

## JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 6 DE BILBAO BILBOKO INSTRUKZIOKO 6 ZENBAKIKO EPAITEGIA

BUENOS AIRES, 6-2ª planta - CP/PK: 48001

TEL.: 94-4016463 FAX: 94-4016637

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: instruccion6.bilbao@justizia.eus / instrukzioa6.bilbo@justizia.eus

### Diligencias previas 780/2020 - C

NIG PV / IZO EAE: 48.04.1-20/010022

NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.43.2-2020/0010022

Atestado n.º/Atestatu-zk.: FISCALIA PROVINCIAL BIZKAIA 56-20 DENUNCIA

### AUTO

**MAGISTRADO:** D. JOSE MARIA EGUIA BALTELLAS

**Lugar:** Bilbao

**Fecha:** siete de junio de dos mil veintidós

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las presentes diligencias previas se tramitan por hechos que, aparentemente, pueden constituir delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal.

Figuran en calidad de investigados **ALVARO FEDERICO CUETO AGUINAGA, JON AJURIA FISURE y ROBERTO SANTOS IBARRETXE ZORRIKETA.**

**SEGUNDO.-** Se han practicado las diligencias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos y las personas que han intervenido en los mismos.

De lo actuado resulta de modo indiciario los siguientes hechos:

1. Con el propósito de contratar al letrado D. ALVARO CUETO AGUINAGA para la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y urbanístico al Ayuntamiento de Zaratamo durante los años 2007 a 2018 por 3.400 euros al mes más IVA, los Alcaldes de Zaratamo D. ROBERTO IBARRETXE ZORRIKETA y D. JON AJURIA FISURE recurrieron al procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación del contrato, cuando por el importe y duración deberían haber tramitado un procedimiento negociado con publicidad y por tratarse de una necesidad permanente deberían haber tramitado un procedimiento abierto, lo que no hicieron con el referido propósito.

2. D. ROBERTO IBARRETXE ZORRIKETA fue Alcalde de Zaratamo hasta las elecciones de mayo de 2011.

En ejecución de dicho propósito, D. ROBERTO IBARRETXE ZORRIKETA después de la tramitación del "expediente de contratación para la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y urbanístico del año 2008" negociado sin publicidad conforme a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente entre el 30/04/2008 y el 16/12/2011, tramitó "expediente de contratación para la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y urbanístico año 2010" negociado sin publicidad no respetando las disposiciones de la citada ley. De esta manera:

Estando próxima la finalización del plazo de 2 años del anterior contrato, mediante Resolución de

Alcaldía de fecha 15 de junio de 2010 se procedió a iniciar mediante el procedimiento negociado sin publicidad la contratación de un asesor jurídico en materia de urbanismo.

El Pliego de Condiciones Técnicas y Administrativas Particulares, sin fecha y firmado por el Alcalde, establece las siguientes condiciones del contrato: 1) objeto del contrato: elaboración de informes jurídicos en materia de urbanismo y administrativo en general, redacción de resoluciones de alcaldía y proposiciones al Pleno, asesoramiento al equipo de gobierno, oposición y administrado, redacción de instrumentos de planeamiento, instrumentos urbanísticos, proyectos de gestión, etc, redacción de convenios y demás contratos y pliegos cualquiera que sea su naturaleza, cuantas demás funciones requieran las dependencias Técnicas Municipales, 2) Presupuesto; 60.000 euros IVA excluido.

3) Plazo: 2 años, podrá preverse la prórroga en el contrato 4) Garantía de 2% y 5) procedimiento negociado sin publicidad.

Con fecha 22 de junio de 2010 se remitieron invitaciones para presentar proposiciones económicas antes de las 14:00 horas del 2 de julio de 2010 a tres profesionales: ALVARO CUETO, PEDRO CASANUEVA y PILAR OCHOA.

Únicamente presentó propuesta ALVARO CUETO, con sello de entrada en el Ayuntamiento de Zaratamo el día 2 de julio de 2010 con el siguiente contenido:

- *Asesoramiento jurídico permanente con intervención y seguimiento de cuantas gestiones sean necesarias en los asuntos demandados por el cliente, comprende tanto consultas verbales como asistencia a reuniones e información escrita. El contratado se compromete a desplazarse hasta el Ayuntamiento de Zaratamo tres días a la semana de 9 a 15 horas para tratar de cuantos asuntos le sean planteados, salvo en el mes de agosto. Los días podrán ser sustituidos en función de las necesidades del cliente por otros.*
- *Quedan excluidos de la presente propuesta la representación del cliente en los Recursos Contencioso Administrativo que pudieran surgir, así como la redacción de instrumentos del planeamiento y gestión urbanística, pliegos de cláusulas administrativas particulares para los procedimientos de contratación.”*
- En el precio del encargo indicaba que se facturaría una cantidad mensual de 3.400 euros más la cantidad correspondiente al IVA y que la duración del contrato sería de 2 años.

ALVARO CUETO presentó la oferta conociendo que no cumplía con las especificaciones del pliego, toda vez que la oferta realizada ascendía a un total de 81.600 euros (3.400 euros al mes por 2 años de duración del contrato), cifra que, además, quedaría por encima del límite legal de 60.000 euros establecido por la ley de contratos para poder recurrir al procedimiento negociado sin publicidad. Además, se excluía específicamente de la oferta la redacción de instrumentos de planeamiento e instrumentos urbanísticos que, conforme al pliego, eran objeto del contrato.

El día 2 de julio de 2010 se procedió a la apertura de las ofertas, con asistencia del Alcalde y dos funcionarios, levantándose la oportuna acta, procediéndose a la adjudicación provisional a ALVARO CUETO y mediante Decreto de Alcaldía de 13 de julio de 2010 ROBERTO IBARRETXE ZORRIKETA resolvió adjudicar de forma definitiva el contrato de servicios de asesoramiento jurídico a ALVARO CUETO AGUINAGA, indicándose que resultaba que la propuesta presentada cumplía con los requisitos contenidos en el pliego de condiciones administrativas, cuando conocía que no era cierto.

Finalmente, el contrato para la prestación de los trabajos de asistencia en materia de urbanismo, fechado el 21 de julio de 2010, fue firmado por el Alcalde, Sr. IBARRETXE y ALVARO CUETO con el siguiente contenido: tres días a la semana (martes, miércoles y jueves) en horario de 9:00 a 15:00 en el propio Ayuntamiento. Por el citado asesoramiento se facturaría la cantidad de 3.400 euros al mes más el IVA correspondiente. La duración del contrato se fija en dos años, con

posibilidad de prorrogas anuales con el límite establecido en la LCSP 30/2007 y excluyeron del contrato la redacción de instrumentos del planeamiento e instrumentos urbanísticos.

3. D. JON AJURIA FISURE fue Alcalde de Zaratamo desde mayo de 2011 hasta las elecciones de mayo de 2019.

En ejecución del referido puesto:

1º) Tramitó "expediente de contratación para la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y urbanístico año 2011"

Con fecha 15 de noviembre de 2011, aún vigente el contrato anterior que habría de finalizar el 21 de julio de 2012, se redactó el Pliego de Condiciones Económico Administrativas y Técnicas para la contratación del Servicio de Asistencia Jurídica al Ayuntamiento de Zaratamo mediante el procedimiento negociado sin publicidad. El pliego fue firmado por el Sr. AJURIA FISURE y tuvo el siguiente contenido:

- El objeto del contrato los constituía el asesoramiento en el ámbito administrativo y en materia de urbanismo; Elaboración de informes jurídicos sobre los expedientes que le sean encomendados; Asistencia a las Comisiones y al Pleno si fueran requeridas; Asesoramiento a los administrados con resolución a sus consultas por escrito; Elaboración de documentos administrativos; Pliegos, convenios, etc; Redacción de instrumentos de planeamiento, instrumentos urbanísticos, proyectos de gestión, etc; Control e impulso de la tramitación de expedientes contencioso-administrativos y cuantas demás funciones requieran las dependencias Técnicas Municipales.
- Procedimiento negociado sin publicidad conforme a los artículos 158.e y 161.2 LCSP, y en su punto 2 establecía el presupuesto de licitación y el importe del contrato; la previsión de gastos a efectos presupuestarios era de 54.300 euros, IVA excluido.
- El precio sería cuantificado mensualmente siendo el importe máximo establecido de 3.600 euros al mes, impuestos excluidos hasta un máximo de 54.500 euros.
- La duración del contrato se establecía en un año, pudiendo ser prorrogado otro año más anualmente.

El Alcalde conocía que el pliego no era conforme a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, *de Contratos del Sector Público*, vigente entre el 30/04/2008 y el 16/12/2011, porque, teniendo en cuenta el importe mensual del precio y la duración el valor del mismo era de 86.400 euros (3.600 por 24 meses de duración), lo que excedía tanto del límite legal para recurrir al procedimiento negociado sin publicidad para contratos de servicios, establecido en 60.000 euros, como del importe máximo que se establece en el propio pliego de 54.300 euros, que, a razón de 3.600 euros mensuales, solo abarcaba un periodo de 15 meses.

A pesar de ello, mediante Decreto de Alcaldía de 18 de noviembre de 2011 se expuso que resultaba preciso llevar a cabo el contrato de servicios de asesoramiento jurídico por un profesional con conocimientos en el ámbito administrativo y en concreto en el ámbito del urbanismo, que se estima que el importe de la contratación es de 54.300 euros y que la duración del contrato tendrá una duración de 1 año prorrogable por otro año más. Se dispuso mediante el citado Decreto el inicio del expediente de contratación, la aprobación de los Pliegos, la adecuación del procedimiento negociado sin publicidad, el inicio del procedimiento de adjudicación, señalar como importe máximo a fijar en el contrato la cantidad de 54.300 euros por dos años, omitiendo hacer referencia en el Decreto a ninguna cantidad mensual por lo expuesto anteriormente, solicitar del órgano de intervención correspondiente la habilitación presupuestaria suficiente y dar cuenta en el próximo pleno ordinario que se celebre.

Se remitieron invitaciones para participar en el expediente a tres profesionales; ALVARO CUETO

AGUINAGA, JUAN PABLO AYA ZULAICA y GREGORIO REVILLA PEREZ.

ALVARO CUETO, con sello de entrada en el Ayuntamiento de fecha 2/12/2011, presentó la oferta cuyo contenido abarcaba el asesoramiento jurídico permanente con intervención y seguimiento de cuantas gestiones fueran necesarias, comprometiéndose a desplazarse 3 días por semana en horario de 9:00 a 15:00 al propio Ayuntamiento y a asistir a las reuniones que fueran necesarias, elaboración de los documentos administrativos pertinentes; pliegos, Convenios, etc y la redacción de los instrumentos de planeamiento, instrumentos urbanísticos, proyectos de gestión etc, excluyendo la redacción de otro tipo de documentos y la representación en recursos contencioso administrativos. La duración del contrato sería de 1 año prorrogable por otro año más y el precio del encargo se establece en 3.400 euros al mes más el IVA correspondiente, por lo que el valor de la oferta presentada por el Sr. CUETO era nuevamente de 81.600 euros (3.400 euros por 24 meses de duración).

Con fecha 9/12/2011 se procedió a la apertura de las propuestas, con asistencia del Alcalde y de un funcionario del Ayuntamiento, levantándose la oportuna acta.

Mediante Decreto de 9 de diciembre de 2011 el Alcalde puso de manifiesto que la propuesta presentada cumplía con los requisitos contenidos en el pliego de condiciones administrativas, cuando sabía que no cumplía ni la previsión de gastos a efectos presupuestarios ni el precio total máximo y resolvió adjudicar de forma definitiva el contrato de servicios de asesoramiento jurídico a ALVARO CUETO AGUINAGA.

El Alcalde y ALVARO CUETO firmaron el contrato con fecha 19 de diciembre de 2011 en el que pactaron que:

- Una facturación mensual de 3.400 euros más IVA y una duración del contrato de año prorrogable por otro, límite de duración lo previsto en la LCSP 30/2007.
- “Quedan excluidos la representación del cliente en recursos contencioso administrativos, así como la redacción de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, convenios, pliegos y contratos administrativos (en estos casos cobraría 75% de las normas de honorarios)”, a pesar de que conocía que formaban parte del objeto del contrato según el Pliego y según la propia oferta presentada.

Como consecuencia de la referida exclusión ÁLVARO CUETO emitió al Ayuntamiento además de las facturas correspondientes al contrato suscrito, la Factura 26/12 de 12 de septiembre por importe de 3.872,00 euros en concepto de encargo profesional según contrato de servicios de asesoramiento para la elaboración del Texto Refundido del Proyecto de Reparcelación UE6 de las Normas Subsidiarias de Zaratamo.

El contrato expiró en el mes de diciembre de 2013 y, sin embargo, ALVARO CUETO continuó prestando los mismos servicios al Ayuntamiento de Zaratamo y cobrando la misma cantidad de 3.400 euros al mes más el IVA correspondiente hasta la firma del siguiente contrato que se produjo en abril de 2014.

2º) Tramitó “*expediente de contratación para la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y urbanístico año 2013/2014*”:

Unos días antes de la finalización del anterior contrato, mediante Providencia del Alcalde de fecha 9 de diciembre de 2013 dispuso:

- Que por el órgano de intervención externo se emitiera informe sobre la existencia de consignación presupuestaria suficiente para proceder a la contratación de los servicios de asesoría técnico jurídica en materia de urbanismo,
- Que el Secretario interventor emitiera informe sobre el porcentaje que supone la

contratación en relación con los recursos ordinarios del presupuesto vigente para determinar el órgano competente,

- Que el Secretario interventor emitiera informe sobre la legislación aplicable y procedimiento a seguir y
- Que se elaborasen los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas.

En la Providencia se recoge que el coste de este servicio en el año 2012 ha ascendido a la cantidad de 49.589 euros.

Con fecha 19 de diciembre de 2013 el Secretario Interventor, JOSE MANUEL GARROTE MILLAN, emitió informe indicando que el órgano competente para la contratación era el Alcalde y, en cuanto a la legislación aplicable y el procedimiento a seguir, expresó la necesidad de conocer la duración del contrato para poder informar.

Por Providencia del Alcalde de fecha 20 de diciembre de 2013 dispuso que la duración del contrato sería de 2 años.

El 2 de enero de 2014, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación, por el procedimiento negociado sin publicidad, del contrato de servicios de asesoría jurídica del ayuntamiento de Zaratamo, firmado por el Alcalde, se estableció el siguiente contenido:

- Objeto: Asesoramiento administrativo urbanismo; Elaboración informes jurídicos en los expedientes encomendados;

Asistencia a concejales y pleno si fuera requerido; Asesoramiento a los administrados en consultas por escrito; Elaboración documentos; convenio, pliegos, etc...; Redacción instrumentos de planeamiento; Control el impulso tramitación expedientes administrativos y contencioso administrativos y cuantas demás funciones requieran las dependencias técnicas municipales

- Plazo del contrato: 14 meses sin posibilidad de prórroga.
- Precio total de los servicios, IVA excluído, no superior a 60.000 eruso.

El Secretario interventor:

- Con fecha 7 de enero de 2014 informó que, teniendo en cuenta la duración del contrato de 2 años recogida en la Providencia del Alcalde y que el coste anual del servicio era de 49.589 euros, se estimaba que el valor del contrato era de 99.178 euros, concluyendo que la competencia como órgano de contratación correspondía al Alcalde.
- Con fecha 18 de enero de 2014, informó sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir, indicando que se trataba de un contrato de servicios, así mismo que la adjudicación se pretende llevar a cabo por procedimiento negociado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 174 e) y 177.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, en vigor desde el 16/12/2011 hasta el 09/03/2018, de conformidad con estas disposiciones, tratándose de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 60.000 euros, se indica que deberán publicarse anuncios conforme a lo previsto en el artículo 142 y, en consecuencia, los pliegos deberían ser adaptados a esta circunstancia.

Con fecha 31 de enero de 2014 el Órgano de Intervención, con firma de KEPA URRUTIA KAREAGA, emitió informe indicando que existía consignación suficiente para autorizar el gasto.

Por Decreto de fecha 4 de febrero de 2014, examinados los informes

mitidos, el Alcalde resolvió:

- 1º) Aprobar el expediente de contratación para la prestación de servicios de asistencia jurídica al Ayuntamiento de Zaratamo, por un importe máximo de 60.000 euros y por el plazo de hasta 14 meses según procedimiento negociado sin publicidad.
- 2º) Aprobar el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- 3º) Iniciar el procedimiento de adjudicación solicitando la participación de, al menos, tres profesionales solventes y con reconocida capacidad.
- 4º) Solicitar del órgano de intervención externo la retención del crédito.
- 5º) De ser favorable la fiscalización previa, que por el Secretario-Interventor se emita informe-propuesta.
- 6º) Dar cuenta al pleno

El día 7 de febrero de 2014 se remitieron invitaciones para participar en el expediente a ALVARO CUETO AGUINAGA, IRAULTZA BILBAO URIARTE y JUAN PABLO AYA ZULAICA. Los tres presentaros ofertas en el plazo establecido.

El día 14 de marzo de 2014, con intervención del Alcalde y un funcionario del Ayuntamiento, se procedió a la apertura de las ofertas y a la clasificación de las mismas levantándose la oportuna acta con el siguiente resultado:

	Servicios ofrecidos	nº abogados	frecuencia	oferta econ.	TOTAL
ALVARO	20 puntos	5 puntos	13 puntos	40 puntos	78
PABLO	10 puntos	5 puntos	7 puntos	31,73 pts	54
IRAULTZA	15 puntos	10 puntos	5 puntos	39,42 pts	70

Se propuso como adjudicatario al licitador que había presentado la oferta económica más ventajosa.

En esta ocasión, al haberse contestado a la invitación del Ayuntamiento por los otros letrados:

1º) Mediante Decreto del Alcalde de 17 de marzo de 2014 se adjudicó el contrato a ALVARO CUETO AGUINGA por ser la oferta económica más ventajosa y el contrato se firmó, no ajustándose al pliego ni a la oferta al excluirse de los servicios a prestar la redacción de los diferentes instrumentos urbanísticos, por el Alcalde y el Sr. CUETO, el día 4 de abril (por error se dice que de 2013) para un plazo de 14 meses sin posibilidad de prórroga y por un importe mensual de 3.400 euros más el IVA correspondiente.

2º) Con el fin de que el Sr. Cueto, a pesar del contenido del Pliego y del contrato, cobrase la cantidad de 81.600 euros anuales que había venido percibiendo durante los años anteriores y que el contrato durase dos años, a pesar de que el contrato expiró en el mes de junio de 2015, ALVARO CUETO continuó prestando los mismos servicios al Ayuntamiento de Zaratamo y cobrando la misma cantidad de 3.400 euros al mes más el IVA correspondiente hasta la firma del siguiente contrato que se produjo en marzo de 2016, completando de esta manera el plazo de 2 años y el referido importe.

Además, ALVARO CUETO emitió la Factura nº 7/15 de 18 de mayo por importe de 998,25 euros en concepto de Elaboración de la memoria y del contenido jurídico-urbanístico del Programa de actuación urbanizadora del Sector Residencial "Gurutzalde bidea C" del planeamiento municipal de Zaratamo, Art. 154.1 LSUPv, servicio incluido en el pliego y en la oferta, no así en el contrato que se firmó.

3º) Tramitó el “*expediente de contratación para la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y urbanístico año 2015/2016*”

Por Providencia de 20 de julio de 2015 el Alcalde dispuso:

- 1º) Que se iniciara el procedimiento de contratación para la prestación del servicio de asistencia jurídica en el ámbito del urbanismo con una duración de dos años y un coste estimado anual de 49.368 euros.
- 2º) Que por el órgano de intervención externo se emita informe sobre la existencia de consignación presupuestaria suficiente.
- 3º) Que por el Secretario-Interventor se emita informe sobre el porcentaje que supone la contratación en relación con los recursos ordinarios del presupuesto vigente a los efectos de determinar el órgano competente para contratar.
- 4º) Que por el Secretario-Interventor se emita informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir.
- 5º) Que se elaboren los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

El Secretario-Interventor:

- Con fecha 27 de julio de 2015 informó que el órgano competente para la contratación era el Alcalde.
- Con fecha 5 de agosto de 2015, emitió informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir y en el que indicó, entre otras cuestiones, que:
  - 1º) A pesar de que el anterior contrato expiró en el mes de junio, ALVARO CUETO continuaba prestando servicios, indicando que la situación era, cuando menos, irregular, así como a la necesidad de creación de una plaza en la plantilla orgánica municipal.
  - 2º) En cuanto al procedimiento de contratación, el procedimiento negociado, al ser el valor estimado del contrato de 81.600 euros, es decir superior a 60.000 euros, es necesaria la publicación de anuncios de conforme a los artículos 142, 174.e) y 177.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, haciendo expresa mención a la necesidad de convocatoria de licitación en el Boletín Oficial de Bizkaia.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares fechado el 7 de octubre de 2015 y firmado por el Alcalde, se determina que el contrato se adjudicará por el procedimiento negociado sin publicidad, el plazo del contrato se fija en 17 meses sin posibilidad de prórroga y el precio total de los servicios no superará la cantidad de 60.000 euros, IVA excluido.

Mediante Decreto del Alcalde de 9 de octubre de 2015 aprobó el expediente de contratación para la prestación del servicio de asesoría jurídica por letrado especializado en la materia de urbanismo, por un importe máximo de 60.000 euros, IVA no incluido, y por el plazo máximo de 17 meses según procedimiento negociado sin publicidad, y se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Con fecha 23 de octubre de 2015 se emitió nuevo informe por parte del Secretario-Interventor en el que se realizaba la siguiente propuesta:

- 1º) Suspender e informar desfavorablemente, en su caso, el inicio del procedimiento de adjudicación

- 2º) Motivar la alteración del contenido del expediente de contratación que se encuentra en tramitación
- 3º) Dar traslado al Secretario-Interventor del pliego de cláusulas administrativas particulares para su informe.

A petición del Alcalde, en vista del informe anterior, se emitió por la letrada MARTA MORENO MARCOS, con fecha 30 de diciembre de 2015, un informe-propuesta en relación a la propuesta de suspensión del inicio del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios se asesoría jurídica emitida por el Secretario-Interventor con fecha 23 de octubre de 2015. En este informe se recoge que:

- *“En cuanto a la modificación producida en la duración y valor estimado del contrato, en relación con la petición inicial de información previa, concluyo que es producto de la autonomía de la que dispone el órgano competente para la contratación del servicio. Puesto que la normativa vigente ampara la contratación de servicios mediante el procedimiento negociado sin publicidad justificado únicamente por la cuantía, no cabe exigir más que la motivación que dio pie a dicha alteración”.*
- En cuanto a la reducción de la duración del contrato indica que *“me parece coherente si se tiene en cuenta dichos plazos (de entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público que en ese momento aún era proyecto de ley) y en aras a establecer una planificación de la contratación pública de servicios que se adecue con la nueva normativa. Una medida ajustada en mi opinión a la necesaria transición que exige el cambio de regulación en la materia.”*
- Concluye *“que es adecuado a derecho continuar con el procedimiento de adjudicación elegido por el órgano de contratación según los antecedentes de hecho descritos ut supra y suspendido a propuesta del Sr. Secretario Interventor en base a las motivaciones antedichas.”*

Por Decreto del Alcalde de fecha 4 de enero de 2016 se resolvió proseguir con el expediente de adjudicación para la prestación del servicio de asesoría jurídica a prestar por Letrado especializado en la materia del urbanismo, por un importe máximo de 60.000 euros, IVA no incluido, y por el plazo máximo de 17 meses según procedimiento negociado sin publicidad, conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas aprobadas mediante Decreto de Alcaldía de 9 de octubre de 2015.

El mismo día se remitieron invitaciones a ALVARO CUETO AGUINAGA, JUAN PABLO AIA ZULAIKA y JUAN SOLATXI MARTIN, remitiendo los tres en el plazo previsto al efecto las correspondientes proposiciones.

En esta ocasión, al haberse contestado a la invitación del Ayuntamiento por los otros letrados:

- 1º) El 29 de enero de 2016 se procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores y se acuerda convocarles para la apertura de las ofertas y la negociación. El día 5 de febrero de 2016, con presencia del Alcalde y un funcionario del ayuntamiento, se procedió a la clasificación de las propuestas resultando la más ventajosa la presentada por ALVARO CUETO, resolviéndose la adjudicación a éste.
- 2º) Mediante Decreto del Alcalde de 15 de febrero de 2016 se dispuso adjudicar el contrato de servicios a ALVARO CUETO AGUINAGA por importe de 57.800 euros más IVA por un plazo de 17 meses y se le requiere para que presente diversa documentación. El Sr. CUETO presentó la documentación requerida el 26 de febrero de 2016.



3º) El día 29 de febrero de 2016 se dictó Decreto del Alcalde en el que dispuso: 1º) Adjudicar el contrato a ALVARO CUETO AGUINGA; 2º) Disponer del gasto con cargo a la partida presupuestaria correspondiente; 3º) Notificar la adjudicación a los candidatos; 4º) Notificar a ALVARO CUETO al objeto de formalizar el contrato; 5º) Publicar la adjudicación en el perfil del contratante; 6º) Comunicar los datos básicos del contrato al Registro de Contratos del Sector Público; 7º) Dar cuenta al pleno.

4º) El contrato se firmó por el Alcalde y ALVARO CUETO el día 11 de marzo de 2016, con lo que la fecha de finalización sería el 11 de agosto de 2017.

5º) Sin embargo, tras la expiración del contrato ALVARO CUETO continuó prestando más de un año los mismos servicios al Ayuntamiento de Zaratamo y cobrando la misma cantidad de 3.400 euros al mes más el IVA correspondiente hasta la firma del siguiente contrato que se produjo el 3 de diciembre de 2018.

4º) Tramitó el *expediente de contratación para la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y urbanístico año 2018*:

En fecha no determinada, entre finales de 2017 y principio de 2018, el Ayuntamiento encargó a la empresa ICESA, y en concreto a JOSE MANUEL MORENO VICENTE, la elaboración de los pliegos para la contratación de servicios, entre los que se encontraban los servicios de asesoría jurídica y urbanística.

Entre el 15 febrero y el 5 marzo de 2018 JOSE MANUEL MORENO VICENTE cruzó varios correos electrónicos con el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Zaratamo, el SR. GARROTE, para que éste revisara los borradores de los pliegos que se estaban confeccionando antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (entrada en vigor 9 de marzo de 2018), ley que no contemplaba el procedimiento negociado sin publicidad.

Por Providencia de Alcaldía de 20 de febrero de 2018, se expone que vista la necesidad de suscribir un contrato de servicios de asesoría jurídica durante un periodo de un año y visto que existe consignación presupuestaria, se dispone:

- 1º) Que por el órgano externo de intervención se emita informe de fiscalización.
- 2º) Que por el Secretario-interventor se emita informe de intervención
- 3º) Que por el Secretario-Interventor se emita informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir
- 4º) Que por los servicios técnicos contratados al efecto se redacte borrador de Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales y Particulares.

El día 21 de febrero de 2018 se emitió informe por parte del órgano de Intervención indicando que existía consignación suficiente para autorizar el gasto por importe 49.500 euros, cuantía que suponía un 2,41% sobre los recursos del Ayuntamiento.

Mediante informe de 26 de febrero de 2018 el Secretario-interventor, indicó que para emitir los informes requeridos necesitaba conocer el importe del contrato.

Mediante escrito firmado por el Alcalde el 28 de febrero de 2018, en respuesta al anterior informe del Secretario-Interventor, se consigna que el importe es de 40.909 euros más IVA, la duración del contrato de 1 año con prórroga de otro año más por lo que el importe total del contrato será de 81.818 euros más el IVA correspondiente.

Con fecha 5 de marzo de 2018 se emitió informe de Intervención en el que constaba que el porcentaje que suponía la contratación en relación con los recursos ordinarios del presupuesto vigente era del 4,82% y que se disponía de crédito presupuestario suficiente. Así mismo, añadía que *“Con anterioridad al inicio del expediente de adjudicación y antes de proceder a la aprobación del gasto se me deberá remitir el Pliego de cláusulas administrativas particulares para informar, desde el ámbito de la intervención, en relación con la procedencia o no de dicha aprobación”*.

Con fecha 6 de marzo de 2018 el Secretario-Interventor emitió informe jurídico sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir en la contratación. En concreto, establece la necesidad de convocatoria de licitación en el Boletín Oficial de Bizkaia por ser el valor estimado del contrato superior a 60.000 euros

Mediante Decreto del Alcalde de 8 de marzo de 2018 se resolvió:

1º) Aprobar el expediente de contratación mediante el procedimiento negociado sin publicidad para la prestación del servicio de asistencia jurídica en materia de urbanismo a prestar por abogado, en base al presupuesto de licitación de 40.909,00 euros y 8.591,00 en concepto de IVA (sin hacer referencia al plazo) 2º) Aprobar el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas; 3º) Iniciar el procedimiento de adjudicación; 4º) Solicitar del órgano de intervención externo la retención de crédito que acredite que existe crédito suficiente y adecuado; 5º) De ser favorable la fiscalización previa, que por el Secretario-interventor se emita informe al respecto y 6º) Dar cuenta al Pleno.

El mismo día 8 de marzo de 2018 se remitieron invitaciones para participar en la licitación a JUAN SOLATXI, ALVARO CUETO y JON LOPEZ DE BERISTAIN.

El pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por procedimiento negociado sin publicidad del contrato de servicio de asesoría jurídica (documento sin fecha), determinaba la publicación de la licitación en el perfil del contratante (en la página web del Ayuntamiento), en el apartado relativo a presupuesto, precio máximo y valor estimado del contrato establece que el presupuesto formulado por la administración es de 40.909,00 euros y 8.591,00 en concepto de IVA y que, teniendo en cuenta que la duración del contrato será de un año prorrogable por otro año más, el valor estimado del contrato será de 81.818 euros más el IVA correspondiente.

Con fecha 14 de marzo de 2018 el Secretario Interventor realizó un informe jurídico en el que, entre otros extremos, indicaba que no se le había dado traslado del pliego de cláusulas administrativas particulares y que, por la cuantía, el procedimiento adecuado era el negociado con publicidad, por lo que era necesaria la convocatoria de licitación en el Boletín oficial de Bizkaia.

Con la misma fecha elaboró el Secretario Interventor otro informe sobre la fiscalización previa del gasto (apartado 4º del Decreto de 8 de marzo) manifestando su disconformidad toda vez que no le constaba ni la expedición de la certificación de retención del crédito ni se le había dado traslado del pliego.

El día 16 de marzo de 2018, sin requerimiento ni solicitud previa, el Secretario Interventor elaboró un informe en relación con la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento jurídico dirigido al Sr. Alcalde en el que pone en su conocimiento “la posibilidad y conveniencia de revisión” de diversos expedientes de contratación, entre los que se encontraba el relativo a los servicios de asesoría jurídica, por considerar que han sido dictados con infracción de la legalidad vigente. La infracción consistiría en la falta de traslado para informe del pliego de cláusulas, y la falta de publicidad de la licitación en el BOB y en el perfil del contratante.

Entre los días 23 y 26 de marzo de 2018 se presentaron tres proposiciones para tomar parte en el expediente de contratación por parte de ALVARO CUETO, JUAN SOLATXI y JON LOPEZ DE BERISTAIN, de lo que dejó constancia por el Secretario Interventor el 13 de abril de 2018.

El día 23 de abril de 2018 se emitió por parte de MANUEL MORENO DE VICENTE, de la empresa ICSA, informe relativo a la corrección de errores materiales apreciados en el procedimiento de contratación para la adjudicación del servicio de asistencia jurídica en materia de urbanismo. Se propone, conforme a los razonamientos jurídicos contenidos en el mismo, la corrección de errores detectados por el Secretario Interventor en el pliego de cláusulas.

Con fecha 25 de mayo de 2018 se dictó Decreto del Alcalde en el que se disponía subsanar el error material apreciado en las cláusulas 4º, 5º, 7º y 9º del pliego de cláusulas, de tal manera que en el perfil del contratante lo que se publicaría sería el contrato (no la licitación) y el plazo de duración del contrato sería de 1 año sin posibilidad de prórroga. Se concede un plazo adicional de 10 días a los licitadores para que ajusten sus proposiciones económicas al plazo de un año.

Tras el oportuno traslado, los licitadores mantuvieron las ofertas formuladas.

Posteriormente se procedió a la apertura de los sobres B (20 de agosto de 2018) y C (21 de agosto de 2018) y a la valoración de las ofertas y su calificación con el siguiente resultado: ALVARO CUETO 73,85 puntos; JON SOLATXI 65,42 puntos y JON BERISTAIN 64,14 puntos

Se notificó a los licitantes y se dio un plazo de 10 días para formular mejoras a las propuestas formuladas, sin que se presentara finalmente ninguna.

Mediante Decreto del Alcalde de 24 de septiembre de 2018 se dispuso: 1º) Adjudicar el contrato para la prestación de servicios de asistencia jurídico-urbanística al candidato con la oferta económica más ventajosa y 2º) Notificar y requerir a ALVARO CUETO para que presente documentación justificativa de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; 3º) Notificar la adjudicación al resto de candidatos y 4º) Dar cuenta al Pleno.

El contrato se firmó por el Sr. Alcalde y ALVARO CUETO el día 3 de diciembre de 2018 estableciéndose un plazo de duración de 1 año y un precio mensual de 3.409 euros más el IVA correspondiente.

4.En el Pleno de 29 de noviembre de 2018 se creó en el Ayuntamiento de Zaratamo el puesto de Técnico de Administración General (TAG) Asesor Jurídico y en el Pleno de 15 de junio de 2019 fue elegido Alcalde Alberto Ugarriza Urrutikoetxea.

El Ayuntamiento de Zaratamo prescindió de los servicios del Sr. CUETO AGUINAGA con fecha 3 de diciembre de 2019, tras la finalización del último contrato de fecha 3 de diciembre de 2018.

ALVARO CUETO AGUINAGA formuló demanda frente al Ayuntamiento de Zaratamo sobre reconocimiento de derecho de relación laboral que se siguió ante el Juzgado de lo Social nº1 de Bilbao, Asunto Social Ordinario 306/19.

Así mismo, formuló demanda en materia de despido, siendo demandados el Ayuntamiento de Zaratamo y FOGASA, que se ha seguido ante el Juzgado de lo Social nº10 de Bilbao, procedimiento de Despidos 3/20.

Celebrado acto de conciliación, el Ayuntamiento, representado por el Alcalde, reconoció la improcedencia del despido y optó por la readmisión del trabajador, ocupando el Sr. CUETO el puesto de TAG Asesor Jurídico.

## 2.CALIFICACIÓN

Los anteriores hechos son indiciariamente constitutivos de un delito de prevaricación previsto en el artículo 404 CP a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una

resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

Son elementos del tipo de prevaricación los siguientes (por todas, STS, Sala 2ª, nº 311/2019 de 14 Junio:

1º. Una resolución dictada por autoridad o funcionario público. La condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo. Señala la Jurisprudencia que, *“En cuanto al concepto de resolución en asunto administrativo, por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que la define como "acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo". En este sentido, la STS nº 406/2004 y, entre otras muchas, la STS nº 597/2014, de 30 de Julio, en la que se dice: "Decía esta Sala de lo Penal, en su STS 787/2013, de 23 de octubre, con citación de otras, que el concepto de resolución administrativa no está sujeto, a nuestros efectos prejudiciales debemos añadir, a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno, así como los denominados actos de trámite (vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva".*

2º. Que la resolución dictada sea objetivamente contraria a derecho.

3º. Que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales de procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.

4º. Que ocasionen un resultado materialmente injusto.

5º. Que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. Sobre este último elemento del tipo señala la Jurisprudencia que:

*“Se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23- 5-1998;4-12-1998;STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre ), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm.727/2000, de 23 de octubre).*

*(...) Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible*

*mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm.1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm.878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada - desde el punto de vista objetivo - no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico- jurídico aceptable. (STS nº 1658/2003, de 4 de diciembre).*

En primer lugar, hay que determinar la legislación aplicable en materia de contratos del sector público en cuanto al procedimiento negociado con y sin publicidad.

En relación con estos expedientes serían de aplicación, en primer lugar, la Ley 30/2007 de 30 de octubre, *de Contratos del Sector Público*, y, posteriormente Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 11 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* y que ha permanecido vigente hasta la publicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público* (entrada en vigor 9 de marzo de 2018).

Ambos textos regulan el llamado procedimiento negociado para la adjudicación de contratos, que puede ser a su vez con o sin publicidad, y lo hacen en similares términos, estableciéndose:

- Con carácter general (art. 153.2 L30/07 y art. 169.2 TRLCSP) el procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en la ley, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado.
- En los supuestos en los que no sea necesario dar publicidad al procedimiento, se asegurará la concurrencia mediante la solicitud, al menos, de 3 ofertas a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato siempre que ello sea posible.
- Se permitía acudir al procedimiento negociado para la contratación de servicios en los supuestos determinados en la ley (art. 158 Ley 30/07 y art. 174 TRLCSP respectivamente) previéndose esta posibilidad en todo caso si el importe del contrato no superaba los 100.000 euros.
- En estos supuestos en concreto (procedimiento negociado por ser el valor de contrato inferior a 100.000 euros) se establecía la obligación de publicar anuncios solamente cuando su valor fuera superior a 60.000 euros.

Las normas expuestas establecían asimismo (art. 74 L30/07 y 86 TRLCSP) 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 los supuestos en que el objeto del contrato permita el fraccionamiento o de contratación separada de prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto.

Por lo que respecta a su duración (art. 279 L30/07 y art. 303 TRLCSP) se establecía que los contratos de servicios no podían tener una duración superior a 4 años, si bien podía preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes, siempre que la duración total de contrato no excediera de 6 años.

Examinado el expediente de contratación correspondiente al ejercicio 2008, no se aprecia en el mismo ninguna irregularidad relevante a los efectos del presente procedimiento. Se contrata al Sr.

CUETO por 2 años por un total de 60.000 euros, lo que suponen 2.500 euros al mes IVA no incluido. Únicamente se aprecia que la fecha del contrato (24 de junio) sería anterior al Decreto de Alcaldía que resuelve el expediente de contratación, incluso anterior a la fecha tope para la presentación de ofertas. Por parte del Sr. IBARRETXE se indicó que desconocía este dato y que, lo más probable es que se tratara de una errata.

No ocurre lo mismo con respecto al expediente del 2010. La oferta del Sr. CUETO no cumplía con las especificaciones del pliego, ni con respecto a la cuantía ni con respecto al contenido del contrato. En el pliego se establecía que la cuantía del contrato sería de 60.000 euros y la duración del mismo de 2 años, sin embargo, la oferta realizada ascendía a un total de 81.600 euros (3.400 euros al mes por 2 años de duración del contrato). Esta cifra 81.600 euros, además, quedaría por encima del límite legal de 60.000 euros establecido por la ley de contratos para poder recurrir al procedimiento negociado sin publicidad. Por otro lado, en la oferta realizada por el Sr. CUETO se excluía específicamente la redacción de instrumentos de planeamiento e instrumentos urbanísticos que, conforme al pliego, eran objeto del contrato. Sin embargo, en el Decreto de adjudicación de 13 de julio de 2010 se dice que la propuesta cumple con los requisitos contenidos en el Pliego de condiciones administrativas para, posteriormente, firmarse un contrato que no se corresponde con el citado pliego ya que se ajusta a la oferta presentada.

En este sentido, llama la atención que el único invitado de los tres que presenta propuesta es el Sr. CUETO y que, además, presenta una oferta que no se ajusta al pliego, ni por el contenido ni por la cuantía. Precisamente, en su condición de asesor jurídico, el Sr. CUETO debía conocer que esa oferta debería haber sido desestimada por no ajustarse al pliego.

Además, el expediente anterior se había tramitado respetando la legislación aplicable, lo que es indicativo de que los intervinientes, tanto el Alcalde SR. IBARRETXE como el SR. CUETO, la conocían.

De esto se desprende la existencia de indicios de que esta contratación se realizó así de forma consciente y voluntaria, con pleno conocimiento de que se vulneraba la legislación en materia de contratos.

En el expediente tramitado en 2011, al igual que sucedió con el expediente inmediatamente anterior, existen varias irregularidades tanto en cuanto a la cuantía del contrato como en cuanto a que quedó fuera del contrato la redacción de instrumentos del planeamiento a pesar de formar parte del objeto del contrato según el Pliego y de la propia oferta presentada. Además, hay que tener en cuenta que ya había un contrato en vigor firmado por dos años en julio de 2010. Con respecto a la cuantía el Pliego establecía que el precio sería cuantificado mensualmente siendo el importe máximo establecido de 3.600 euros al mes, impuestos excluidos hasta un máximo de 54.500 euros y que la duración del contrato sería de un año prorrogable por otro año más.

Sin embargo, teniendo en cuenta el importe mensual del contrato, el valor del mismo sería de 86.400 euros (3.600 por 24 meses de duración) lo que excedería tanto del límite legal para recurrir al procedimiento negociado sin publicidad para contratos de servicios, establecido en 60.000 euros, como del importe máximo que se establece en el propio pliego de 54.300 euros, que, a razón de 3.600 euros mensuales, solo abarcaría un periodo de 15 meses.

Nuevamente, de entre los tres profesionales a los que se remitió invitación el único que presentó oferta fue el SR. CUETO y, en esta ocasión sí se ajustó al pliego (3.400 euros mensuales plazo de 1 año prorrogable por otro). Sin embargo, en el contrato se excluye *la redacción de instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, convenios, pliegos y contratos administrativos* y ello a pesar de formar parte del objeto del contrato según el Pliego y de la propia oferta presentada.

El resultado final es que, nuevamente, el contrato ha tenido una duración de dos años y un coste total (IVA no incluido) de 81.600 euros, lo que excede del límite del contrato negociado sin

publicidad.

A esto habría que añadir que el SR. CUETO continuó trabajando y cobrando de la misma manera hasta la firma del siguiente contrato 4 meses después y que emitió el 12-9-2012 una factura por importe de 3.872,00 euros en concepto de encargo profesional según contrato de servicios de asesoramiento para la elaboración del Texto Refundido del Proyecto de Reparcelación UE6 de las Normas Subsidiarias de Zaratamo.

En el expediente tramitado entre diciembre de 2013 y abril de 2014 no se indica en la providencia de inicio ni el plazo del contrato ni la cuantía, únicamente se hace referencia a que el coste del servicio en 2012 ha ascendido a 49.589 euros.

El Secretario Interventor emitió informe expresando la necesidad de conocer la duración del contrato para poder informar sobre el procedimiento a seguir y por Providencia del alcalde de 20-12-13 que la duración del contrato será de 2 años *“dando así continuidad a la prestación de servicios de asesoramiento externo que ha contratado el Ayuntamiento de Zaratamo durante los últimos 6 años”*. Sin embargo, en el Pliego que se fecha el 2-1-2014 se establece un plazo de duración de 14 meses sin posibilidad de prórroga y que no se superarían los 60.000 euros. El informe del Secretario Interventor de 7-1-2014, teniendo en cuenta el plazo de 2 años establecido en la Providencia de Alcaldía y el coste del servicio en 2012, establece que el coste estimado del contrato es de 99.178,00 euros. En otro informe 18-1-2014, referido al procedimiento a seguir, teniendo en cuenta la cuantía del contrato, indica en el apartado segundo que *“deberán publicarse anuncios conforme a lo previsto en el artículo 142 del mismo texto legal y, en consecuencia, los pliegos de los que se me ha dado traslado deberán ser adaptados a esta circunstancia”*.

Para sortear esta circunstancia, el plazo del contrato, para un servicio que se prestaba de continuo como se recoge en las propias Providencias de Alcaldía y cuya necesidad se desprende de la sucesiva concatenación de contratos, esta vez se estableció en 14 meses sin ninguna motivación en particular. Este plazo permite que, al menos técnicamente, se mantenga la posibilidad de un salario mensual de 3.400 euros (que es la cuantía por la que se habían adjudicado los contratos anteriores y por la que finalmente se adjudicó este) sin rebasar el límite de 60.000 euros (de hecho, el importe total serían 47.600 euros) previsto para poder acudir al procedimiento negociado sin publicidad. Por otro lado, se retrasó el inicio de un nuevo expediente de contratación para que el Sr. CUETO continuase trabajando hasta marzo de 2016 tras la expiración de los 14 meses en junio de 2015, resultando al final una duración total real de 2 años con un importe total de 81.600 euros.

Además, en el contrato se excluyó a prestación del servicio consistente en la redacción de los diferentes instrumentos urbanísticos (folio 352), siendo que tanto en el pliego (folio 233) como en la oferta presentada por el Sr. Cueto (folio 278), se contemplaba este servicio.

De la misma manera actuaron en el expediente iniciado en julio de 2015 y finalizado en abril de 2016. En la Providencia se contempló que el contrato proyectado tendría una duración de 2 años y por el Secretario Interventor se informó que el procedimiento a seguir sería el negociado con publicidad al superarse el umbral de los 60.000 euros. Para sortear el informe, en los posteriores pliegos de condiciones y Decreto de aprobación, se modificó el plazo de duración a 17 meses de manera que la cuantía total del contrato no superase los 60.000 euros. Al proponer el Secretario la paralización del expediente, se encargó por el Alcalde un informe jurídico en el que se estimaba justificada tal modificación y además congruente con la próxima entrada en vigor de la nueva ley de contratos (sin embargo, en virtud del plazo establecido el contrato finalizó en agosto de 2017 y la nueva ley de contratos entró en vigor en marzo de 2018, la duración de 2 años era más coherente con esa afirmación...). Sobre la base de este informe el Alcalde resolvió la continuación del expediente en los mismos términos.

Al igual que con el contrato anterior, se modifican los plazos de duración para que la cuantía total del valor del contrato no sobrepase los 60.000 euros y se pueda recurrir al procedimiento negociado sin publicidad.

El Sr. CUETO volvió a presentar una oferta que nuevamente suponía una factura mensual de 3.400 euros, resultando finalmente adjudicatario. Sin embargo, como en las ocasiones anteriores, el Sr. CUETO continuó trabajando y cobrando una vez expirado el plazo de 17 meses, el 11 de agosto de 2017, hasta diciembre de 2018, es decir, otros 16 meses. De hecho, el último expediente de contratación no se inició hasta marzo de 2018, fecha en la que se hubieran cumplido precisamente dos años de contrato.

Respecto del expediente iniciado en marzo de 2018, consta que se contrataron por parte del Ayuntamiento los servicios de una empresa externa para la elaboración de los pliegos y los contratos. Se han aportado diversos correos electrónicos intercambiados entre el responsable de la citada empresa y el Secretario Interventor. En ellos el propio Secretario Interventor hace referencia (folio 465) a una reunión mantenida en diciembre en la que se le transmitió la intención del Sr. Alcalde de llevar a cabo la contratación de diferentes servicios, preguntado los pasos a seguir para que la tramitación fuera totalmente legal y evitar posibles reparos. Ello no obstante volvieron a producirse discrepancias ya que, si bien en la resolución de inicio del expediente se hacía referencia a que la duración del contrato sería de 1 año sin alusión a eventuales prórrogas, en documentos posteriores, como el pliego de cláusulas, se hacía referencia a que el contrato duraría 1 año con posibilidad de prórroga por otro año más. Este plazo de 2 años determinaba que la cuantía del contrato superase los 60.000 euros y que, por lo tanto, el procedimiento adecuado para la contratación fuera el negociado con publicidad lo que se puso de manifiesto por el Secretario Interventor que, en otro informe, planteó la conveniencia de revisar los actos administrativos dictados por infracciones cometidas (la falta de traslado para informe del pliego de cláusulas, y la falta de publicidad de la licitación en el BOB y en el perfil del contratante). En estas circunstancias se recabó informe jurídico respecto a los citados errores materiales en el que se concluía proponiendo la corrección de errores detectados por el Secretario Interventor y, en virtud de este informe, se procedió a resolver por parte del Alcalde acordando la subsanación de errores.

En cuanto al motivo por el que se produce la infracción de las normas de contratación pública, de las diligencias practicadas se desprende que existía una necesidad permanente en el Ayuntamiento de contar con los servicios de un letrado asesor en temas de urbanismo como lo demuestra el hecho de que se realizara un expediente de contratación detrás de otro y, fundamentalmente, el hecho de que quien prestaba esos servicios, una vez finalizado el contrato, continuaba trabajando de la misma manera y presentando para el cobro las correspondientes facturas de suerte que el servicio se prestó sin solución de continuidad desde 2011 hasta 2019, pero, de los informes remitidos por el Departamento de Administración pública y Relaciones Institucionales de la Diputación Foral de Bizkaia y el Departamento Gobernanza y Función Pública del Gobierno Vasco, se desprende que la creación de nuevas plazas estuvo muy limitada en ese periodo de tiempo. En el Ayuntamiento de Zaratamo se llevaron a cabo actuaciones tendentes a la creación de la plaza; así en 2015 se contrató a una empresa externa para la confección de la RPT y en 2018 se inició el proceso que culminó con la creación del puesto de TAC. El propio Secretario Interventor del Ayuntamiento, Sr. GARROTE, reconoció en su declaración que, aun cuando se tratara de funciones estructurales que debían prestarse por funcionario público, en tanto se creaba la plaza era adecuado recurrir a otros procedimientos de contratación.

También ha quedado acreditado a través de las declaraciones testificales que el procedimiento negociado sin publicidad era el procedimiento utilizado habitualmente por el Ayuntamiento para la contratación no solo de los servicios jurídicos en materia de urbanismo, sino también de otros servicios como aparejador o asesor economista.

Sin embargo, entre la creación de una plaza de funcionario y recurrir al contrato negociado sin publicidad hay otras opciones de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público, menos excepcionales y más garantistas con respecto a los principios que han de regir la contratación pública, a los que se podía y debía haber acudido por darse los presupuestos legales para ello, pero los investigados optaron, como se desprende del examen de los expedientes de contratación realizados entre 2011 y 2018 por el procedimiento negociado sin publicidad para contratar al Sr. Cueto durante dos años a 3.400 euros al mes, siendo un procedimiento más sencillo en el que



bastaba que el órgano de contratación remitiera invitaciones a participar a tres profesionales por él escogidos, y que las infracciones que se cometían las cambiaban en función de las circunstancias y se acomodaban para crear la apariencia de cumplimiento de la legalidad y lograr de esta manera alcanzar el resultado idéntico en todos ellos: la contratación del Sr. CUETO a razón de 3.400 euros al mes (3.409 euros en el último contrato) continuando con la misma dinámica que se había iniciado en 2010. Así:

- En 2011 la única oferta que se presenta es la del SR. CUETO cuando, además, ya tenía un contrato en vigor; en lugar de hacer notar que ya está contratado el servicio se limita a presentar oferta.
- También en el contrato de 2011 se da la circunstancia de que no se respeta el pliego de condiciones, al igual que sucedió en 2010, siendo precisamente los dos expedientes en los que la única oferta presentada es la del SR. CUETO.
- Además, en estos dos expedientes, la contratación es por dos años a razón de 3.400 euros al mes, con lo que la cuantía del contrato excedía los 60.000 euros, rebasando los límites del procedimiento negociado sin publicidad.
- En los ulteriores expedientes, en los que ya sí se presentan otras ofertas por parte de los invitados a participar, sí se respetan los términos del pliego, sin embargo, se ajustan los plazos con la finalidad de poder recurrir al procedimiento negociado sin publicidad.
- Independientemente de la duración, 14 meses o 17 meses, se mantiene la cuantía del contrato en 60.000 euros lo que no guarda ninguna proporción, máxime si se tiene en cuenta que se termina contratando siempre el mismo servicio por el mismo importe mensual.
- El Sr. CUETO a pesar de la finalización de los contratos continuaba trabajando y girando las correspondientes facturas por los mismos importes; el contrato de 14 meses terminó estirándose hasta los dos años y el de 17 meses duró 2 años y 9 meses, iniciándose los trámites para la última contratación precisamente transcurridos dos años de la firma del contrato de 2016. Por ello, los argumentos relativos a que 14 meses se correspondía con lo que quedaba de legislatura o que 17 meses se ajustaba a la entrada en vigor de la nueva ley de contratos son argumentos escogidos ad hoc para tratar de justificar y dar de apariencia de razonabilidad a la resolución.

Estaríamos ante un supuesto de fraccionamiento de contratos con la finalidad de acudir a procedimientos de contratación más laxos.

Si analizamos por separado cada una de las ilegalidades o irregularidades cometidas se podría pensar que se trata de meras infracciones administrativas o incluso errores subsanables, sin embargo, de su examen conjunto se desprende la concurrencia de indicios de que la finalidad perseguida era la contratación del Sr. CUETO para la prestación de servicios de asesoría jurídica a razón de 3.400 euros al mes, recurriendo para ello al procedimiento negociado sin publicidad aún a sabiendas de que no se cumplían efectivamente los requisitos legales para ello, por ser éste un procedimiento más sencillo y manejable al no tener que realizarse una oferta pública. Todo ello con quiebra de los principios que han de regir la contratación pública.

Por lo tanto, concurren, al menos de forma indiciaria, todos los elementos del tipo de prevaricación administrativa:

1º) ROBERTO IBARRETXE y JON AJURIA tenían, en el momento de los hechos, la condición de Alcalde del Ayuntamiento de Zarátamo, por lo tanto, tenían la condición de autoridad o funcionario público. El SR. CUETO no ostentaba tal condición, sin embargo, en virtud de las circunstancias

expuestas a lo largo del presente fundamento, concurren indicio de su participación en los hechos en concepto de cooperador necesario.

2º) Las resoluciones dictadas serían las que ponen fin a los procedimientos de contratación, así como los respectivos contratos de servicios firmados (STS 200/2018 de 25 de abril, ROJ STS 1591/2018).

3º) Estas resoluciones de adjudicación y los contratos serían contrarios a la legalidad; en los contratos de 2010 y 2011 no se respetan las condiciones del pliego y no se respetan los límites del procedimiento de contratación escogido, en los correspondientes a 2014 y 2016 se alteran artificialmente los plazos con la finalidad de eludir procedimientos más complicados y con publicidad, favoreciendo la contratación de la misma persona por un plazo superior al establecido en el expediente por la vía de hecho.

4º) Estas resoluciones son perjudiciales y causan un resultado materialmente injusto porque suponen la quiebra de los principios que han de regir la contratación pública y porque finalmente produjeron la ocupación de la plaza de TAG por el Sr. Cueto.

5º) ROBERTO IBARRETXE y JON AJURIA, en los respectivos expedientes en los que intervinieron, conocieron que las resoluciones y los contratos no se ajustaban a la ley y, a pesar de ello, procedieron a su dictado y ello con la finalidad de hacer efectiva su voluntad de dar continuidad a la prestación de servicios por parte del SR. CUETO y con la participación de éste. El primero porque el contrato inicial lo celebró ajustándose a derecho y el segundo porque tenía conocimiento de los dos anteriores y en los siguientes conoció los informes del Secretario Interventor.

**TERCERO.-** La persona investigada ha prestado declaración en tal concepto, y ha sido informada de los hechos que se le atribuyen y de sus derechos.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Dispone el artículo 779.1.4.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), que practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez de Instrucción, si estimare que los hechos son constitutivos de un delito comprendido en el ámbito del procedimiento abreviado, acordará seguir el procedimiento ordenado en los artículos 780 y siguientes.

Esta decisión, habrá de contener la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se imputan, y no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquella en los términos previstos en el artículo 775.

**SEGUNDO.-** En el presente caso, los hechos por los que se siguen las diligencias son, de modo indiciario, constitutivos de delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, respecto de los hechos sobre la contratación de Alvaro Federico Cueto Aguinaga, sin perjuicio de la calificación que pueda resultar en definitiva, imputable como autores directos a los investigados JON AJURIA FISURE y ROBERTO SANCHEZ IBARRETXE y por lo tanto, comprendidos por su pena en el ámbito del procedimiento abreviado. Por otra parte, se ha identificado a los investigados que han prestado declaración en los términos del art. 775 de la Lecrim.

En cuanto al investigado ALVARO FEDERICO CUETO AGUINAGA, se considera que procede acordar el **sobreseimiento provisional** al entender que los hechos que se le imputaban sobre la contratación relacionada con las UER5 y sobre las facturas y minutas giradas al Ayuntamiento de Zaratamo por el mismo no revisten indicios de criminalidad suficientes como para encuadrarlos dentro del tipo penal de la prevaricación, estafa ni falsedad documental.

Procede, por tanto, seguir las presentes diligencias previas por los trámites ordenados en los artículos 780 y siguientes de la misma Ley por los hechos respecto de los investigados JON AJURIA FISURE y ROBERTO SANTOS IBARRETXE ZORRIKETA.

## **PARTE DISPOSITIVA**

Se acuerda seguir las presentes diligencias previas, por los trámites de los artículos 780 y siguientes de la LECr.

Las actuaciones se seguirán frente a **JON AJURIA FISURE y ROBERTO SANTOS IBARRETXE ZORRIKETA** en conceptos de encausados, por hechos referentes a la contratación de Alvaro Federico Cueto Aguinaga.

Se acuerda **el sobreseimiento provisional** parcial respecto de los hechos sobre la contratación relacionada con las UER5 y sobre las facturas y minutas giradas al Ayuntamiento de Zarátamo por Alvaro Federico Cueto Aguinaga.

Dése traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a las partes acusadoras, si las hubiere, para que en el plazo común de DIEZ DÍAS soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o excepcionalmente en su caso, la práctica de diligencias complementarias en el caso previsto en el apartado 2 del mismo artículo 780.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Contra esta resolución cabe interponer recurso de **REFORMA**, ante este Juzgado, en el plazo de **TRES DÍAS** desde su notificación.

Así mismo, cabe interponer recurso de **APELACIÓN**, bien directamente en el plazo de **CINCO DÍAS** desde su notificación, bien subsidiariamente junto con el de reforma para el caso de que este último no fuera estimado.

La interposición de cualquiera de estos recursos no suspenderá la eficacia de este auto.

Lo acuerda y firma S. S. Doy fe.

EL MAGISTRADO

LA LETRADA