es a partir de este momento cuando ambos acusados, Millet y Montull, 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 sé 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:

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 , recogiéndose 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 como titular del suelo sobre el que se materializarán los usos residenciales y hoteleros. 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.."

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% serian para la Generalitat (5.500.000 euros) y el 63% para la Fundación (9.450.000 euros).

Este Convenio no se publicó expresamente sino por remisión (en lo relativo a los aspectos patrimoniales y el escaso contenido urbanístico que contenía estaba insito en el Convenios de 24.10.06) 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.

Convenio de fecha 24.10.06 Dicho convenio urbanístico recoge el compromiso de las es implicadas (Fundación, Generalitat y Ayuntamiento) para llevar a cabo una transferencia de usos entre las Fincas de la Fundación y la Finca de la Generalitat, indicando expresamente qué las primeras pasaban de tener clave 7 (equipamiento) a clave 12c (residencial, casco histórico) y la segunda a la inversa y remite, en lo relativo a las compensaciones de carácter patrimonial a lo convenido entre Fundación y Generalitat en Convenio de 8.03.06.

Este Convenio urbanístico 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 la base 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 G^a Bragado, Concejal de urbanismo y 4^o teniente de alcalde) su preocupación por el voto en contra " 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 (D^a 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 interés público del proyecto hotelero, OCULTANDO en todo momento a las autoridades a las que se dirigían, entre ellas a los coacusados Ga Bragado y Massaguer, su plan especulativo a través de la venta de las fincas propiedad de la Fundación.

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". No queda acreditado que dicho contrato de compra-venta fuera facilitado por Millet v / o Montull . ni por otras vías, a ninguno del resto de los coacusados, ni siquiera resulta acreditado que conocieran su existencia.

*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, 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 12.07.07 (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.

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 GARCÍA-BRAGADO** i **ÁGII** y **Ramón MASAGUER MELÉNDEZ**, 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. a iniciativa particular (de la Fundación), 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, si bien "Olivia" interpuso demanda civil de rescisión de contrato de compraventa.*

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 acusado DÍAZ arquitecto asociado de "Tusquets y Díaz", despacho vinculado con la Fundación desde hacía bastantes años puesto que ya se habían hecho cargo de otras remodelaciones del Paláu. En concreto, en el proyecto de hotel que nos ocupa, él era el firmante de las dos propuestas (13.03.07 y de la corregida de 10.02.09) de modificación puntual del PGM a iniciativa particular (de la Fundación). En ambas propuestas hizo constar que el propietario de las Fincas cuyo cambio de uso instaba era la Fundación, sin que resulte suficientemente acreditado que conociese la

transmisión de titularidad de las Fincas de la Fundación que habían llevado a cabo Millet y Montuli a favor de "Olivia", transmisión que ocultaron a todos los coacusados intervinientes, de un modo u otro, en la tramitación de dicha modificación.

El gerente de urbanismo (MASSAGUER), en fecha 8.04.08, emite Propuesta 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 (Gª —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 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.

Además del trámite preceptivo de exposición pública, tras la Aprobación Inicial y antes de la visión, 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 querían o no que se construyese ese hotel en su Distrito.

Tras ese informe negativo de la Comisión de Patrimonio cultural y a la vista de las alegaciones, tanto en el plazo de ese mes como en el trámite de participación ciudadana, se decide efectuar una nueva Propuesta de Modificación del PGM por el

impulsor (La Fundación) en fecha 10.02.09 que asume el informe de Patrimonio cultural y diversas alegaciones, siendo de destacar que se elimina la posibilidad de construir viviendas transcurrido el plazo de 12 años con lo que se hiperlimita el uso residencial asignado al simple uso hotelero, 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 Órgano 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.

" Objeto de la modificación: Dota al Palau de la Música de una instalación hotelera próxima que mejore la calidad de sus prestaciones complementarias siguiendo el proceso iniciado con la rehabilitación y restauración del Palau....

La finalidad es ahora la creación de un hotel que permita el alojamiento de orquestas y artistas invitados y público, de igual forma que otros establecimientos similares.

"En el estado actual se señala que: ..."Se hace constar que las fincas cuya transferencia de usos se pretende pertenecen, por una lado, a la Fundación (con equipamiento cultural que se quiere convertir en residencial hotelero) y, por otro lado, a la Generalitat (con uso residencial que se transferiría al uso de equipamiento)."

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 24.10.2006 el cual remitía en todo al Convenio de 8.03.06 que no estaba incluido entre dicha documentación, no obstante lo cual, al conocer que su contenido era de carácter eminentemente patrimonial, no lo reclamaron.

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 que las fincas donde se iba a construir 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 de este dato que no se correspondía con la realidad y sin que, como se ha dicho tampoco resulte acreditado que lo tuviera el acusado DÍAZ, habiendo, sin embargo; resultado acreditado que si lo tenían los acusados MILLET y MONTULL.

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. En la MEMORIA incluida en tal Propuesta, en el apartado 2, denominado: "Justificación de la necesidad, oportunidad y conveniencia de la modificación del P.G.M.", se hacía constar:

"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 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 que desde hace 100 años es un difusor fundamental de la cultura musical en Cataluña.

Dentro de este proceso de rehabilitación, modernización, ampliación 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 Nuevas necesidades del Palau de la Música. En él se expresa: "la nueva

ordenación se justifica la voluntad de dotar al Palau de una instalación hotelera próxima que pueda mejorar la calidad de sus prestaciones.... El Palau es un organismo vivo.. y como tal.. ha de ponerse constantemente al día para no perder su capacidad de celebrar actividades culturales y musicales... para seguir en esta línea de actualización, el Palau necesita disponer de servicios complementarios en su entorno inmediato que incluyan una instalación hotelera tanto al servicio de los que han de actuar en él como de los que han de ser sus espectadores. La situación idónea de estas instalaciones es el espacio ocupado por las fincas.."

*C/ 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 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 que no era cierto, 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, sin embargo no resulta acreditado que dicho dato lo comunicara al resto de los acusados intervinientes en la tramitación de la modificación (Ga Bragado, Malseller y Díaz) los Cuáles lo conocen tras su aprobación definitiva, en concreto, a finales de Julio de 2009, a raíz de la entrada y registro de los Mossos al Palau de la Música en virtud de otros hechos diferentes a los aquí enjuiciados.

D/ El día 18.02.09, el acusado Díaz, en representación de la Fundación, presenta instancia acompañada de la propuesta del Plan de Mejora Urbana (PMU), plan derivado de la modificación, del PGM, para su tramitación y aprobación, si bien ulteriormente, en fecha 8.04.09, presentó otra propuesta con ciertas modificaciones respecto del anterior en la cual seguía haciendo constando el dato erróneo y por él ignorado de que el propietario de las fincas era la Fundación. El acusado Lambies, en el ejercicio de sus funciones, emite Informe en el que sigue haciendo constar idéntico dato sobre propiedad a pesar de conocer que no se correspondía con la realidad y a pesar de que debía de hacerse constar dentro de "la estructura de la propiedad", a los

efectos de que el nuevo, propietario fuera considerado como interesado en el expediente. En fecha 9.07.09, el acusado Massaguer emite propuesta de resolución y en fecha 13.07.09 por Decretos del acusado Bragado (4º Teniente de Alcalde y por delegación de éste), se aprueba INICIALMENTE y se acuerda exponerlo al público por término de un mes.

Sin embargo, como consecuencia de la entrada y registro de los Mossos al Palau, a finales de Julio del 2009, por otros hechos distintos a los aquí enjuiciados, aparece en el despacho de Montull las dos escrituras de c-venta, de fecha 12.07.07, en que se dividió el contrato privado de 20.12.06 de la transmisión de las fincas de la Fundación a "Olivia" Ante tal conocimiento, el acusado Massaguer requiere, en fecha 13.08.09 a la Fundación que rectifiquen. las circunstancias relativas a la propiedad del suelo para que pueda continuarse con. la tramitación del plytt), lo que la nueva gestora del Palau, Sra. Canilla, cumplimenta, presentando Primero nota simple informativa del Registro de la Propiedad y, ulteriormente, las dos Escrituras públicas referidas. En fecha 20.10.09, el acusado Lambies emite otro informe en el sentido de que debe de suspenderse la tramitación tendente a la aprobación definitiva del PMU hasta que se aporte propuesta de "viabilidad económica del planeamiento" en los términos expuestos en el ad 97 LUCat. Sin embargo, ni la Fundación como promotora ni "Olivia" como nuevo propietario , aportaron dicha propuesta asumiendo los compromisos de cada uno de ellos en la modificación del PGM, en el término de 3 meses, y no lo aportaron ante las discrepancias surgidas entre la nueva gestora de la Fundación, Sra. Garulla y el nuevo propietario, discrepancias que llevaron a "Olivia.." a demandar civilmente a la Fundación instando la resolución de las E.P. de compra-venta de fecha 12.07.07. Ante la falta de aportación de dicha propuesta da entre Promotor-Propietario sobre la" viabilidad económica", en fecha 18.03.10, sión de urbanismo declara la caducidad de la tramitación del PMU."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: CONDENAMOS a los acusados **Félix MILLET i TUSELL** y **Jordi MONTULL 1 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, en caso de impago, responsabilidad personal subsidiaria de tres meses y a la pena de Multa proporcional de 901.214,40 euros, para el acusado Montull, y, en caso de impago, responsabilidad personal subsidiaria de un mes.**

CONDENAMOS a los acusados **Félix 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 I

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 **Caries 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 media! 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 ORTIN** 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 ORTIN 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.CP."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se dictó auto de aclaración el 9 de junio de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

"1.- HA LUGAR a SUBSANAR los errores y omisiones materiales del relato de hechos probados, a instancias del M. Fiscal, en el sentido de:

1.- En el párrafo B , párrafo 1', penúltima línea, donde dice " provisional" debe sustituirse por " definitiva" (La competencia para la aprobación definitiva es la Subcomisión de urbanismo...)

2.- En el párrafo C , párrafo 1º, 5' línea, donde dice " previo a la aprobación definitiva" debe de decir " previo a la aprobación inicial ".

3.- En el párrafo D , párrafo 1º, línea 7ª, en relación al acusado Lambies, añadir después de : "Informe", " en fecha 6.05.09, previo a la aprobación inicial del PMU.."

2.- DENEGAR la pretendida corrección de errores materiales solicitada por la representación procesal del acusado LAMBIES, vía alegaciones, puesto que rebasa la mera corrección o aclaración e incide en el fondo de una pretensión ya resuelta en la Sentencia.

3.- NO HA LUGAR A COMPLETAR las supuestas omisiones denunciadas por el M. Fiscal."

CUARTO.- Notificado el auto, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal

Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso del Ministerio Fiscal

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., por infracción de los arts. 9 número 3 y 24 número de la CE.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., denuncia infracción del art. 390 número 1 apartado 4 y 74, número del CP, por indebida inaplicación respecto de Enric Lambies.

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida inaplicación de los arts. 390.1 apartado 4 y 74.1 del CP, en relación a los acusados Millet y Montulll.

Recurso de la Fundación privada del Orfeón Catalán Palau de la Música Catalana

1º.- Al amparo del artículo 849.2 de la LECrim. por error en la apreciación de la prueba basado en documentos literosuficientes.

2º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim., por inaplicación indebida de los artículos 252, 250.1.6, 74.1 y 74.2 CP.

3º.- Al amparo del artículo 851.1 LECrim. por quebrantamiento de forma por contradicción entre los hechos probados.

4º.- Al amparo del artículo 852 LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la artículo 24 CE.

Recurso de la asociación de vecinos para la revitalización del casco antiguo

1º.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim. por error de derecho en la apreciación de la prueba.

Recurso de Félix Millet Tusell

1º.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim. por aplicación indebida del artículo 429 CP

Recurso de Jordi Montull Bagur

1º.- Al amparo del artículo 852 LECrim., por vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

2º.- Al amparo del artículo 852 LECrim., por vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

3º.- Al amparo del artículo 852 LECrim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

4º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim., por aplicación indebida del artículo 430 CP

5º.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim., por aplicación indebida del artículo 431 CP. Y del artículo 852 LECrim. por vulneración de garantía constitucional.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 11 de mayo de 2016, con fecha 12 de mayo siguiente se dictó auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por quince días hábiles más.

SÉPTIMO.- Por providencia dictada el 21 de abril de 2016, la composición de la Sala estaba presidida por el Excmo. Sr. D. Julian Sánchez Melgar, habiendo sido sustituido por razones de salud por el Excmo Sr. D. Manuel Marchena Gómez, de lo cual fueron informadas las partes en el acto del juicio oral, manifestando no tener ninguna objeción.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

1.- La sentencia recurrida ante nosotros ha sido dictada en la instancia a consecuencia de la anulación de la primera dictada en la misma causa por la de casación de fecha 3 de marzo de 2015. Por ello resulta necesario recordar cuales fueron los motivos que justificaron esa primera anulación.

La anterior sentencia casacional justificó la anulación de la de instancia por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en base a tres argumentos:

A) Por excluir, de manera inmotivada o con razonamiento ilógico, el enjuiciamiento de un apartado fáctico del objeto de acusación; es decir porque omite calificar jurídicamente los actos llevados a cabo durante la tramitación del PMU (apartado 5.1.1 de la anterior casacional) en particular los consistentes, según la acusación, en aportación de datos falsos.

Lo que se consideró constitutivo de vulneración del derecho de la parte acusadora a la tutela.

B) Porque omite **ponderar documentos** a la hora de valorar **el conocimiento por parte de los acusados** D. Carles Díaz, D. Ramón García-Bragado, D. Ramón Massaguer y D. Enric Lambies, del conocimiento **de la titularidad dominical ya transmitida a la empresa "Olivia Hoteles"**. Y por no justificar la prevalencia atribuida a la prueba testifical sobre tal particular.

Ese cercenamiento o preterición de un apartado sustancial de la prueba documental aportada, que había sido objeto de contradicción, se valoró también como vulneración del derecho a la tutela judicial (apartado 5.2.1).

C) Porque la primera sentencia de la instancia, para excluir la arbitrariedad de la modificación del plan, atendía a que no era exigible la publicidad de la venta del terreno, estimando nuestra anterior sentencia de casación que la acusación fundaba la citada arbitrariedad en la **falta de interés público** como causa de la modificación y no en aquella infracción formal. Y, respecto de ese interés, se consideró que lo relevante era si tal modificación estaba justificada, al menos mínimamente, como entendía la sentencia casada, o si la **no justificación era absoluta**. El Tribunal Supremo consideró un **error patente** el sufrido por la sentencia al considerar **inocua la no plasmación o enmascaramiento de la nueva titularidad del terreno** destinado a hotel. Ese destino e interés inherente motivaban la permuta o transferencia de uso, ya que sin él **desaparecía la**

necesidad, oportunidad y conveniencia de la modificación del Plan General Metropolitano.

Considera nuestra anterior sentencia casacional que la primera de las de la instancia, al incurrir en ese "error patente", lesionó el derecho a la tutela judicial de la acusación.

2.- La sentencia ahora recurrida pretende responder a esas tachas, aunque no por ese orden, con el fundamento jurídico sexto.

Comienza por insistir en que: *Los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento oficial o público en concurso medial con un delito continuado de prevaricación , por el que, tanto el M. Fiscal como la Acusación particular, acusan a García BRAGADO. y a MASSAGUER. (La acusación particular, por delito de falsedad, sólo acusa a MASSAGUER).*

Parte de un concepto esencial a los efectos de la tipicidad de la prevaricación cual es el de **resolución**, que define (artículo 89 de la LRJPAC) como: *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. Y erige en **objeto** del debate, como fundamento de decisión sobre la imputación, el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación puntual del P.G.M. que, en realidad, es **la APROBACIÓN PROVISIONAL** (recordamos que es la de 22 de abril de 2009) porque en la definitiva (de 22 de julio de 2009) se aprobó el texto íntegro de aquélla sin variaciones. Justifica tal concreción del objeto procesal relevante en que la Subcomisión de Urbanismo competente para la aprobación definitiva, que acuerda en fecha 22.07.09, tuvo en cuenta la misma **información** que ya tuviera la Comisión Municipal de Urbanismo para la aprobación provisional y que se resumen en **el contenido de la ponencia técnica de dicha Subcomisión***

que ésta tuvo en cuenta para resolver, ponencia técnica obrante a la documental C1, folios 440 a 446. Recuerda que 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.

Y establece que tal resolución consistió en una **modificación a iniciativa particular**, basada en un CONVENIO URBANÍSTICO de fecha 24.10.06 suscrito entre Fundación, Generalitat y Ayuntamiento (C19, folios 33 a 37) que, a su vez, se remitía a un Convenio anterior de fecha 8.03.06 suscrito entre la fundación y la Generalitat (C19 folios 39 a 45).

3.- Uno de los reproches (el que acabamos de señalar en el apartado 1 con la letra B), que justificaron la casación era la preterición de una exigible valoración de la prueba documental, en cuanto ésta era funcional para fijar una premisa fáctica esencial para la imputación de tal resolución como constitutiva de prevaricación: **si los funcionarios acusados (Sres. García Bragado y Massaguer) sabían o no sabían que la Fundación había enajenado los terrenos** previamente adquiridos por ella y a recalificar urbanísticamente.

Se trata del reproche B) a que hicimos referencia más arriba. Y que la recurrida subdivide en dos referencias cronológicas.

B) 1.- El conocimiento **por los acusados de prevaricación** de la transmisión de la propiedad de los terrenos de la Fundación **ANTES** de iniciarse la tramitación del expediente de recalificación.

La sentencia ahora recurrida recuerda, en cuanto a ese dato de hecho, fundamento de la acusación, que ha de ponerse en entredicho la negativa por los acusados del conocimiento del convenio de 8 de marzo de 2006. Y eso precisamente, según la nueva sentencia ahora recurrida, **por la prueba**

documental que se les exhibió en juicio y que los acusados admiten haber recibido.

La sentencia **pasa a analizar** esa prueba documental por orden cronológico. Y de su lectura concluye una serie de datos que valora como indicios, remitiendo a un posterior análisis las inferencias que considera cabe hacer partiendo de ellos: **1º)** Desde, al menos, abril de 2005, ambos acusados trabajaban en borradores de un Convenio que tuviera por finalidad la transformación de usos de las Fincas propiedad de la Fundación en las que se iba a construir un hotel para las necesidades del Palau ...Dichas fincas tenían asignado uso de equipamiento (clave 7) y, para construir el hotel, se precisaba su transformación a uso residencial (clave 12). **2º.** El acusado Sr. García Bragado es consultado en numerosas ocasiones sobre la forma de estructurar y redactar el Convenio y da su opinión al respecto siendo él, en fecha 24.11.05, quien propone la conveniencia de elaborar dos convenios **3º.-** El día 9.03.06, el Sr. Massaguer conoce que el día anterior se había firmado el Convenio patrimonial (entre Fundación y Generalitat). **4º.-** El 4.05.06 , el Sr. Saura traslada un borrador del Convenio (por la fecha, se supone que es el de 24.10.06) al Sr. Massaguer. Y **5º.-** el Sr. Massaguer tuvo la propuesta última del Convenio de 24.10.06, que remitió al Sr. Montull.

No considera probado que el conocimiento existiera respecto de la venta a un tercero del terreno previamente adquirido por la Fundación

Analiza, a los efectos que venimos examinando, la expresión, ínsita en el Convenio de marzo de 2006, en la que se hace referencia al compromiso de **"...disponer de la titularidad de las fincas que actualmente vienen calificadas como equipamiento..."** Y concluye que esta frase debe valorarse en el contexto en el que se trabaja sobre las respectivas fincas de dos titulares distintos y cuyos usos van a intercambiarse. Así analizada, carece de sentido pretender

dar a esa frase aislada la interpretación pretendida por el Fiscal cuando la equipara a un compromiso de vender las fincas a un tercero.

La sentencia ahora recurrida relaciona los borradores que se venían pergeñando con el texto asumido por el convenio de marzo de 2006 a los efectos de establecer si existió el malicioso ocultamiento del clausulado del convenio en cuanto al propósito de vender que constituye eje de la acusación por el Ministerio Fiscal.

Y **concluye que** tal premisa no resulta acreditada puesto que **en ningún párrafo de todo el clausulado de dicho convenio se expone**, ni expresa ni tácitamente, **que las fincas** de la fundación **fueran a ser vendidas** a un tercero. Conclusión que funda advirtiendo de que, cuando el texto asumido se refiere a ese **tercero**, —en orden a que es el que tiene que compensar económicamente tanto a la Generalitat como a la Fundación— a lo largo de todo su clausulado, lo hace con los siguientes calificativos: "la entidad que asuma la construcción hotelera"; "La compensación económica a la Generalitat irá a cargo de " la *entidad que asuma* los gastos de la construcción citada"; "La fundación se compromete a concertar con la *entidad adjudicataria* (en relación a garantías de pago de las compensaciones); " Asimismo los otorgantes consideran que a la Fundación, como titular del suelo sobre el que se materializarán los usos residenciales y/o hoteleros, **le corresponderá una participación** que también será hecha efectiva por la *entidad que asumirá* los costos de las obras de la construcción de la edificación".

Añade que, por otra parte, **resulta obvio** y no discutido —por ninguna de las partes— que la Fundación, por muy titular que resultara de las fincas a las que iba a asignarse un uso residencial, no era una entidad que pudiese **construir** ni **explotar** un hotel y desde ese dato sienta como inferencia la conclusión de que **había de saberse** que ambas funciones deberían de ser contratadas por la Fundación a **un tercero**.

Y aún tiene por relevante que **no se acreditó que los acusados tuvieron conocimiento del Contrato privado de 20.12.06**, entre la Fundación y "OLIVIA HOTELES" ni de las dos escrituras públicas de fecha 12.07.07 de elevación a público de aquél. Ese documento permite deducir de manera diáfana la venta o transmisión de titularidad de tales fincas. Y la falta de prueba de aquel conocimiento de su contenido por lo acusados de prevaricación es un obstáculo para establecer si éstos conocían o no aquella intención de vender por los Sres. Millet y Montull, y si, al fin, fue ejecutada a espaldas de todas las autoridades intervinientes en la modificación del planeamiento.

B) 2.- El conocimiento por los acusados de prevaricación de la transmisión de la propiedad de los terrenos de la Fundación **DESPUÉS** de iniciarse la tramitación del expediente de recalificación.

Recuerda una vez más la sentencia recurrida que para establecer la imputación de **prevaricación**, objeto de acusación, la referencia viene constituida por la segunda Propuesta, que modifica a la primera, y que es de fecha 10.02.09 (la que se incluye para la Aprobación Provisional).

La nueva sentencia parte de que es cierto que en el apartado 5 de la MEMORIA se hace constar **de manera no veraz** que el propietario de las fincas donde se va a construir el hotel es la Fundación, cuando la realidad es que lo era "OLIVIA HOTELES" desde el tantas veces referido contrato privado de fecha 20.12.06

Y también que las dos autoridades acusadas (Sres. García Bragado y Massaguer) *podrían* hipotéticamente haber contribuido a esa persistencia en la no veraz afirmación sobre la titularidad de los terrenos al obrar en el ejercicio de sus funciones urbanísticas. No obstante, para la responsabilidad penal que se les imputa, sería exigible la prueba de que **efectivamente conocían la falta de**

veracidad de tal afirmación y de que con **conciencia y voluntad** hubieran seguido arrastrando dicha falsedad, sin corregirla, hasta que se tomó 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).

Pero la Sala de instancia estima que con la **prueba documental** antes expuestas **ello no queda acreditado**, y tampoco se acredita con el resto de las pruebas personales practicadas en el juicio. Podrá discreparse de esa conclusión, pero con la inclusión de esos argumentos la nueva sentencia de instancia viene a exonerarse del reproche de denegación de tutela judicial. Ahora ni prescinde de la consideración de la prueba documental, ni cabe calificar de arbitraria la conclusión que establece una vez examinado ese medio probatorio.

4.- También busca la sentencia recurrida enmendar otro de los tres reproches que le dirige la anterior sentencia casacional. El que identificamos como C) en el apartado 1 de este fundamento jurídico: el relativo al **dato de hecho** constituido por la existencia, o no, de un **interés público**. Concretamente sobre si en el procedimiento administrativo seguido a instancia de la Fundación se justificó mínimamente la existencia de tal interés o si la **falta de justificación era absoluta**. El dato es relevante, porque la acusación parte del incumplimiento absoluto del requisito que supone al exigencia de tal interés.

Parte el Tribunal del examen de ése al tiempo de formular la segunda propuesta, de las dos presentadas por la Fundación (10.02.09), por considerar, como ya dejamos adelantado, que es esa segunda propuesta la que recibe la respuesta en la resolución que sería constitutiva de prevaricación. Por ello la única relevante para decidir sobre la comisión de tal delito.

Advierte de que la nueva ordenación se justifica por la **necesidad de dotar al Palau de la Música de una instalación hotelera próxima**.....

Y que la situación idónea de estas instalaciones era el espacio ocupado por las fincas.."

Con tales premisas pasa a analizar el Dictamen pericial denominado *Auditoria*, obrante a los folios 899 y ss y el emitido por los peritos Srs: Font Monda, Miró Fruns y Corominas Noguera, y tiene en cuenta que ese dictamen se emite una vez que ya habían entrado los Mossos a registrar el Palau y, por ello, ya se había desencadenado todo el escándalo sobre las supuestas apropiaciones dinerarias por parte de sus gestores (Sres. Millet y Montull) respecto de lo cual se incoaron unas diligencias previas que aún no están finalizadas y, por ende, aún no enjuiciadas.

Tales informes se refieren a la cuestión de la **vinculación entre el hotel y el Palau en relación al interés público**, que las acusaciones consideran inexistente como argumento para la imputación del delito de prevaricación. La vinculación se considera importante puesto que la **conveniencia**, en relación a los **intereses públicos** concurrentes, se valorará **diferente**, según el hotel esté o no **vinculado al Palau**. Y, señala en fin, que el contenido de esta pericial forzosamente debe de ser completado con las profusas aclaraciones y complementaciones de sus firmantes en el acto de juicio oral.

Pues bien, recuerda entonces la sentencia ahora recurrida, ampliando intensamente lo expuesto al respecto en la primera de sus sentencias, que en el juicio oral uno de esos peritos responde a la acuciante pregunta de si sus conclusiones suponían una falta de motivación por no concurrencia de interés público. Y nos dice la sentencia que el perito en el juicio oral respondió a tal cuestión de inexistencia de interés público, de manera tajante, que NO ERA ESA SU CONCLUSIÓN. Y nos da cuenta la sentencia de instancia que el perito prosiguió *añadiendo que del conjunto de la documentación se deducía que había un interés público en la modificación del planeamiento puesto que se*

*plasmaba (entiende el Tribunal que a través de los párrafos arriba expuestos de los puntos 2 y 8 de la Memoria) la idea de **un hotel de proximidad al Palau como eje cultural**. Y que en la respuesta del perito en el juicio ya se dice que las conclusiones del informe pericial fueron consecuencia de que ellos sí **tuvieron a su disposición el contrato de venta a "Olivia Hoteles"** y, por ende, **sabían** que esas fincas eran titularidad de tal empresa. Remarcan que el Interés Público estaba latente en la memoria pero, precisamente por ser propiedad de una empresa, se tenía que haber explicitado más, había de completarse .*

Cabe subrayar que la sentencia recoge este particular de las respuestas *“que tilda de contundentes”* en el juicio oral: *Yo **no digo en ningún, párrafo de mi Dictamen que no hay vinculación entre el Hotel y el Palau ni que el proyecto del hotel no esté justificado sino que no lo está suficientemente y debería de haberse completado, que no es lo mismo.***

Es decir el informe pericial no excluía el interés público sino que solamente reclamaba que, el efectivamente existente, debía hacerse más explícito.

Así pues la nueva sentencia de la instancia viene a dar plena respuesta a las tres tachas que fundaban el previo reproche casacional de defecto de tutela judicial y lo hace de manera que el mismo no cabe seguir manteniéndolo en lo que a este apartado se refiere.

5.- Reitera la sentencia de instancia su tesis sobre la cuestión relativa a la exigencia de publicidad de los términos del convenio de 8 de marzo de 2006 durante el expediente. Pero ya dejamos adelantado que la previa sentencia casacional no hace depender de tal dato la imputación del delito de prevaricación, reconduciendo a la inocuidad en cuanto a tipicidad penal tal premisa fáctica.

6.- El tercero de los reproches que dieron lugar a la casación de la primera sentencia de la instancia era el de la banalización, en lo penal, de los actos de tramitación del PMU (plan de mejora urbana). Del que dimos cuenta en el apartado 1 de este fundamento jurídico bajo la letra A).

La sentencia ahora recurrida reitera que la Fundación, antes de la presentación formal de la (primera) propuesta de la modificación puntual del P.G.M. el 13.03.07, **debió de notificar** los contratos suscritos con "Olivia Hoteles.", es decir, el contrato privado de 20.12.06 y las dos escrituras públicas de fecha 12.07.07 en las que se concretaba y desarrollaba dicho contrato privado, a fin de que la Generalitat les diese su Vº Bº. Así como que 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.

Centra su argumentación la sentencia recurrida en una tesis previa: la aprobación **inicial** por el acusado Sr. García Bragado, previa propuesta del Sr. Massaguer e informe previo emitido por Lambies, **no constituye ninguna Resolución a efectos del delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal.**

Reitera la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de resolución en el delito de prevaricación, establecida en la STS que cita nº 309/2012 de 12 de abril.

Y aplica la misma doctrina al acto de **la aprobación inicial**, ahora ya no del PGM, sino **del PMU**, que tuvo lugar por Decreto del Sr. García Bragado en fecha 13.07.09, para concluir que es un **acto de mero trámite**, porque no decide sobre el fondo, ni mucho menos con carácter ejecutivo. Debe de tenerse en cuenta que los instrumentos de planeamiento urbanístico pasan por diversas fases (aprobación inicial, provisional y definitiva) y durante las mismas están sujetas a modificaciones, tras las correspondientes alegaciones efectuadas en la

exposición pública, hasta que se adopta la Resolución final, que es la Resolución definitiva, con contenido decisorio y, a la postre, la Resolución a la que se refiere el artículo 404 del Código Penal.

Lo que lleva a la sentencia a concluir que **mal puede decirse que cometieron delito de prevaricación en esta aprobación inicial**, delito del que tampoco se indica por la acusación la injusticia o arbitrariedad de tal aprobación, puesto que la justificación sobre la necesidad de ejecutar un hotel vinculado al Palau de la Música era la misma que en la modificación del PGM y del cual el PMU es una derivación sobre el terreno; argumentación que, aunque insuficiente y, a falta de ser más desarrollada o completada, no puede equipararse a una falta de justificación absoluta a los efectos del delito de prevaricación, como ya hemos analizado, por lo que tampoco en este particular cabe considerar que la segunda sentencia ahora recurrida incurra en denegación de tutela judicial.

7.- Así pues, tras este examen del contenido de la nueva sentencia de instancia y su acomodo a las exigencias que se le impusieron en la anterior de casación de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, procede que pasemos a examinar los diversos recursos que contra la segunda de la instancia han sido formulados.

Recurso del Ministerio Fiscal

SEGUNDO.- 1.- El Ministerio Fiscal, en el primero de los motivos, reitera su tesis de que el Tribunal de instancia persiste en la denegación de la tutela que ya se le reprochó en la previa sentencia de casación a que hemos venido haciendo referencia.

Afirma que existe un dato de hecho esencial para la acusación: Los acusados —todos— se pusieron de **acuerdo en ocultar**, en la tramitación administrativa, **la real finalidad especulativa** por la que se pretendía la modificación del plan

urbanístico. Que la misma era solamente obtener **un beneficio privado** en la venta del solar afectado a un tercero, que no el interés público. En términos del motivo, lo que se acabaría consiguiendo es la existencia de un hotel JUNTO AL PALAU, pero en modo alguno un hotel DEL PALAU. De ahí que el beneficio procurado será para todos los acusados, y no solamente para los condenados.

Entiende el Ministerio Fiscal que, para ello, todos los acusados **ocultaron la existencia de una transmisión de propiedad** ¬que todos conocían¬ de los terrenos, que se llevó a cabo una vez firmados los dos convenios de 8 de marzo de 2006 y 24 de octubre de 2006 y antes de la aprobación definitiva del plan a instancia de la propuesta de 13 de marzo de 2007.

Reprocha a la sentencia que niegue ese *conocimiento* en todos los acusados, además de en los penados, así como la *ocultación* de tales datos a quienes ¬no acusados¬ decidieron la aprobación de la modificación. Entendiendo que, de constarles la información oculta, la *resolución habría sido de diverso signo*. Es decir se habría denegado la modificación por ser solamente funcional al lucro privado. Es decir que tal "**enmascaramiento**" de la realidad era esencial por su **transcendencia jurídica**.

2.- El reproche de vulneración del derecho a la tutela judicial se hace otra vez por considerar que es **arbitraria** la **argumentación** de la sentencia sobre el conocimiento por los acusados y la trascendencia de la ocultación.

Enumera el motivo todos los elementos no valorados o valorados arbitrariamente que llevaron a la sentencia de instancia a su impugnada conclusión.

Entre ellos resalta la *incongruencia* de mantener en esta segunda sentencia de la Audiencia la tesis de exclusión de consciente ocultación de la finalidad lucrativa privada, pese a *admitir que los coacusados absueltos de la*

prevaricación conocían los términos del contenido del acuerdo o Convenio de 8 de marzo de 2006, que, insiste el Ministerio Fiscal, ya evidenciaba la finalidad no disimulada de vender la finca urbanísticamente afectada por la modificación a un tercero. *Ocultación* que, presupone el motivo, era *ilícita*, ya que era obligada jurídicamente la aportación de la documentación relativa a los convenios, también el de 8 de marzo de 2006, y la relativa a las *transmisiones* de las parcelas rectificadas a un tercero privado referidas en las escrituras de 12 de julio de 2007.

Reprocha a la **sentencia que no afirme la inexistencia de un interés público** en la modificación urbanística. Ni el disimulo del interés lucrativo privado.

De lo que, al fin, colige que tal construcción de la decisión impugnada implica una **vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva**, al **excluir arbitrariamente** (de manera contraria a la lógica y al sentido común) la finalidad falsaria y su funcionalidad a la prevaricación cometida mediante la común decisión administrativa de recalificación urbanística.

Pide, en fin, que se anule nuevamente la sentencia de la Audiencia y se le ordene dictar otra *"acorde con los parámetros de imparcialidad, sentido común (sic) y la lógica que son los que han de presidir la actuación judicial"*.

TERCERO.- 1.- El derecho a la tutela judicial efectiva es aquí invocado por el Ministerio Fiscal, en el primero de los motivos de su recurso, desde la perspectiva de su específico contenido que garantiza el **derecho a una resolución (razonablemente) motivada**.

Por ello debemos comenzar por recordar la configuración de tal contenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha sido reiteradamente acogida por este Tribunal Supremo.

En primer lugar delimitándolo desde un punto de vista negativo. Es decir de lo que **no garantiza** ese derecho.

Así es constante la advertencia de que la exigencia de la motivación en Derecho de la resolución judicial **no incluye un pretendido derecho al acierto** judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (SSTC 56/2013; 99/2015).

Si bien el desacierto puede implicar, en su caso, que afecte a otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2).

Desde una perspectiva positiva el derecho a la tutela, en su aspecto de derecho a una resolución motivada en derecho, exige:

a) Que sea consecuencia de una **exégesis racional** del ordenamiento, lo que implica que la argumentación **no pueda ser** tildada de **manifiestamente** irrazonada o irrazonable, o incurra en un **error patente**. 99/2015 de 25 de mayo

b) Que no sea fruto de la **arbitrariedad**. Es decir que no sea fruto solamente de la voluntad de quien la dicta, porque la aplicación de la legalidad se reduzca a una **pura apariencia** (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por **puro capricho**, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan **mera expresión de voluntad** (STC 101/2015; 215/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 215).

c) Dada la funcionalidad de este derecho, la motivación ha de cumplir con la necesidad de permitir **conocer cuáles han sido los criterios** jurídicos que fundamentan la decisión (STC 50/2014 de 7 de abril 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero de los **criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*** (SSTC 101/2015 de 25 de mayo; 119/2003, de 16 junio (RTC 2003, 119) 75/2005, de 4 abril (RTC 2005, 75) y 60/2008, de 26 mayo (RTC 2008, 60).

Desde la perspectiva de la actividad probatoria, el contenido de este derecho constitucional **no implica** que su invocación abra el camino, como si la casación, al igual que el amparo constitucional, fueran una nueva instancia, para proceder a un nuevo juicio sobre los hechos y a una **nueva valoración** de la prueba que sustituya la ya realizada por los órganos judiciales (SSTC 31/1981, de 28 de julio 55/1982, de 26 de julio, 164/1998, de 14 de julio, 174/1985, de 17 de diciembre, 136/1999, de 20 de julio y 40/2000, de 14 de febrero, así como AATC 30/1981, de 11 de marzo, 125/1982, de 24 de marzo, 294/1983, de 15 de junio, 436/1984, de 11 de julio, 484/1984, de 26 de julio, y 345/1991, de 15 de noviembre).

Exige eso sí, el acceso al medio de prueba. Porque la temática probatoria, aunque esté garantizada por un específico derecho, no deja de estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 50/1988 [RTC 1988\50], 357/1993 [RTC 1993\357], 246/1994 [RTC 1994\246] y 110/1995 [RTC 1995\110], 189/1996 de 25 de noviembre)

E implícitamente en tal aspecto exige también la valoración, **sin arbitraria prescindencia, de la prueba practicada**.

Y, por otra parte, obliga a dilucidar si **las inferencias lógicas** llevadas a cabo **no han sido irracionales, arbitrarias, erróneas o absurdas**. Aspecto en el que cabe dar por reproducir el canon que expusimos en relación a la motivación en

Derecho. Cuando no se dan esas infracciones, la credibilidad concedida por el órgano judicial a un determinado instrumento probatorio se sitúa en un plano ajeno al de esta garantía constitucional (STC 207/2001 de 22 de octubre).

Ahora bien, cuando de sentencias absolutorias se trata, ese control de la valoración, si no se da aquel componente de arbitrariedad, no puede amparar el reclamo de que se apadrinen conclusiones de valoración como fundamento de una condena pretendida pero no recaída, pretensión que se asemeja más a la denuncia de vulneración de una inaceptable presunción de inocencia invertida. Y es que no existe el derecho a la condena, como sí existe el derecho de libertad que implica la absolución, cuando el resultado probatorio lleva al espacio de la duda, incluso siendo razonable la conclusión pretendida por la parte que insta la condena.

2.- El Ministerio Fiscal pone ahora el acento más en las *conclusiones* probatorias que en la *prescindencia* de valoración de medios de prueba practicada. Y es que en la segunda sentencia, como hemos dejado expuesto, (apartado designado bajo la letra B en el primero de los fundamentos jurídicos) se procede ya a un minucioso examen de aquel bagaje cuyo menosprecio en la primera resolución de la Audiencia le fue reprochado por nuestra anterior de casación.

Y lo hace en relación al mismo hecho central de su acusación: el **conocimiento por todos** los acusados, y no solamente por los dos penados, del disimulado dato de **la venta** de los terrenos afectados por la resolución administrativa de mutación urbanística de terrenos. Dato cuya relevancia deriva de que esa venta **eliminaría el interés público**, al que aquella mutación era funcional, **predeterminando la ilicitud de la resolución** administrativa tipificable de prevaricadora, por su aparente fundamentación en un simulado interés público que disimulaba el privado de los delincuentes conjurados. De

suerte que, de no incurrirse en ese defecto de tutela, **todos** los acusados habrían de ser considerados responsables de la **prevaricación**.

Se trata pues de saber si la fundamentación de la sentencia merece el reproche que, con tan inusitada desinhibición, le atribuye el Ministerio Fiscal.

El propio recurrente reconoce que la sentencia, la segunda de la instancia, varía respecto de la primera precisamente en el aspecto de no excluir ya el conocimiento por los demás acusados (salvo el Sr. Lambies) del convenio de marzo del año 2006. Incluso que en sede de fundamentación jurídica la segunda sentencia admite que "de ese convenio se deducía que se iba a proceder a la venta a un tercero".

El reproche consiste ahora en no proclamar que, por ello, al derivarse de tal convenio, era notorio que la empresa privada sería dueña del hotel desvinculada de toda imposición por parte del Palau, dato del que colige el ilustre Fiscal una **finalidad especulativa**, enmascarada eso sí, por la persistente mendaz indicación en la tramitación administrativa de que la titularidad de los terrenos era de la Fundación.

El acento del motivo no se pone ahora en la afirmación del conocimiento "ya apenas discutido" sino en la **ocultación** de lo conocido.

Y el reproche no se hace con ahorro de epítetos descalificadores sin ambages del Tribunal de instancia de quien llega a decir que, con su discurso expositor de la valoración probatoria actúa de manera *"arbitraria y parcial....para favorecer a los acusados"* y que el Tribunal *"mira hacia un lado, pero no hacia aquel que perjudica a los acusados"* o que *"el Tribunal ha buscado por todas las vías valorar la prueba de modo parcial y arbitrario para así absolver a los acusados, manteniendo el fallo absolutorio de la sentencia casada"*. No consta que el desahogo de quien tal juicio emite se siguiera de un coherente

cumplimiento de su deber para formular la oportuna acción penal contra los destinatarios de la descalificación. Quizás porque, como veremos, en esas expresiones había más de ese desahogo que de corrección.

Ciertamente la tesis de la sentencia de instancia no es la única. Cabe incluso admitir la hipótesis de que no sea la más asumible. Argumenta la sentencia de instancia así: es obvio que la Fundación había de encomendar la construcción y la *explotación del hotel a una empresa adecuada. Pero entiende la sentencia que ello no exigía necesaria transmisión de la propiedad* del terreno. Caben otras fórmulas (ceder derecho de superficie o arriendo). Por lo que la documentación examinada, aunque permite a quien la conoce colegir aquella presencia del tercero, no lleva necesariamente a dar por acreditado que el conocimiento de los documentos, que recogen los convenios urbanísticos, lleve ineludiblemente al conocimiento de la existencia de una venta. Y esta tesis no es en modo alguno contraria al sentido común.

Remitiéndonos a la clave del sentido común, a la que con tanto entusiasmo nos remite el Ministerio Fiscal, no parece que se acomode al mismo **vincular tales conocimientos con la conjura** de los así avisados para la articulación **de una falacia de disimulo** cuando la Generalitat era uno de los otorgantes del tan citado convenio de marzo de 2006, al que parece considerarse fragua de los más espurios planes especulativos. A salvo eso sí, que se estime que quien firmó el convenio en nombre de aquella «L'Honorable senyor Antoni Castells, Conseller» se había conjurado, incorporándose, con promesa de silencio, a la delictiva conspiración dirigida al lucro privado sin beneficio alguno del interés público. O de que se estime que frívolamente firmó el convenio sin leerlo ni preguntar sobre su contenido y alcance. Tanto más cuanto que la Generalitat había de participar en el segundo convenio de octubre de 2006, en el que ya se integró el Ayuntamiento a través de su representante L'Ilm Sr Xavier Cassas i Masjoan, Primer Teniente de Alcalde. Y sin olvidar que ambas instituciones habían de intervenir en el procedimiento de mutación urbanística escenario en el

que, según el Ministerio Fiscal, se iba a producir la maléfica ocultación de designio contrario a los intereses públicos, que precisamente una y otra institución gestionan.

También, desde el sentido común, entendiendo por tal la información que resulta de la general experiencia, se puede cuestionar esa conspiración de silencio sobre la transmisión de la titularidad dominical de los terrenos, clave del demoníaco interés privado, que parece que en el recurso se estima por definición incompatible con el público. En efecto, antes de la segunda propuesta de modificación de planeamiento (febrero de 2009) las partes no consideraron disfuncional para su eventual criminal propósito registrar aquella venta dos años antes (¡en julio de 2007!) en el Registro de la Propiedad, regido por el principio de publicidad.

Además el otorgamiento de las escrituras sobre la venta (o, si se quiere, cesión de derechos) a "Olivia Hoteles" no podía ser ajeno al Patronato de la Fundación en la que se integraba la Generalitat y el Ayuntamiento, junto con el Estado y la Diputación, lo que hace harto cuestionable la pretendida estrategia de ocultación que con tanto énfasis da por existente el Ministerio Fiscal.

La misma necesidad de la ocultación para los acusados es también harto dudosa. Bastaría con llevar a cabo la venta después de obtenerse la modificación del planeamiento y, hasta ese momento, llevar a cabo un pacto bajo condición suspensiva de tal aprobación. Lo que de hecho no ha sido del todo prescindido. La misma adquisición por la Fundación en su pacto con La Salle, que vincula a quien adquiere de aquélla, llevó a cabo la tradición de lo vendido, bajo el régimen del entonces vigente artículo 277 del derecho civil catalán, (manteniendo La Salle la posesión interina en nombre de la cesionaria) pero de tal suerte que la cesión se condicionaba a la realización de las obras a favor de la cedente, que se reservaba una facultad de resolución automática (sic) en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la Fundación (o quien la sucediera).

Aunque ciertamente tal condición era resolutoria y no suspensiva, era en todo caso condición que hacía no irreversible el dominio adquirido. Pero, además, se añadía en el mismo contrato con La Salle una condición, esa sí suspensiva, de obtención de licencias por parte del Ayuntamiento respecto de previsiones figuradas en anexos del contrato.

Pero es que también el contrato con el Sr. Valderrama, que actuaba por "Olivia Hoteles", establecía la condición suspensiva de la obligación de entregar determinadas cantidades a la Fundación, consistente en la obtención de la modificación puntual del Plan GM. Y también se condicionaba suspensivamente la obligación de entrega de determinadas plazas de garaje en el futuro edificio.

Todos estos pactos ponen de manifiesto que bien podría haberse acudido a mecanismos jurídicos que, por no implicar inmediata entrega del dominio garantizaran, mediante la correspondiente fiducia, el mismo resultado final, lo que hubiera permitido figurar a la Fundación, lícitamente, a todos los efectos como titular del citado dominio. De suerte que al no recurrir a esos mecanismos no parece que la intención de los acusados fuera una ocultación fraudulenta o maliciosa.

Y son esos pactos los que merecen atención para leer en clave diferente el dato de que fuera la Fundación la que asumiera el protagonismo de instar e impulsar el procedimiento de modificación del planeamiento y el PMU. En efecto en la segunda de las escrituras pública de 12 de julio de 2007, **sin que el Notario advirtiera de ilegalidad ni los aquí recurrentes afirmen su concurrencia**, se recogía una cláusula en la que el cesionario ("Olivia Hoteles") de los derechos de la Fundación llevaba a cabo contraprestaciones económicas (plazas de garaje y un local) a favor de la Fundación para que ésta continuara asumiendo tal legitimación activa en el procedimiento administrativo.

Lo que, además de no ser modelo de una estrategia de ocultación, cabe entender como una forma de apoyo a la iniciativa dirigida a conjurar la eventual interpretación de que la cesión, decidida y pactada en la escritura anterior de la misma fecha, supusiera un abandono del interés en la modificación por parte del Palau y de la Fundación. **Apoyo que en modo alguno cabe equiparar a ilícita influencia en quienes habían de dictar la necesaria resolución.**

3.- En todo caso, el conocimiento de la existencia de esa venta, como previsible o como consumada, y su disimulo o enmascaramiento no tienen ineluctablemente la trascendencia jurídico-penal que el representante del Ministerio Fiscal le atribuye en su encendido escrito. Resultara, o no, la publicación exigible, jurídicamente en lo administrativo.

Ciertamente nuestra anterior sentencia de casación en esta misma causa consideraba relevante la constancia, para quienes hubieran de decidir, del dato sobre la titularidad de los terrenos por su incidencia en la vinculación del hotel con la Fundación. Pero aquella sentencia partía del informe pericial, que la sentencia describía como Auditoría y en el que llevaba a cabo una exposición que en la actual sentencia recurrida ha sido sensiblemente incrementadas con aspectos allí no glosados. Lo que se traduce en la exigida enmienda de la, en la previa de casación, reprochada insuficiencia en la motivación

Se expresaba la insuficiencia *de la motivación en lo relativo a la justificación de la necesidad, oportunidad y conveniencia de la modificación propuesta.* La primera sentencia reflejaba como expresión de dicho informe que: *sobre la voluntad del promotor de mejorar las prestaciones del Palau de la Música, al dotarlo de una instalación hotelera próxima, tal voluntariedad no permite deducir que la actuación sea necesaria y oportuna al no quedar suficientemente definidas la vinculación y las prestaciones que el hotel le proporciona al Palau; que ulteriormente precisa que ni siquiera de manera aproximada se describen*

las prestaciones, vinculación y servicios complementarios que la instalación hotelera aportaría a las actividades culturales del Palau.

Partiendo precisamente de esa premisa pudo decir la sentencia casacional que era *obvio el error patente en que incurre la resolución recurrida con la aseveración de la inocuidad de la plasmación de la titularidad de las fincas cuya calificación urbanística se trocaba.*

Ocurre que, como hemos dejado expuesto en el apartado 2 del fundamento jurídico primero, al contestar al apartado C) de los que dieron lugar a la estimación de la pretensión de nulidad, aquel informe pericial aparece ahora más ampliamente glosado en la segunda sentencia de la instancia.

Como expusimos en ese lugar, sabemos ahora y no se estableció así en la anterior sentencia, que el informe pericial, aclarado en el juicio oral, **no excluía** el interés público, sino que solamente reclamaba que, el efectivamente existente, debía hacerse más explícito.

Y desde luego tampoco encontramos razón para concluir que el interés para la Fundación derive menos de su **existencia en la proximidad** del Palau que de la vinculación, en no se dice que términos, con la voluntad de la gerencia del Palau.

Por ello, y por lo que diremos en el siguiente fundamento jurídico al examinar lo relativo al delito de falsedad, estimamos que también en este particular la sentencia de la instancia está lejos de acudir a arbitrariedades, o, desde luego, a sugeridos ocultos intereses en la absolución de los acusados, como para estimar que la ocultación de la titularidad de los terrenos tendría por finalidad determinar con mendacidades la voluntad de los que habían de definir las nuevas condiciones urbanísticas de los terrenos.

Para determinarlos jurídicamente, porque, como dice la nueva sentencia en consonancia con la más amplia valoración de la pericia, jurídicamente la modificación del planeamiento no era tributaria de la identidad del titular del terreno.

Y tampoco necesariamente tendría la finalidad de determinar a quienes iban a decidir desde criterios de oportunidad al momento de emitir el voto. Es revelador el texto del recurso promovido por la asociación de vecinos del casco antiguo que recoge antecedentes del proceso seguido en el debate sobre la propuesta de modificación del planeamiento: el debate ciudadano es introducido en ese proceso ante la insistencia de la Concejala del Distrito de la Ciutat Vella, doña Itziar. Pero esa plausible inquietud traducida en deseada participación nada tenía que ver con la titularidad del terreno. Ésta era, en todo caso, privada, como lo es la Fundación, por muy entrañable que sea tal institución para el sentir de los ciudadanos de la ciudad. Lo que motivó la más que comprensible inquietud, motora de la resistencia a la propuesta, fue **la preocupación vecinal por la saturación de usos hoteleros en el Distrito, que hacía temer que el casco histórico de Barcelona se convirtiera en un parque temático para turistas.**

Pues bien, si algo permaneció explícito, de manera tan persistente como inequívoca, en todas las propuestas de la Fundación era precisamente que se pudiera construir un hotel cerca del Palau. Y, pese a ello, La Comunidad, el Ayuntamiento, el Patronato de la Fundación, y los órganos administrativos que tomaron las decisiones, consideraron que era de interés público la erección del hotel que se pedía en la propuesta de modificación de usos en el planeamiento. Fuera o no ese el deseo de los ciudadanos. Lo que por otra parte hizo cognoscible la indudable democratización del procedimiento seguido.

No es baladí a estos efectos recordar la causa por la que se claudicó en la prosecución del procedimiento de PMU. Una vez aprobada la modificación del PGM en abril y julio de 2009 y precisamente a finales de este mes de julio de

2009, se requiere a la Fundación (tras la entrada y registro en el despacho del Sr. Montull en causa criminal por otros hechos) para que aporte los documentos de la transmisión de propiedad de los terrenos. Y **se cumplimenta ya por la nueva gestora** de la Fundación. Pero lo que entonces no se cumplimenta es otra exigencia, ajena a la cuestión de la titularidad: la **propuesta de viabilidad económica** del planeamiento. Y es su **no aportación la que determina la no prosecución** de modificación del PMU. No el ya "supuestamente revelado" cambio de titularidad, que, pese a ser conocido, no impidió que se continuara con ese otro trámite. Haciendo otra vez cuestionable el tan reiterado discurso de la esencialidad del ocultamiento de la venta de los terrenos. Cuestión que no se desvanece porque la razón de la no aportación del plan de viabilidad se debiera a discrepancias entre la nueva gestora y el nuevo propietario.

4.- Por lo que se refiere a la denuncia de vulneración del derecho a la tutela, también en cuanto a la pretensión de prevaricación en el expediente del PMU, ya hemos dejado expuesto como la sentencia justifica en Derecho la desestimación. En la medida que no cabe aquel delito sin resolución y no tienen tal carácter las resoluciones de mero trámite no cabe hablar ahí de prevaricación porno haberse rebasado la aprobación inicial. Sin que se estime que ningún otro acto de los producidos en tal marco procedimental tenga relieve de antijuridicidad penal En concreto de falsedad por las mismas razones que excluye tal delito en el otro expediente de reforma puntual del PGM.

Por todo lo anterior el motivo debe ser rechazado.

CUARTO.- 1.- El segundo de los motivos denuncia, como vulneración de precepto penal al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la no calificación del comportamiento probado que se imputa al acusado Lambies como delito de falsedad del artículo 390.1 4º del Código Penal.

Los informes que la sentencia atribuye a este acusado, emitidos el 8 de abril de 2008 (favorable a la aprobación inicial del PGM) y 14 de abril de 2009 (favorable a la aprobación provisional del mismo PGM) manifestaban que las fincas de la calle Sant Pere Més Alt a transformar urbanísticamente eran propiedad de la Fundación. Lo que no solamente **no era veraz**, sino que era **mendaz** pues **sabía el informante** que ya habían sido vendidas a "Olivia". Y tal dato sería de indudable **repercusión jurídica** en orden a la resolución a la que precedían.

Recuerda que en la precedente sentencia casacional, que anuló la primera de la instancia, se afirmó que el cambio de titularidad de las fincas, que se destinaban a uso hotelero, acarrea una absoluta **desvinculación del hotel con el interés cultural público** que posibilitaba la modificación del PGM Y también recuerda que aquella sentencia de casación señala que la "cesión de derechos", que equivalía a la venta por el Palau a "Olivia Hoteles", de las fincas destinadas a hotel, no se recoge en las correspondientes Memorias e informes, sino que sigue manifestándose como propiedad de la Fundación del Palau. Y proclama como error patente que la primera sentencia de instancia recurrida a asevere la inocuidad de la plasmación de la titularidad de las fincas cuya calificación urbanística se trocaba.

En su motivo el recurso reprocha a la sentencia ahora recurrida que lleve a cabo una alteración en lo tocante a la **valoración de la trascendencia jurídica de la mendacidad** que se tiene por probada.

2.- En el fundamento jurídico séptimo de la recurrida se argumenta la atipicidad falsaria de la conducta del Sr. Lambies, de quien recuerda su condición de Director Jurídico de urbanismo del Ayuntamiento de Barcelona, cuando emite los dos informes citados (de 8 de abril de 2008 y 14 de abril de 2009) ya que, afirma, **no existe prueba de cargo para concluir que Lambies conociera el contenido de ese Convenio de 8.03.08, contenido del que, por otra**

parte y como ya hemos expuesto en el fundamento sexto difícilmente podía deducirse que se iba a transmitir la titularidad de las fincas.

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 Sr. LAMBIES y sin embargo, no hizo constar en su informe tal discrepancia a fin de que los promotores del plan lo corrigieran, que éste lo consideró un dato irrelevante** a efectos urbanísticos dado que como promotor de la modificación seguía apareciendo la Fundación, por lo que continuó con la tramitación.

*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.*

*La sentencia afirma de manera rotunda que todos los **peritos urbanistas** que declararon conjuntamente en el Juicio, coinciden en afirmar que el cambio de **titularidad no afecta a ese interés público.***

La sentencia ahora recurrida, en efecto, en lo que se refiere a la relevancia del dato de la transferencia del dominio de las fincas por la Fundación, conforme acabamos de dejar expuesto, añade importantes matizaciones al informe pericial, sobre la concurrencia de ese interés público y cuyos autores explicaron en el acto del juicio oral (apartado 4 del fundamento jurídico primero).

Atendida dicha pericial, sus contundentes aclaraciones y teniendo en cuenta que fue emitida tras haberse descubierto todo el escándalo del Palau y que los

peritos sabían que las Fincas eran propiedad de "Olivia", este Tribunal concluye que, de los párrafos arriba expuestos, de los puntos 2 y 8 de la memoria, se extrae la motivación de la necesidad de construir el Hotel vinculado al Palau de la Música: se trata de un hotel al servicio de los artistas y de los espectadores, un hotel muy próximo que permita a alojar a orquestas y artistas invitados y al público proveniente de otras poblaciones. Por tanto, un hotel al servicio de La Música. No obstante lo cual, consideramos que dicha motivación, aunque existe, resulta poco desarrollada y debió de ser completada.

A partir de ese reexamen del informe pericial la sentencia concluye que no puede afirmarse la absoluta falta de justificación de la necesidad, oportunidad y conveniencia de esa modificación ni la absoluta falta de vinculación entre el Hotel y el Palau en que se apoyan las acusaciones. Al contrario estima que lo único acreditado es que dicha vinculación, concreción del interés público que justificaba la modificación, estaba explicitada de tal suerte que el único reproche al respecto era la insuficiencia o escasez de la justificación. Pero eso no implica incumplimiento absoluto de lo dispuesto en el artículo 94.6 LUCat.

Añade la sentencia de instancia ahora recurrida una nueva valoración del informe pericial no debida a cambio de criterio sino a mayor abundancia en la exposición del parecer de los peritos en particulares de los que no se hizo mérito en la primera sentencia de instancia que dio lugar a la anterior de casación.

En concreto, considera que los peritos del Dictamen denominado Auditoria, son rotundos cuando abordan la cuestión de la incidencia del cambio de propietario para la modificación del PGM (pág. 918) *"éste es un aspecto de escasa trascendencia jurídica... Como ha declarado reiteradamente la Doctrina jurisprudencia' del TS, el planeamiento urbanístico se planea, modifica o revisa al margen de los propietarios de los terrenos afectados, en tanto que el urbanismo es una función pública... En este sentido, el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario, resultante de su vinculación a finalidades*

concretas. Es la propiedad la que queda vinculada a la ordenación urbanística y no al contrario... Por este motivo, la transmisión de las fincas afectadas por la modificación del planeamiento a "OLIVIA" no altera ni el procedimiento a seguir para su modificación ni tampoco el objeto y la justificación de la ordenación aprobada...Porque, en cualquier caso, el nuevo propietario se subrogaría en las obligaciones de la propiedad y materializaría el objeto del proyecto que era lo verdaderamente relevante".

Y así se afirma que, fuera quien fuera el propietario de las Fincas, lo determinante era que el hotel debería de estar vinculado al Palau en el sentido de que sirviera para alojar orquestas, artistas y espectadores.

También recuerda la sentencia que esta opinión de los peritos en urbanismo, se corroboran con las de los dos miembros de la Comisión de Urbanismo (órgano colegiado competente para la aprobación inicial y provisional, a instancia de las propuestas de los Sres. G^a Bragado y Massaguer) que declararon en Juicio:

Así, el Sr. Puigdollers y Fargas, aunque dijo desconocer, al votar que el propietario era " OLIVIA", añadió que, en todo caso, consideró que la construcción del hotel vinculado al Palau para las finalidades expuestas de alojamiento era de Interés público. Y mucho más rotundo se mostró el Sr. Martí i Jufresa que, aun desconociendo la real titularidad de las fincas, afirmó que " aún de haberlo sabido, al estar promovido el proyecto por la Fundación, hubiera votado a favor porque la construcción de un hotel vinculado al Palau es de interés público, añadiendo que lo determinante era conseguir la finalidad perseguida con la modificación del planeamiento (hotel que sirva para alojar a orquestas y espectadores), independientemente del propietario".

De lo que se sigue que estos miembros de la Comisión que aprobaron la modificación no tuvieron en cuenta quién era el titular de las Fincas porque les

parecía irrelevante, lo que tuvieron en cuenta es ese interés público del objeto del proyecto. Y sin que , en virtud del Principio "In dubio pro reo" podamos deducir que para el resto de los miembros de la Comisión o la Subcomisión de urbanismo si era relevante tal dato, puesto que no declararon como testigos, por lo que lo ignoramos.

Por lo demás, tanto Xavier Casas (1º teniente de alcalde en esa época), el Sr. Hereu (Alcalde en esas fechas) y el Sr. Trías ((portavoz del grupo CIU, que votó a favor) consideran que ese hotel era de interés público. Añadiendo éste último que no sabe lo que hubiera votado de conocer la transmisión de la titularidad de las Fincas a un 3º.

Ya con referencia al *PMU* añade también la sentencia de instancia que esa falta de verdad cometida por Lambies, no tiene trascendencia jurídica alguna, ni siquiera potencial puesto que no causó daño al nuevo propietario. Se trataría de una infracción administrativa subsanable como, de hecho, se subsanó.

Razona la sentencia (pág. 76) que el dictamen pericial de la Auditoría (pág 197) lo afirma así al indicar que la razón de que se indique quienes son los propietarios a los que atañe la propuesta privada de incidencia en el planeamiento es tenerles por "interesados" y en tal condición citarles durante la información pública, además de, llegado el momento notificarles individualizadamente la decisión adoptada.

De lo que se sigue que tal falta de verdad "a sabiendas", dada su intrascendencia jurídica y ausencia de "daño real o potencial", por lo ya expuesto, tampoco es incardinable en el delito de falsedad por el que se acusa al Sr. Lambies. Es evidente que la adquirente "Olivia" Hoteles estaba informada sobradamente.

Tal argumentación de la sentencia, no solamente excluye la tacha de desconocimiento del derecho a la tutela de los acusadores, sino que justifica la inexistencia de la infracción o vulneración de norma penal alegada en este motivo.

Desde luego partiendo de los hechos tal como han sido declarados probados en la sentencia (segunda de la instancia) aquí recurrida. Ciertamente en esa declaración se afirma la emisión –en 8.04.2008– del informe por el Sr. Lambies conteniendo la no veraz indicación de la titularidad de los terrenos por la Fundación, pese a constarle –desde el 27.02.2008– que ésta ya no tenía tal titularidad. Pero, en el fundamento jurídico séptimo, la sentencia también afirma que este acusado no hizo constar la no adecuación a la verdad del punto cinco de la Memoria acompañante de la propuesta porque **entendía que era irrelevante**. Eso determina la **atipicidad** del comportamiento descrito, pese a que de éste derive tanto la falta de verdad con la consciencia de la misma. Y ello porque el delito de falsedad requiere además la consciencia de la relevancia jurídica de la inexactitud y la voluntad de proclamar el enunciado mendaz pese a ello. Es decir *requiere el dolo falsario*.

Pues bien, en la medida que el *hecho probado no afirma la concurrencia de este dato del tipo*, la absolución no puede revisarse sobre la base de corregir esa laguna conforme a la ya reiterada jurisprudencia que recuerda el veto de revocar decisiones absolutorias, cuando ello exige la modificación del relato fáctico de la sentencia recurrida, sin oír al acusado absuelto el órgano jurisdiccional que impone *ex novo* la condena.

También contrasta la obstinada afirmación por el Ministerio Fiscal, acerca de la trascendencia del dato no veraz, con la *ausencia de inquietud probatoria* al efecto. Por lo demás bien asequible. Bastaría con aportar el *testimonio de quienes decidieron* sobre las consecuencias que habría tenido en su decisión la

proclamación de la titularidad de los terrenos a favor de un ente privado como "Olivia Hoteles".

Como se echa de menos alguna reflexión, para calibrar la trascendencia del dato de la titularidad de los terrenos, sobre la *ponderación de los elementos discrecionales* y reglados a atender en la resolución del expediente de modificación del planeamiento.

Igual reflexión sería oportuna para fundar lo que el Ministerio Fiscal presupone: solamente cabe considerar concurrente el interés público si se construye un hotel sobre terreno propiedad de la Fundación y vinculado en su estrategia empresarial a la voluntad de quienes rigen el Palau. Lo que conlleva la *injustificada consideración de intrascendencia para el interés público*, no solamente de *otros puntos* de la propuesta de modificación que afectan al entorno, sino de la *mera existencia misma de un hotel*, quienquiera que sea su dueño, en la proximidad del Palau, con las consecuencias de favorecimiento en la actividad de éste, al acercar los alojamientos, además de espacios para albergar actividades, de partícipes en la actividad de aquél y de quienes asistan a sus actuaciones. No explica el Ministerio Fiscal por qué la vinculación hotel Palau tendría que ser necesariamente la de estricta dependencia de aquél respecto de éste. Y, mucho menos, por qué además el terreno tenía que ser también de la titularidad de la Fundación para subsistir el interés público en la modificación del planeamiento.

En todo caso, el debate suscitado en el recurso sobre la existencia o no de tal relevancia es ya, en este motivo, irrelevante. Lo trascendente sería aquel añadido subjetivo del dolo falsario. La intangibilidad de lo afirmado por la sentencia al respecto, pese al recurso, hace estéril aquel debate.

QUINTO.- 1.- En el tercero de los motivos se denuncia como vulneración de precepto penal sustantivo la no aplicación del tipo penal del **artículo 390.1.4**

del Código Penal al comportamiento que se declara probado como atribuido a los acusados **Sres. Millet y Montull**.

Según el Ministerio Fiscal dichos acusados hicieron constar datos falsos en relación a la titularidad real de las fincas de la calle Sant Pere Més Alt en las Memorias que presentaron, sabiendo que tal falsedad se trasladaría a las resoluciones que postulaban. Para ello ocultaron en los expedientes el Convenio de 8 de marzo de 2006. Así, dice el recurrente, contribuyeron de manera eficaz, como inductores, cooperadores necesarios o autores mediatos al delito de falsificación de documento oficial que cometieron otros.

El coacusado Sr. Díaz presentó propuestas de modificación puntual, acompañadas de sendas memorias, con mendaz constancia de la titularidad dominical de las fincas, bajo la dirección de aquellos dos acusados.

Y lograron que tal mendacidad se reprodujera sin discusión por los funcionarios intervinientes en la tramitación de los expedientes. Concluye el Ministerio Fiscal que ello implica un claro supuesto de **inducción a los funcionarios para la ejecución de las falsedades**. Inducción que estima el Ministerio Fiscal se logró en relación al Sr. Lambies, aunque **se extendiera** a otras resoluciones. Considera el motivo que la imputación de tal participación es compatible con el dato cierto de que ninguno de los acusados a los que se refiere el motivo redactara por sí las memorias que daban acogida a los enunciados falsos.

La sentencia proclama que ambos acusados 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.

Reitera el Ministerio Fiscal recurrente su disentimiento respecto de la tesis de la sentencia acerca de la intrascendencia o irrelevancia de tal falta a la verdad en ese dato.

2.- Pero la tesis de la sentencia, para llegar a la conclusión absolutoria, se funda en la consideración de que al no resultar acreditado que ninguno de los acusados con carácter de autoridad o funcionario (Sres. García Bragado, Massaguer, Lambies) hayan cometido delito de falsedad, no puede sostenerse la participación de terceros extraños en un delito no cometido por sus autores.

De ahí que el Ministerio Fiscal arguya ahora que sí cabe tal participación si se estima su anterior motivo sobre la responsabilidad penal del Sr. Lambies.

El fracaso de la acusación respecto a ese funcionario conlleva el de igual pretensión respecto de los particulares Sres. Millet y Montull.

Recurso de la Fundación privada del Orfeón Catalán Palau de la Música Catalana

SEXTO.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal impugnan, como error de valoración de prueba el **concepto por el que se declara probado que se hizo entrega por el Sr. Valderrama a los penados de la cantidad de 900.000 euros.**

Entiende la recurrente que únicamente era plausible declarar que la entrega se debiera o bien a pago de parte del *precio* de las fincas o bien a pago de *honorarios* del despacho de arquitectura.

2.- La sentencia **acoge** que el pago era en concepto de **comisión** exigida por los penados **en concepto de personas físicas** a la entidad compradora de las

fincas ("Olivia"), como dádiva **para enmascarar la titularidad** de las fincas, tesis que el recurrente considera que no mantuvo ninguna de las partes.

La sentencia, en efecto, dice que, **descarta** que la entrega obedezca a una **comisión** entre particulares **para la adjudicación del proyecto** a "Olivia Hoteles" en vez de a otros competidores (hecho impune a la fecha del hecho y que, tras la Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio, es punible en el art. 286 bis del Código Penal).

En segundo lugar, también **descarta** que la entrega forme parte del **precio** de la venta de las fincas. En tal caso ese dinero pertenecería a **la** Fundación (vendedora y titular de las fincas) como sostienen tanto el Ministerio Fiscal (en los hechos expuestos al final del folio 9, folio 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.

Estima la recurrente, por el contrario, que la entrega lo era en concepto de pago del **precio a la Fundación** para la cesión de los derechos a "Olivia" sobre las fincas en las que se construiría el hotel. Tal cesión se llevó a cabo mediante el contrato privado de 20 de diciembre de 2006. Y ese concepto (*cesión de derechos*) es diverso del pago por *transmisión de propiedad*.

3.- La lectura del escrito de calificación de esta recurrente permite conocer que en la construcción de su imputación, partía de que los acusados recibieron la citada cantidad de 900.000 (en realidad 895.000) euros para que aquella ("Olivia Hoteles") fuera la adjudicataria del proyecto. Lo que ya hace poco comprensible la asimilación al concepto de precio. Incluso de "sobre precio".

Pero lo cierto es que, en todo caso, el supuesto error de la sentencia, atribuyendo la entrega al concepto de comisión por ocultación de la verdadera titularidad de los terrenos, no se acredita por documento alguno que merezca tal

calificación a los efectos del invocado artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Desde luego, como hemos dicho de manera unánime y reiterada, documento no lo es el papel que instrumenta la constancia de actos de naturaleza personal. En concreto el acta del juicio, que documenta esa actuación dentro del procedimiento, es totalmente ajeno al concepto de documento casacional.

Por otra parte la sentencia funda la atribución del pago a la finalidad antes dicha, excluyendo otras finalidades, y particularmente la alegada por esta acusación, partiendo de varios medios de prueba, no solamente documentales. Así, la sentencia atiende a la inexistencia de otras partes interesadas en el proyecto, que haría absurdo la entrega en tal concepto de comisión o sobreprecio por la adjudicación, que no era disputada. Argumentación de la sentencia que el recurrente transcribe en su recurso.

De ahí que no quepa proclamar el error al no cumplir el motivo las exigencias de invocar un documento propiamente tal y que, además, por sí solo, sin contradicción por otros medios, acredite como verdadero el enunciado que propone el recurrente.

Los documentos invocados (C 4, folio 377 a 381 y C 8 folios 4 y 5) son las cartas enviadas a empresarios interesados en la adjudicación y el documento redactado por el coacusado Sr. Montull dando cuenta del resultado de las negociaciones. También invoca la carta que el 31 de enero de 2007 dirige el acusado Sr. Montull al arquitecto Sr. Díaz con el presupuesto de la obra que ya incluía los honorarios de éste. Y la nota manuscrita sobre distribución de los 15.000.000 de euros (C 9 folio 3) .

De tales documentos infiere el recurrente que los penados exigían una cantidad de dinero en "B" que a la fecha ascendía a 700.000 euros.

Pero ni éstos documentos, ni los demás que cita el recurso, llevan por sí solos a la conclusión que quiere avalar el recurrente. Así lo reconoce este mismo cuando se ve obligado a incluir en su recurso que "dichos documentos deben valorarse en relación con el esto de acontecimientos y hechos que realizaron los acusados..." No cabe mejor expresión de ausencia de literosuficencia de tales documentos para probar **por sí solos** lo que postula quien los invoca. Por ello sin que tal invocación se acomode a la estricta exigencia de la literalidad dela jurisprudencia que aplica el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que tan extensa como atinadamente se transcribe en el propio recurso.

SÉPTIMO.- Ya como vulneración de precepto penal, denuncia la no aplicación del tipo previsto en los artículos 252 y 250.1.6ª interesando al condena como autores de un delito continuado de apropiación indebida.

Resalta que los acusados penados actuaron en nombre y representación de la Fundación pese a lo cual hicieron suya la cantidad que recibieron en dos entregas. Y ello deriva, según el motivo de la prueba documental a que se refiere en el motivo anterior.

El éxito de esta pretensión quedaba subordinada al del motivo anterior. Solamente proclamando la naturaleza de la entrega del dinero que se postula cabe concluir que su apoderamiento por los penados incurre en la apropiación indebida de lo que no se les habría entregado para sí, sino para la entidad El Palau.

Se reitera que ninguna parte atribuyó a los 900.000 euros la naturaleza de comisión por ocultar la verdadera titularidad de los terrenos. Pero el examen del escrito de acusación de la Asociación de vecinos en defensa de la Barcelona vieja, sí que dice que esa cantidad se exigió y obtuvo "amb el mateix concepte"

que las cantidades que se entregaban, esas sí, a favor de la Fundación, por seguir actuando en el expediente administrativo como titular.

Afirma el recurrente que los penados siempre actuaron "en nombre y por cuenta de la Fundación", incluso cuando exigieron la discutida cantidad en "B" para ocultar su percepción ante la Fundación. Pero tal aserto no aparece en los enunciados que describen los hechos probados en lo relativo a esta cantidad de 900.000 euros.

Por lo que, a falta de prueba declarada sobre el concepto de la entrega del dinero tal como postula el recurrente, no cabe declarar la existencia del tipo penal de apropiación indebida.

El motivo se rechaza.

OCTAVO.- 1.- Un tercer motivo de este recurrente se refiere a lo que considera un quebrantamiento de forma por contradicción interna de la declaración de hechos probados, o sea entre unos y otros de éstos: **1º.-** entre los enunciados en el hecho único letra A y los de la letra B, y **2º.-** entre los de esa letra B y los descritos en el fundamento jurídico segundo, que pese a su residencia en ese lugar de la sentencia, tiene carácter fáctico..

Los enunciados contrapuestos a que se refiere como 1º son: **(A)** atribuir a los acusados penados la iniciativa e impulso para construir el hotel evidenciándose su voluntad de cometer los delitos objeto de acusación sin reclamo de dádiva y, sin embargo **(B)** considerar la entrega de 900.000 euros como dádiva a los acusados para que ocultaran la identidad del verdadero titular de las fincas.

Los enunciados contrapuestos a que se refiere como 2º son: fijar los cinco indicios en sede de fundamento jurídico desde los que inferir el concepto de la entrega y concluir de manera diversa a como lo hace el recurrente.

2.- Por lo que concierne a la primera supuesta contradicción hemos de recordar que lo que exige el precepto citado que otorga la casación es que entre el contenido de un enunciado y otro exista una incompatibilidad tal que de ser uno veraz el otro ha de ser falso.

La tesis del recurrente no contrapone los dos citados enunciados. Lo que hace el recurrente es oponer las inferencias que estima derivan de uno y otro dato. Pero entonces la contradicción no se da entre los contenidos que la Sala enuncia, sino entre los que el recurrente propone con mayor o menor vinculación a aquellos. Es decir denuncia no una contradicción de discursos sino una diversidad de interpretaciones de ese discurso. Y eso es totalmente ajeno al ámbito de la forma \neg que se dice quebrantada \neg de la sentencia por constituir una impugnación de su contenido, cuyo debate en casación ha de llevarse a cabo bajo otros amparos procesales.

3.- En cuanto a la segunda contradicción es inadmisibles en casación. Y ello porque la contradicción que deriva en justificación de anulación por quebrantamiento de forma debe referirse a enunciados expresados en sede de hechos probados y no entre éstos y los argumentos jurídicos de la sentencia. Es cierto que tales apartados de la fundamentación jurídica se refieren a hechos. Pero no para proclamarlos probados, sino como argumentación de la afirmación que, en la sede correspondiente, se hace de los que sí son declarados probados.

El motivo se rechaza.

NOVENO.- En el cuarto motivo se acude ya a la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial con tacha de arbitrariedad para la motivación de la sentencia. También en lo tocante al concepto por el que se habría hecho la reiteradamente citada entrega a los penados de la cantidad de 900.000 euros.

Damos aquí por reproducido lo que ya dijimos al rechazar la queja de igual naturaleza formulada por el Ministerio Fiscal. En efecto, en lo que concierne a la atribución de la naturaleza por la que se considera hecha la entrega a los penados del dinero por importe de 895.000 euros, cabe el yerro retórico pero en modo alguno sería tachable de pura arbitrariedad de la sentencia ni, menos aún, de inexistente la argumentación al efecto. La exigencia del esfuerzo del recurrente en contraponer su tesis a la de la sentencia es muestra evidente de la razonable particularicen lógica de aquélla.

El motivo se rechaza.

Recurso de la asociación de vecinos para la revitalización del casco antiguo

DÉCIMO.- 1.- En su primer motivo reclama la condena del acusado Sr Lambies por el artículo 390.1.4ª del Código Penal que, al no ser aplicado, considera infringido a los efectos casacionales del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Parte del *fundamento jurídico séptimo* de la sentencia recurrida de donde deriva que la sentencia estima que el Sr. Lambies *faltó a la verdad* en documento oficial cuando narró los hechos y lo hizo *a sabiendas*, en dos informes suyos, de 8 de abril 2008 y 6 de mayo de 2009.

Discrepa de la sentencia que excluye el tipo penal por la **irrelevancia** de la falta de verdad de los enunciados tildados de no veraces de los que dice que no causaron daño al interés público, tanto en relación al PGM como al PMU, siquiera, en cuanto a lo informado en este segundo expediente, la segunda sentencia de la instancia, obligada por la anterior sentencia casacional que anuló aquélla, varía lo dicho en la primera de la instancia.

Invoca en apoyo de su tesis que la anterior sentencia casacional, que anuló la primera de la instancia, consideró típica esa conducta del Sr. Lambies.

Pese a no hacer específica argumentación en la denominada alegación (no motivo) jurídica primera, acaba suplicando también la condena de los otros acusados como responsables criminalmente de un delito de prevaricación.

2.- Dada la identidad de argumentación en relación con el motivo segundo del Ministerio Fiscal, nos remitimos a lo dicho en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia para rechazar este motivo.

Recurso de Félix Millet Tusell

UNDÉCIMO.- 1.- El primero de los motivos se canaliza por el cauce habilitado por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando que se vulnera el artículo 429 del Código Penal que estima inaplicable a los hechos que se declaran probados.

Aunque lo que viene a cuestionar son las inferencias construidas por la sentencia de instancia a partir de "**las comunicaciones**" mantenidas por el acusado. Para ellas propone una consideración contextual de la que derivaría como conclusión que se deben únicamente a "**solicitudes de información**" o a "**muestras de preocupación**" por dilatación en el tiempo de la tramitación administrativa. Actos cuya licitud sostiene el recurrente, tildándolos de "*corrientes*" en la práctica.

Advierte que **el interés público** exigible para la modificación urbanística, **no es incompatible con el privado**, que no tienen por qué excluirse. Era evidente el interés estratégico del Palau en la existencia de un hotel por las sinergias que podía generar en el Palau. Cita la declaración del arquitecto Tusquets en el sentido de que la proximidad física del hotel al Palau potenciaba ambas cosas.

La declaración por la Unesco del edificio del Palau como patrimonio de la Humanidad requería un entorno como "zona tampón", es decir que mantenga o mejore el aspecto del monumento y aquellos alrededores eran en ese tiempo un lugar que se "estaba cayendo a pedazos". Muchos vecinos redactaron un manifiesto a favor de la iniciativa.

Recuerda que la sentencia reconoce que sobre lo que sea el "interés público concurrente", la LUCat no contiene una definición. No es un concepto normativo, reglado, sino que, como también expusieron los peritos de la Auditoria, es el Ayuntamiento –competente para aprobar la modificación– quien ha de establecerlo. De lo que se sigue que se trata de una facultad discrecional de la Administración. Y, en este caso concreto, el Ayuntamiento consideró de interés público que se construyera un hotel en esas fincas vinculado al Palau en el sentido de que sirviera para alojar a profesionales y espectadores.

Ese es el contexto que justifica la iniciativa y en el que la elección de "Olivia Hoteles" para la construcción, dado que la Fundación no se dedica a ello, se debió a que gestionaba otros hoteles con éxito en Barcelona.

De lo anterior deriva, según el motivo, la *adecuación social de las gestiones* que reflejan las comunicaciones declaradas probadas. Recoge el motivo que el entonces Alcalde (Sr. Hereu) manifestó que "eran de las muchas que recibe un alcalde cada día" y que no produjo efecto, ya que se tardó diez meses en producirse la firma. Línea en la que se manifestaron otro Alcalde (Sr. Trías) o D. Francés Tarrats, Director General de Patrimonio Cultural de la Generalitat. A lo que añade el motivo la invocación del testimonio de muchos funcionarios en esta causa.

2.- El debate jurídico sobre la subsunción de los actos que la sentencia describe como privados en la norma que tipifica el tráfico de influencias, en este caso en la modalidad del artículo 429 del Código Penal, ha sido abordado por

nuestra jurisprudencia que realiza una labor, que recuerda la "actio finium regundorum", para delimitar lo antijurídico de lo que no lo es, con independencia de su valoración ética.

Y es que, como recuerda nuestra STS 300/2012 de 3 de mayo: *La consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (art 4 1º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que prohíbe taxativamente la analogía "in malam partem", es decir la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él.*

La labor en el momento jurisdiccional es realmente dificultosa cuando el desempeño de la previa propia del legislador no es capaz de acotar con inequívocidad la conducta para la que impone una pena. Lo que acarrea que la predictibilidad de la condena por el ciudadano en el momento de decidir llevar a cabo una acción no sea suficientemente cierta llevándolo a un riesgo de su decisión que desde el moderno constitucionalismo se quiso conjurar en todas las constituciones democráticas.

De ahí la relevancia de la Jurisprudencia al paliar tal inquietud condicionante del comportamiento del ciudadano, primero, y de la decisión jurisdiccional, después.

Por aquélla se han venido señalando los elementos que tipifican la antijuridicidad punible, diferenciándola de conductas que, socialmente adecuadas o no, no merezcan sanción penal, los siguientes:

a) La **influencia** entendida como *presión moral eficiente* sobre la voluntad de quien ha de resolver (STS 573/202 de 5 de abril) para alterar el proceso motivador de aquél introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (STS 29 de junio de 1994). Siquiera no sea necesario que la influencia concluya con éxito, bastando su capacidad al efecto.

b) La **finalidad** de conseguir de los funcionarios influidos una resolución que genere *directa o indirectamente* un beneficio económico, *para el sujeto activo o para un tercero* entendiendo el concepto de **resolución** en sentido técnico-jurídico. Como recuerda la STS 300/2012, avala esta conclusión la comparación de la descripción de los tipos de tráfico de influencia y los de cohecho. *Si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar*, en donde se hace referencia a cualquier acto contrario a los deberes inherentes a la función pública del influido.

Quedan por ello *fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico (SSTS de 28 enero 1.998, 12 febrero 1.999, 27 junio 2.003, 14 noviembre 2.003, 9 abril 2007, 1 diciembre 2.008, 1 julio 2.009 y 2 febrero 2.011, aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos.*

c) En el caso del artículo 429 del Código Penal, que aquella influencia sea actuada en el contexto de una **situación típica**: la relación personal del sujeto

activo con el funcionario. Lo que hace de éste un delito especial ya que solamente puede ser autor quien se encuentra en dicha situación.

d) Tal tipificación busca proteger la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Referencia al bien jurídico que es trascendente en la medida que sirve como un instrumento valorativo del comportamiento, ya que la indemnidad del bien protegido, por la inocuidad de aquél, debe llevar a la exclusión de su tipicidad. Si la finalidad se refiere a una resolución exigible y lícita podría considerarse socialmente adecuada como razón que excluyera la antijuridicidad, en la medida que, exenta de lo espurio, la resolución no vulneraría el bien jurídico protegido, ya que con la sanción se busca la imparcialidad en cuanto instrumental para la salvaguarda de la corrección jurídica de las decisiones.

Como recuerda nuestra más reciente STS 300/2012 antes citada, en lo que concierne al elemento de la influencia se excluye *las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente.*

De la misma manera que se excluye del artículo 428 la actuación de funcionarios que se dirigen al que ha de resolver incluso siendo superiores si no se abusa de la jerarquía, tampoco basta que un ciudadano trate de influir espuriamente en el funcionario que resuelve si no mantiene con él una relación que deba considerarse de naturaleza "personal" y, además, se prevale de la misma.

3.- Si acudimos ahora a la descripción de los hechos, cuya probanza ha servido al tribunal de instancia para fundar la condena, veremos que, desde la perspectiva de la doctrina que acabamos de exponer, los actos allí descritos no

revisten los caracteres de tipicidad del artículo 429 por el cual viene penado el recurrente.

En primer lugar porque no revelan una **intensidad suasoria** tal que se les pueda atribuir influencia determinante en quienes habían de dictar la resolución pretendida. Esta era, no se puede olvidar, la modificación del PGM y el PMU. Y no las que en el procedimiento seguido al respecto eran necesarias de manera interlocutoria. A este respecto conviene recordar que quien había de adoptar la decisión y, por ello, era el sujeto típico destinatario de la influencia, no eran los funcionarios coacusados. Antes al contrario, la exclusión de éstos como destinatarios de la influencia es inherente a la tesis misma de la acusación que le considera conspiradores conjuntamente con los gestores de la Fundación.

Pues bien, no parece que los actos de los penados que se describen consistentes en trasladarles que "estaban preocupados" o en pedirles "urgencia" (hecho probado A, a,) fueran de **entidad suficiente para domeñar** a las Autoridades competentes para la firma de los convenios: El Conseller o el Teniente Alcalde. La sentencia atribuye a los penados "ascendencia moral" sobre los influidos. Si por ascendencia se entiende una cualidad que erige al que la posee en ser capaz de influir en quienes se relacionan con éste, tal aserto, al atañer a los aquí penados y a las máximas Autoridades representativas del pueblo catalán, queda, en el mejor de los casos sin aval probatorio. Más, si cabe, en el orden moral.

Tampoco parece que tengan tal entidad los actos que se les atribuyen llevados a cabo después de la firma de los Convenios. En primer lugar porque apenas se indica quienes eran los destinatarios recogidos bajo la fórmula más valorativa que descriptiva, de "autoridades competentes" (mismo apartado del hechos probados). En segundo lugar porque entre los destinatarios se hace figurar al Sr. García Bragado y al Sr. Massaguer (fundamento jurídico primero apartado 1 B/ a, y b, y apartado 2 donde les denomina "influidos") que no podían

ser el indicado por la acusación ya que ésta le tenía por codelincuente con los al fin penados. Y mal se puede influir en quien es coautor. Tampoco parece coherente que la sentencia atribuya a esos dos funcionarios, en cuanto miembros de los dos órganos colegiados, tanta influencia como para tildar, en la resolución judicial de aprobación meramente formal, determinada por el peso de aquellos por su "reconocida mayor capacidad técnica". Ello, dado el consorcio mantenido en la imputación por tan distinguidos funcionarios con los penados, debería haber llevado a considerar autor del delito del artículo 428 al menos al Sr. García Bragado, tal como interesaba alguna de las acusaciones particulares.

Ciertamente en el hecho probado se hace referencia a "presiones" dirigidas a la concejal Sra. Itziar al parecer mediante la "denigración" del proceso de participación ciudadana. Pero desde luego la sentencia ni siquiera indica en qué cosa consistiera el hecho que valora pero no describe como *denigrante* de tal proceso. Recoge expresiones en apartado c, del A/ del fundamento jurídico primero apartado 1. Como que le dice que "le quiere comentar la impresión que tienen muchos de los asistentes a favor del hotel en los debates de participación ciudadana" o que ahora mismo acababa de hablar con una periodista a la que comentó el penado "que encontraba a faltar opiniones a favor del proyecto", lo que no parece que sea expresión que lleve a la disidente con el proyecto a inclinarse a favor del mismo.

No hace falta reproducir los numerosos pasajes en los que la actividad probatoria puso de manifiesto la **adecuación** de las comunicaciones reprochadas en la sentencia a los límites de lo "normal" en el sentido de habitual y también de no desajustado a norma alguna (declaraciones del Sres. Trías, Blázquez, D^a Elsa Ibar, D. Albert Costa etc). Declaraciones objeto de un incomprensible silencio en la argumentación de la sentencia recurrida. Silencio que alcanza a lo dicho por la concejal "presionada" Sra. Itziar, que alega el motivo del recurso, sobre sus alabanzas al Palau por los logros debido a la propuesta de modificación del PGM a cuyo favor habría votado (aunque fuera antes del

registro del despacho del Sr. Montull), agradeciendo al Sr. Millet, según el motivo, su "paciencia".. Tampoco nadie tuvo la desatinada ocurrencia de considerar influencias penalmente típicas las dirigidas a obtener la participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo objeto de esta causa, que tuvieron éxito para lograr que se resolviera a favor de aquélla.

En cuanto a los actos desplegados por los penados que tuvieron por **destinatarios** los sujetos que (pudiera entenderse) integraban los órganos que resolvían la propuesta de modificación del PGM y decidían el PMU, se dedica el apartado d) ibídem, con citas documentales de comunicaciones a los responsables políticos de los partidos presentes en el Pleno Municipal y en la Comisión y Subcomisión de urbanismo. En ellas les dice frases como "te agradecería tu apoyo" (al Sr. Trías) "te agradecería si pudieras tratar el tema La Salle" en la Comisión (al representante de CIU adscrito a la Ciutat Vella) o justifica una misiva por "si pudieses hablar con el Sr. Tobella para que mire con buenos ojos el proyecto" (al Sr. Nadal Conseller) u otra carta (de contenido no descrito) al Sr. Hereu.

A esa dificultad de tipificación, en relación con el sujeto pasivo del delito, se añade la no menor de la falta de descripción de la situación típica que había de caracterizarse por la **naturaleza personal de la relación** entre el influyente y el influido. La Real Academia de la Lengua Española considera que la voz "personal" significa algo que "es propio o característico de una determinada persona" Y así se predica de una *cosa* que es de una sola persona o para una sola persona o de un *acto* que se realiza con la participación de una persona físicamente presente y no utilizando medios indirectos, como el teléfono o la mediación de otras personas o en fin de *aquello* que pertenece a la vida privada. Si la actuación de una persona se hace en el ejercicio de representación de otra, y más si esa otra es una institución o persona jurídica, mal cabe calificarla de actuación personal del representante.

Pero, en todo caso, lo relevante es que **la relación** que se suscita con tal actuación no es personal sino la bien diversa que suele denominarse de "institucional" es decir es una actuación del "organismo" en cuyo nombre se actúa. La propia sentencia expone, en el fundamento jurídico primero 1, que los penados *"se aprovechaban de las ventajas que proporcionaba el cargo"*. E ibídem relata como el Conseller declara que tenía una relación "institucional" con el Sr. Millet.

Tampoco cabe decir que las actuaciones, concretamente descritas en el hecho probado, subsiguientes a los Convenios de 2006 (marzo y octubre) fueran dirigidas a obtener una **resolución**, sino que eran de aquellas que antes describimos como **excluidas de tipicidad** por nuestra jurisprudencia: *actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico.*

La sentencia de este Tribunal citada en la recurrida nº 657/2013 de 15 de julio, insiste en el mismo sentido antes expuesto: *La inclusión por el Legislador de la expresión resolución, que tiene un significado técnico específico, deja fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico (SSTS de 28 enero 1.998 , 12 febrero 1.999, 27 junio 2.003, 14 noviembre 2.003, 9 abril 2007, 1 diciembre 2.008, 1 julio 2.009 y 2 febrero 2.011).*

El Tribunal de instancia (fundamento jurídico apartado 2) reconduce ese texto, so pretexto de interpretarlo a "sensu contrario", para leer ahí justo la antítesis de la doctrina que impone. Ha de admitirse, eso sí, que no importa el "momento" de la influencia. Pero, como reconoce la sentencia de instancia, lo

relevante es que la influencia se ejerza sobre quienes dictan la resolución típica a que se refiere el precepto del artículo 429 del Código Penal.

Por todo ello el motivo debe ser estimado con las consecuencias que se establecen en la sentencia que dictamos como segunda tras esta de casación.

DÉCIMO SEGUNDO.- La segunda queja, con doble invocación de infracción de ley ordinaria y constitucional, reprocha a la sentencia arbitrariedad e indefensión en la determinación de la pena de multa impuesta. Con quiebra de igualdad en la decisión de imponer a este recurrente un múltiplo de la impuesta al otro coacusado penado.

La estimación del anterior motivo deja éste sin contenido.

DÉCIMO TERCERO.- En el tercero de los motivos, por el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reitera protesta de indefensión, añadiendo la de vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

El fundamento protestado en el motivo se refiere a la **modificación sorpresiva del objeto del proceso** por introducción de una versión fáctica ausente de los escritos de acusación y del debate. Aquella que, después, es subsumida en el delito del artículo 430 del Código Penal: la exigencia por los dos coacusados penados al Sr. Valderrama de **900.000 euros lo eran en concepto de dádiva** para mantener a la Fundación como titular de los terrenos. La única acusación que invocó el artículo 430 fue la popular y reclama los 900.000 euros, pero en concepto de responsabilidad civil a satisfacer a la Fundación. Lo que es incompatible con su consideración como dádiva.

Ciertamente la sentencia suscita una cuestión que atañe a su acomodación, o no, al principio acusatorio.

La imputación de este delito del artículo 430 pasa por calificar los 895.000 euros que dice se entregaron a los acusados, como la dádiva típica de este delito. Y no como el beneficio esperado de la resolución para la que desplegaron la influencia ilícita tipificada como delito del artículo 429. El beneficio típico de este último sería obtenido por la Fundación y "Olivia Hoteles", pero no por los acusados. Éstos se beneficiarían por razón de ese otro delito previsto en el artículo 430.

La estimación, en fundamento jurídico posterior de esta nuestra sentencia, del motivo referido a ésta otra imputación deja éste también sin contenido que reclame específica resolución.

DECIMOCUARTO.- 1.- Se invoca nuevamente la garantía constitucional de **presunción de inocencia** como vulnerada al condenar al recurrente por el **delito del artículo 430** pese a no estar acreditado: **a)** Ni la **entrega de 895.000** euros a los coacusados penados; **b)** ni que la **finalidad fuera ocultar la titularidad** de los terrenos a recalificar para aprovechar el prestigio de la Fundación en orden a obtener la aprobación de esa modificación de la condición urbanística.

Rebate los indicios considerados por la recurrida y le reprocha que ignore los indicios de descargo (ingreso de 600.000 euros en una caja de seguridad), y que la empresa "Núñez y Navarro", invitada a hacer una oferta, manifestó que nunca se le interesó dádiva alguna.

Tampoco existe indicio de la funcionalidad (que el motivo califica de elemento subjetivo del tipo) de la supuesta entrega. Indica que hasta el Ministerio Fiscal dice que los penados siempre fueron por delante con la verdad sobre la titularidad de los terrenos. De la misma se advierte en acta de la Junta (compuesta por 107 personas) del Patronato del Palau de 13/12/2007, donde ya

constaba el dominio de "Olivia Hoteles" en el Registro de la Propiedad y en el catastro y pagaba el IBI por ello, etc...

Era notorio y público que la titularidad del hotel se traspasaría a un tercero. Figuraba ya en el contrato con La Salle la prevista cesión a un tercero de los derechos y obligaciones que allí adquiere la Fundación en el 11/10/2003. Y constaba en el convenio de 8 de marzo de 2003.

2.- La sentencia estima que este delito proviene de **la solicitud** de tal dinero por parte de los penados bajo la promesa de desplegar las influencias ilícitas, por las que también venían condenados, de las que le hemos exonerado en el fundamento jurídico undécimo. Los penados, dice la sentencia, actuarían aquí como mediadores entre un particular ("Olivia Hoteles") y los funcionarios a los que trataron de influir. La influencia tendría por finalidad lograr la mutación del planeamiento. Y los 895.000 euros serían la dádiva o remuneración que los penados recibía por ello de ese tercer particular.

Y funda la finalidad de la reclamación en lo que denomina indicios al respecto.

Uno de ellos **la efectiva entrega** de aquella cantidad por el gestor de "Olivia Hoteles" (el Sr. Valderrama) a los dos penados. Se funda, a su vez, este dato en la existencia de una nota que expresa que la cantidad de 900.000 euros es la última oferta, y el dictamen contable pericial que refleja que de las cuentas de empresas controladas por el Sr Valderrama se efectúan extracciones, cuya suma se corresponde con entregas que suman un total de 895.000 euros, efectuadas en fecha anterior pero muy próxima a sendos contratos, privado y escriturado notarialmente, referidos a la venta de terrenos a "Olivia Hoteles". Y no se encuentra la correlativa justificación de aquellas extracciones.

También argumenta la sentencia las razones por las que excluye otras eventuales finalidades de esas extracciones de dinero a los penados: *bonus*, aguinaldos, dividendos. Y también por las que excluye que el destino fuera el pago por la empresa al arquitecto, que en todo caso no pasaba por la Fundación ya que se negociaron directamente con éste por "Olivia Hoteles".

La finalidad atribuida por la sentencia, "pago por influir en Autoridades y funcionarios" **excluye la hipótesis de lo que denomina "comisión entre particulares"** "Olivia Hoteles" pagaría por ser la elegida por los acusados para comprar las fincas" al entender que "carece de sentido" dada la oferta a otros eventuales compradores de los terrenos, los cuales declararon como testigos no haber recibido tal petición de dádiva y ninguno de los cuales entró en competencia con "Olivia Hoteles", que por ello no tendría interés en atender esa petición tipificada como corrupta en las reformas posteriores del Código Penal (artículo 285 bis introducido por Ley Orgánica 5/2010 y reformado por la Ley Orgánica 1/2015) .

También excluye que ese dinero forme parte del precio de la venta. Por lo que proclama que no estaba destinada a entrar en las arcas de la fundación.

3.- En cuanto al contenido de la garantía de presunción de inocencia cabe señalar que parte ésta de una determinada relación, de naturaleza puramente lógica y también empírico científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación tiene como presupuesto que aquella actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo

en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no es susceptible de un control objetivo, externo al órgano que impone la condena, a revisar desde la perspectiva de la garantía de presunción de inocencia, en la medida que son tributarios de la inmediación en su producción procesal, a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministra la lógica, no solamente en una reflexión pre-dialéctica sino también en la dimensión intersubjetiva o, si se quiere erística, pero que excluya artificios sofisticos. Y también ha de procurarse una justificación desde los conocimientos reportados por la experiencia común o ciencia. Y eso de tal suerte que pueda decirse que, desde aquellos datos directamente emanados de los medios de prueba, se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los concernientes a los elementos objetivos, pero también a los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Tal requisito de la justificación exige la adecuada exposición o motivación. En el bien entendido de que ésta interesa desde la perspectiva de la presunción de inocencia por su funcionalidad para constatar la corrección de la justificación. Pero no para condicionar su afirmación. La ausencia pues de tal justificación o su absoluta arbitrariedad afecta a otra garantía. La de tutela judicial efectiva. Por lo que, de estimarse ésta la consecuencia no será la de la infracción de la presunción de inocencia, es decir la absolución, sino la procedimental de la

anulación de la decisión imponiendo la obligación de que se dicte otra acomodada a dicha exigencia de motivación o tutela judicial.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello se confiere legitimidad a la decisión de condena.

La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolución del acusado.

No es pues acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. Y es que en aquel caso las inferencias no pueden calificarse de concluyentes sino de abiertas, lo que las hace contrarias a las exigencias de la garantía examinada.

4.- Aún admitiendo que aquella imputación, de entrega de dinero con la finalidad que se dice, así configurada, le fuera sometida al Tribunal de instancia, es necesario cuestionar si los datos que la integran han sido o no fijados desde las exigencias de la presunción constitucional de presunción de inocencia que venimos de exponer.

Cabe admitir que la conclusión sobre la realidad de la entrega del dinero se adecua, con coherencia interna, a los parámetros impuestos por la lógica, una vez fundada externamente la realidad de los datos aportados por la prueba documental y pericial que relata la sentencia. Tal inferencia no es tampoco

totalmente contraria a máximas de experiencia común. En particular porque no se ha conseguido probar otro destino al dinero dispuesto contra el patrimonio de "Olivia Hoteles" mediante los cheques que se relacionan. Es decir porque no existe base para de manera razonable admitir la hipótesis de un destino ajeno a la entrega a los acusados. Al menos del total de los 895.000 euros, con lo que ésta pasa a ser una tesis fijada concluyentemente sin atisbo de duda razonable alguna. Lo que confiere a la certeza del Tribunal la naturaleza de objetividad exigida por la garantía constitucional. Siquiera parcial. Porque la argumentación que atribuye a pago a los penados un importe de 470.000 euros resulta, cuando menos, poco comprensible cuando se desarrolla el punto 9 del apartado A/ del fundamento jurídico segundo de la sentencia. En particular porque no glosa, como hubiera sido deseable, el dato de que a la escritura pública segunda de las otorgadas por el Sr. Valderrama y la Fundación el 12 de julio de 2007 (pactos complementarios a los de la escritura de la misma fecha de cesión de derechos) se unió como anexo un cheque bancario cruzado por ese importe a ingresar en cuenta de la Fundación, y no cobrable por el penado en efectivo ni en cuenta de su personal titularidad. Y se indica en la escritura la razón de tal entrega: compensar el pago a un inquilino por desalojo de inmueble.

No merece mayor atención esa debilidad argumental, una más, de la sentencia de instancia, dado que, en definitiva, la exclusión de la responsabilidad se impone de la falta de prueba del otro elemento relativo a la finalidad de las discutidas entregas de dinero a los penados.

En efecto, la **vinculación** de la entrega de 895.000 euros con el **despliegue de un tráfico ilícito de influencias** por parte de los penados **que se materializaría desde la premisa de ocultar la preexistente venta** no resulta probada en los términos exigidos por la invocada garantía de presunción de inocencia.

Desde luego no esa supuestamente comprometida influencia con caracteres delictivos. Recuérdese que el artículo 430 exige que la dádiva se reclame para una actividad "descrita en los artículos anteriores" es decir delictiva. Ya hemos declarado que la influencia de los "artículos anteriores" no ha sido desplegada por los acusados, lo que no deja de ser un contrario indicio de que la reclamación por los acusados tenía esa finalidad. Y además la ocultación que se dice objeto de compromiso por los penados a cambio de la dádiva era irrelevante, como hemos expuesto con anterioridad, por lo que la finalidad de llevarla a cabo tampoco constituye acto típico a los efectos del artículo 430.

Y aunque debamos partir de que el artículo 430 tipifica la mera actividad, se siga ésta o no de la actuación prometida, tampoco la prueba reviste los caracteres que reclama la garantía constitucional de presunción de inocencia en relación a que a la entrega precedió una exigencia por los acusados con esa concreta finalidad que le atribuye la sentencia.

El argumento de que se efectuó oferta a otros empresarios que no compitieron con "Olivia Hoteles", quedando excluido el interés de esta empresa en acceder al reclamo, no es suficientemente concluyente.

Ya hemos dejado expuesto que la estrategia de ocultación no resulta creíble ni de éxito pronosticable, dados los actos de la misma Oliva Hoteles que lleva al venta al Registro de la Propiedad, o de los acusados que (documento C5/ 557 a 570) la plantean en el Patronato, compuesto de más de un centenar de personas, ya en su reunión de diciembre de 2007, además de ser previsible desde el mismo convenio de marzo de 2006, cuya existencia, dada su naturaleza y relevancia, cuando menos no parece incompatible con el acceso al público. A lo que cabe añadir, por su fuerza indiciaria, los demás documentos que cita el propio recurrente difícilmente compatibilizables con la tan reiterada afirmación de ocultación de la venta.

Pero la duda no alcanza solamente al medio en que se llevaría a cabo la influencia delictiva. El que ésta constituya la causa que hizo posible que el Sr. Valderrama accediera a entrega de dinero "a demanda" de los penados tampoco deriva necesariamente de los datos a que se acoge la sentencia. Es decir de la falta de competencia entre el Sr. Valderrama y otros empresarios en la adquisición de las fincas.

No proclama la sentencia que el Sr. Valderrama supiera tal falta de interés de otras empresas. Ni el testimonio de los titulares de éstas resulta creíble, dado que, sin duda, tendrían poco interés en reconocer que habían mantenido conversaciones al respecto.

Pero es que la sentencia de instancia omite toda reflexión sobre el alcance de la escritura otorgada por la Fundación y "Olivia Hoteles" en 12 de julio de 2007, una de las dos otorgadas ese mismo día, la que lleva el número de protocolo notarial 4411, en la que, tras exponer que en la otra se materializó la transmisión de derechos sobre las fincas y que existen los convenios de marzo y octubre de 2006, tantas veces citados aquí, y que **la Fundación ya ha presentado una propuesta de modificación del planeamiento**, acuerdan que la Fundación se compromete al "seguimiento e impulso" ante los organismos administrativos competentes de la propuesta de modificación del PGM.

En esa escritura "Olivia" se compromete a entregar a la Fundación las cantidades que según el Convenio de 8 de marzo de 2006 se le entregarían con cargo a la empresa que asumiera las obras (3.606.072 euros).

Y, se añade, como contraprestación a la "intervención" hasta la fecha efectuada y a la **que continuará efectuándose** por parte de la Fundació Orfeo Catalá-Palau de la Música ante las Administraciones Públicas para el cambio de calificación urbanística y obtención de las licencias pretendidas para al construcción del hotel", la empresa "Olivia Hoteles" entregará a la Fundación

quince plazas de garaje y un local dedicado a almacén de 340 metros cuadrados en planta bajo rasante.

Aún más, la entrega de los 3.606.072 euros se condicionaba suspensivamente a la aprobación del Plan. Y la de las plazas de garaje y almacén a la obtención de las licencias, autorizaciones y consentimientos necesarios.

Si la finalidad de obtener la resolución administrativa estaba así retribuida y garantizada sería necesario justificar que la entrega, ya no a la Fundación si no a los penados, de aquellas otras cantidades tuviera esa misma finalidad.

Tampoco resulta baladí recordar que los Convenios de marzo y octubre de 2006 imponían obligaciones a quienes los suscribieron. Por ello no parece que la efectividad de su cumplimiento debiera ser un motivo de zozobra que, además de las precedentes garantías y condicionamiento de la entrega de dinero previstas en los convenios, también a la Generalitat y de parte del inmueble nuevo "Olivia" considerar necesario hacer entrega de 895.000 euros precisamente para obtener el objetivo de las modificaciones de planeamiento.

Lo que conduce en definitiva a la finalidad de colusión pactada entre los penados y "Olivia Hoteles" en perjuicio, no sólo ni necesariamente, de eventuales terceros competidores, sino también de la propia Fundación. En efecto, al no recibirse, ni entregarse tal cantidad como precio destinado a la Fundación, ésta deja de percibirlo, mientras que, de no ser comisión sin derecho a ella a favor de los acusados, tal cantidad podía haberse integrado en la oferta en concepto de precio.

Lo que hace que ese comportamiento, corrupto sin duda, no fuera penalmente típico al tiempo de los hechos.

El motivo debe ser estimado con las consecuencias que diremos en la segunda sentencia que dictamos a continuación de la de casación.

DECIMOQUINTO.- Ya como infracción de ley ordinaria se denuncia la aplicación de los tipos penales de los artículos 429 y 430 del Código Penal estimando un concurso real de ambas infracciones. Estima aplicable el artículo 8.3º del mismo

El motivo queda sin contenido por la estimación de los anteriores.

DECIMOSEXTO.- Como motivo sexto se alega que la aplicación del artículo 431 del Código Penal es indebida invocando al respecto, por el cauce ahora del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que con ello se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

Ninguna de las acusaciones ha solicitado el decomiso que resulta así impuesto oficiosamente por el Tribunal de instancia (STS 1127/2000 de 26 de junio; 1090/2005 de 15 de septiembre; 911/2010 de 21 de octubre).

También queda sin contenido este motivo pro la estimación de los anteriores.

Recurso de Jordi Montull Bagur

DÉCIMO SÉPTIMO.- En el primero de los motivos denuncia vulneración del principio acusatorio y del derecho a la defensa como infracción constitucional amparándose en el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Reprocha a la sentencia la condena por tráfico de influencias pese a que las acusaciones no identifican a los funcionarios que serían objeto de la influencia

penalmente típica. Bien directamente por los penados, bien por los funcionarios inicialmente influidos que influirían a su vez en otros tampoco identificados.

La sentencia sí que, sin embargo, individualiza a los destinatarios de las influencias. Pero esa concreción estaría ausente en la calificación por lo que los acusados no han podido defenderse.

Ese aspecto de la queja de este recurrente ya ha sido objeto de consideración, aunque no exactamente a estos efectos. No obstante, dada la estimación de los recurso en cuanto impugnan las condenas por los artículos 429 y 430 del Código Penal deja este motivo sin contenido.

DÉCIMO OCTAVO.- En el segundo de los motivos se alega la misma vulneración constitucional. Ahora en relación con la condena por el artículo 430 alegando que las acusaciones ni describen el comportamiento que la sustenta ni desarrollan tal calificación. La popular "alude" a ese tipo penal pero no describe hecho que justifique la condena por el mismo. Es más esta acusación entiende que los acusados hicieron apropiación indebida de la cantidad que habría sido pedida como dádiva.

También resta sin contenido este motivo por las mismas razones que el anterior.

DÉCIMO NOVENO.- Se funda este tercer motivo en la denuncia de vulneración de la garantía de presunción de inocencia. Se protesta por la consideración como hecho probado de la recepción por los penados de la cantidad de 895.000 euros y por considerar probada la finalidad de tal recepción.

Contraargumenta cada uno de los indicios asumidos por la sentencia de instancia.

La estimación de idéntico motivo de impugnación en cuanto formulado por el otro penado basta para la estimación de éste.

VIGÉSIMO.- Se denuncia en el cuarto motivo, al amparo del 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vulneración del artículo 429 que considera no aplicable. Los hechos probados utilizados por la sentencia para esa tipicidad son: **a)** los relativos a titularidad de las fincas y **b)** las "presiones" que describe.

Entiende el recurrente que ni la cuestión de la titularidad ni los actos descritos como presiones tienen la relevancia típica que se les atribuye en la calificación jurídica.

Es **indiferente** que **quien** explote el hotel sea público o privado. En todo caso la Fundación era privada. La titularidad se había hecho **pública** ya en el Registro de la Propiedad el 4 de octubre de 2007. Si se ocultase para aparentar que era cosa del Palau, **eso no es presupuesto típico** que exige valerse de *relación personal* para influir.

Los actos de persuasión de funcionarios no eran típicos por su **adecuación social**. **Ni son típicos los que buscan acelerar, o ralentizar.**

También abunda para estimar este fundado motivo la remisión a lo dicho sobre idéntica impugnación formulada por el otro penado.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En el siguiente motivo, –también numerado como cuarto– por el mismo cauce de infracción de ley penal, se impugna la subsunción de los hechos en la tipicidad del artículo 430 del Código Penal, que, además, debería estimarse consumido en la tipicidad del artículo 429.

La estimación de los motivos que excluyen ambas tipicidades acarrea la de éste que se queda así sin contenido.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El motivo relativo a la imposición del comiso debe estimarse en la medida que es consecuencia de la absolución de ambos acusados por la estimación de los demás motivos a que nos hemos referido.

VIGÉSIMO TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas de los recursos deben ser impuestas a los recurrentes cuyos recursos han sido totalmente desestimados, siendo de oficio las de los recursos interpuestos por los Sres. Montull y Millet, y El Ministerio Fiscal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por **FÉLIX MILLET TUSSET y JORDI MONTULL BAGUR**, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la **Audiencia Provincial de Barcelona**, con fecha 17 de abril de 2015, sentencia que se casa y se anula parcialmente, para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL, LA FUNDACIÓN PRIVADA ORFEO CATALÀ PALAU DE LA MÚSICA CATALANA, y LA ASOCIACIÓN DE VECINOS PARA LA REVITALIZACIÓN DEL CASCO ANTIGUO DE BARCELONA**, contra la misma sentencia, con expresa imposición de las costas causadas en sus recursos, excepto en el del Ministerio Fiscal que se declaran de oficio.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.



Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

1497/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Vista: 11/05/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 485/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luciano Varela Castro
D. Antonio del Moral García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Junio de dos mil dieciséis.

En la causa rollo nº 100/12, seguida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de Diligencias Previas nº 2613/10, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 10 de Barcelona, por delitos de apropiación indebida, tráfico de influencias, falsedad en documento público y prevaricación, contra **Félix Millet Tusell**, con D.N.I. nº 36.856.961, nacido en Barcelona, el día 8.12.1935, hijo de Félix y Monserrat, **Jordi Montull Bagur**, con D.N.I. nº 38.010.698, nacido en Barcelona, el día 14.10.1942, hijo de Manuel y María, **Caries Díaz Gómez**, con D.N.I. nº 36.470.117, nacido en Barcelona, el día 14.05.1946, hijo de Luis y María, **Ramón García-Bragado Acín**, con D.N.I. nº 18.003.632, nacido en Huesca, el día 13.08.1957, hijo de Federico y Ana María, **Ramón Massaguer Meléndez**, con D.N.I. nº 40.287.724 nacido en Girona el 15/11/57 hijo de Ramón y M^a Dolores y **Enric Lambies Ortín**, con DN.I. nº 40.959.983, nacido en Barcelona, el día 15.06.1957, hijo de Enrique y María, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de abril de 2015, que ha sido recurrida en casación y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la recurrida, salvo que no estimamos probado que a los penados **Félix Millet Tusell y Jordi Montull Bagur**, les fuera entregado dinero por "Olivia Hoteles" con finalidad diversa que la de retribuirle que ésta fuera elegida para venderle los terrenos afectados por la reforma de PGM y PMU.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la sentencia de casación los hechos probados no constituyen ni el delito del artículo 429 ni el del 430 del Código Penal.

III. FALLO

Que debemos **absolver y absolvemos** a **Félix Millet Tusell y Jordi Montull Bagur**, de los delitos por los que venían penados. Dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por razón de tal acusación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

