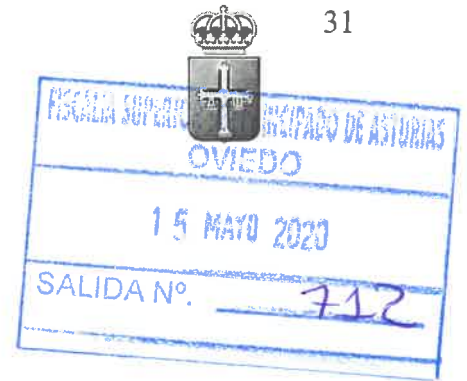




FISCALÍA SUPERIOR
PRINCIPADO DE ASTURIAS
OVIEDO

31



DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN Nº 313/2019

En virtud de lo acordado en las **Diligencias de Investigación nº 313/2019**, incoadas en base a escrito y documentación adjunta, enviada a esta Fiscalía por el Consejo Social de Intervención de la Universidad de Oviedo, poniendo en conocimiento lo actuado hasta la fecha, en los expedientes de gasto tramitados para la adquisición de un suministro que fueron objeto de los reparos definitivos emitidos por esa intervención con referencia 10/2018 y 13/2019, adjunto remito copia del Decreto dictado en las presentes diligencias, a los solos efectos de su notificación.

En Oviedo a 16 de marzo de 2020

La Fiscal Superior

Fdo. M^a Esther Fernández García

ANA I. CARO MUÑOZ

Gerente de la Universidad de Oviedo
Plaza del Riego nº4-3º
33003.- OVIEDO



FISCALÍA SUPERIOR
PRINCIPADO DE ASTURIAS
OVIEDO

COPIA



25

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN Nº 313/2019

DECRETO

I.- ANTECEDENTES

Las presentes Diligencias se incoaron con base en la denuncia y documentación del Consejo Social de Intervención de la Universidad de Oviedo, poniendo en conocimiento lo actuado en los expedientes de gasto tramitados para la adquisición de una cámara anecoica y sistema SNF/FF un suministro que fueron objeto de los reparos definitivos emitidos por la Intervención con referencias 10/2018 y 13/2019, por incumplimiento de la normativa de contratación y posible existencia de fraccionamiento ilícito.

II.- HECHOS

1. De la documentación remitida se desprenden los datos siguientes

1º.- Por Resolución de Rector de la Universidad de Oviedo de 29/6/2018 se declaró que se había producido un acontecimiento catastrófico a causa de las inundaciones y del desbordamiento del río citado que, de acuerdo con el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, debía ejecutarse lo necesario para remediar el acontecimiento producido y satisfacer las necesidades sobrevenidas, pudiendo por ello contratar libremente los trabajos, servicios, reparaciones, obras y adquisiciones que fueran necesaria, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la Ley.

2º.- El 1/9/2018 el investigado Fernando de las Heras Andrés firmó un informe justificativo sobre necesidad de la adquisición del sistema de medida de antenas en cámara anecoica de tipo rango esférico que había resultado dañada por la inundación. En ese informe se recogen las ofertas de los tres posibles proveedores y se hace una valoración técnica de ellas, considerando que dos cumplían las especificaciones básicas y que una de ellas era más ventajosa económicamente por el precio.

El calendario de pagos fue acordado con la empresa adjudicataria por Ana I. Caro Muñoz, Gerente de la Universidad de Oviedo, en cuatro plazos, dos en 2018 y dos en 2019. Los dos primeros fueron abonados en 2018, en el expediente de emergencia tramitado, y los otros dos se trasladaron al ejercicio 2019 a la espera de la recepción de una nueva remesa de la indemnización abonada por el Consorcio de Compensación de Seguros.



*FISCALÍA SUPERIOR
PRINCIPADO DE ASTURIAS
OVIEDO*

3º.- La Nota de reparo 706/2018 de 28/12/2018 de la interventora pone de manifiesto que todos los contratos son calificados como contratos menores, que son dos los documentos relativos al sistema de medida de antenas en cámara anecoica por importes de 85.495,25 y 53.663,50 euros, los cuales, dada su cuantía, no se ajustan a las estipulaciones legales sobre la materia.

4º.- El 25/6/2019 el investigado Fernando de las Heras Andrés firmó un nuevo informe justificativo sobre necesidad de la adquisición del sistema de medida de antenas en cámara anecoica de tipo rango esférico que había resultado dañada por la inundación. Dicho informe se acompañaba también de las ofertas y de la valoración.

5º.- Por Resolución de 1/7/2019 del Vicerrector de investigación, a propuesta de la Gerente de la Universidad, se autorizó el gasto por importe de 53.663,50 euros favor de la empresa contratada.

6º.- Por Resolución de 11/7/2019 del Rector se ordenó la tramitación y ejecución del pago de las facturas 34/2019 y 35/2019 por 85.495,25 y 53.663,50 euros.

2. El 9/3/2020 se recibió declaración en calidad de investigados a Fernando de las Heras Andrés y a Ana I. Caro Muñoz.

III.- FUNDAMENTOS

1. El delito de prevaricación exige la concurrencia, como requisitos esenciales (Sentencias del Tribunal Supremo 16.2.96, 5.4.95, 28.12.94, 27.5.94, entre otras), aparte de la cualidad de funcionario público de los autores materiales - que concurre en el caso de los Alcaldes, conforme a lo dispuesto en el art. 24 del Código Penal-, uno fáctico y normativo, el que se dicte una resolución injusta, y otro subjetivo y culpabilístico, consistente en la conciencia en el sujeto activo de la injusticia de la resolución que dicta. Para apreciar el primero de ellos, "no basta con que tal resolución no sea la correcta en derecho, sino que exige que vaya más allá de la simple ilegalidad, y entre en los términos de la injusticia, que existe siempre que se dé una patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico" (STS 5.4.95); y para estimar el segundo es necesario que la resolución se dicte "a sabiendas de ser injusta con dolo y con la malévola intención de torcimiento del derecho, elemento este último que puede deducirse cuando entre la resolución dictada y la que procedería dictar existe tal diferencia que cualquiera puede apreciar que la única explicación posible de la resolución adoptada es debida a motivaciones torticeras" (SSTS 10.12.92, 8.2. y 23.11.93, 28.12. 94).

2. En el presente caso, resulta incuestionable que la inundación sufrida, que había provocado daños de considerable entidad, justificaba la aplicación de la contratación de las reparaciones y adquisición de materiales a través del



*FISCALÍA SUPERIOR
PRINCIPADO DE ASTURIAS
OVIEDO*

procedimiento de emergencia previsto en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

La primera de las cuestiones que plantean los reparos es la indebida utilización de la modalidad de contratos menores, por cuanto la cuantía de los pagos excede de los límites legales (contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios).

Es evidente que las cuantías pagadas, tanto si se considera como un contrato único, como si se considerase como un fraccionamiento, superan los topes legales y así se pone de manifiesto en los propios informes justificativos elaborados por el investigado. Esto viene a corroborar la versión dada por los investigados de que las menciones a este tipo de contratos se derivan del uso de plantillas o modelos estereotipados facilitados por la propia Universidad para la contratación en general. Por tanto, se trataría de un mero error formal sin ningún tipo de relevancia penal.

En cuanto a la hipotética fragmentación contractual, viene prohibida por el artículo 99.2 LCSP que dispone que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. En su número 3, establece que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

Ahora bien, para que ese fraccionamiento del contrato tenga relevancia penal es necesario que esté dirigida a eliminar las garantías contractuales exigidas por el contrato en su conjunto, es decir con ánimo malicioso de burlar la ley eludiendo el procedimiento de contratación correspondiente.

Los investigados han señalado que se trató de un único contrato para el suministro e instalación de la referida cámara anecoica y que ésta es una instalación tan singular que sólo existían tres proveedores que pudieran llevarla a cabo. En la documentación remitida, consta efectivamente que lo contratado fue un contrato único para el suministro, instalación y puesta en marcha de la cámara y desde un principio se fijó un precio total. El pago, de acuerdo con las facturas y con lo declarado por los investigados, se efectuó en 4 plazos, acompañados a los hitos o fases de la ejecución y a la recepción de los adelantos de la indemnización que tenía que abonar a la Universidad el Consorcio de Compensación de Seguros. Por tanto, también se ha dado una justificación razonable al aplazamiento del pago.

En los reparos se pone de manifiesto que se incumplieron los requisitos fijados en el artículo 120 respecto al plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones, que no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo de declaración de emergencia y, si se excediese este plazo, la contratación debería hacerse a través de la tramitación de un procedimiento ordinario.



*FISCALÍA SUPERIOR
PRINCIPADO DE ASTURIAS
OVIEDO*

Los investigados han declarado que los informes de valoración de la situación en la que habían quedado las instalaciones y las necesidades a cubrir ya suponían inicio de la ejecución dentro del plazo. Además, ambos señalan que, dadas las especiales características de la instalación, cualquier pequeño retraso en la adjudicación supondría un mayor tiempo de ejecución con importantes perjuicios para la propia Universidad, dados los proyectos y subvenciones que dependían de que estuviera en funcionamiento lo antes posible, sin contar con los perjuicios a los propios planes de docencia. Aunque pudieran ser discutibles estas justificaciones, no son irrazonables ni faltas de todo apoyo jurídico, de tal forma que en ningún caso estaríamos ante un supuesto de ilegalidad arbitraria exigido para apreciar el delito de prevaricación.

Por último, consta que se solicitaron ofertas a 3 empresas y se adjudicó el contrato a la que había ofrecido el cumplimiento de las condiciones técnicas especificadas y el precio más ventajoso, con lo que no aparece acreditada de ninguna forma que se hubiese buscado esa tramitación en fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan el procedimiento.

Por lo que se refiere al delito de malversación viene previsto en el artículo 432 del Código Penal el cual dispone:

1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.
2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

Según la doctrina del Tribunal Supremo (por todas, STS de 29/11/2018, Id Cendoj: 28079120012018100603) dicho delito de malversación exige de la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el art. 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública;
- b) Una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material;
- c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público;
- d) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo;



*FISCALÍA SUPERIOR
PRINCIPADO DE ASTURIAS
OVIEDO*

e) Ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de octubre; 132/2010, de 18 de febrero ó 841/2013 de 18 noviembre, entre muchas otras). En cuanto al tipo subjetivo, el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de actuar. Según se desprende de la jurisprudencia relativa al delito de malversación de caudales públicos, el dolo genérico exigible comprenderá el conocimiento que los caudales que se sustraen pertenecen al Estado o a las administraciones públicas y que, por lo tanto, constituyen caudales públicos (SSTS 545/99 de 20 de marzo, 132/2010 de 18 de febrero). Del mismo modo exigirá el conocimiento del que con la conducta que se ejecuta tales caudales se sustraen de una finalidad pública. En el presente caso no se acredita de ninguna manera que se hayan desviado fondos públicos de la finalidad pública, pues la dotación de la tan citada cámara era necesaria y los pagos se efectuaron precisamente para el abono de esa instalación, sin que conste el pago de sobreprecios.

En conclusión, de conformidad con el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede decretar el archivo de las actuaciones al no revestir los hechos caracteres de delito, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y contables a las que pudiera haber lugar.

RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, se acuerda el archivo de las presentes diligencias de investigación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y contables a las que pudiera haber lugar, notificando el archivo al Consejo Social de la Universidad de Oviedo haciéndole saber que contra el mismo no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que pueda reproducir su denuncia ante el Juzgado de Instrucción competente.

Notifíquese también esta resolución a los investigados.

Oviedo, a 16 de marzo de 2020

La Fiscal Superior

Fdo. M^a Esther Fernández García