

**T.S.J. MURCIA SALA CIV/PE
MURCIA**

AUTO: 00006/2015

MURCIA

RONDA DE GARAY, S/N

Teléfono: 968229383-968229196 Fax.: 968229128

Número de identificación único: 30030 31 2 2015 0100053
0010K0

INDETERMINADAS 0000001 /2015

NIG. 30030 31 2 2015 0100053

SOBRE: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

DENUNCIANTE/QUERELLANTE: MINISTERIO FISCAL

DENUNCIADO/QUERELLADO: RICARDO FERNANDEZ PUCHE, PEDRO ANTONIO SANCHEZ LOPEZ , FRANCISCA ROMERA MILLAN , PABLO APARICIO BORRACHERO , JUAN MIGUEL ROCHE MARIN , ELISEO SANCHEZ PLAZA , VICENTE GIMENO MERINO , MARTIN LEGARRAJA AZCARRETA , JOSE FERNANDEZ NAVARRO , CARIDAD GARCIA VIDAL , ANTONIO MARTINEZ LOPEZ , ANA MARIA FRUCTUOSO SANCHEZ , FRANCISCO DE ASIS PEREZ MARTINEZ

PROCURADOR:

ABOGADO:

Excmo. Sr.

D. Juan Martínez Moya

Presidente

Ilmos. Srs.

D. Manuel Abadía Vicente

D. Enrique Quiñonero Cervantes

=====

En Murcia, a dos de Marzo de dos mil quince.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, compuesta por los tres Magistrados de la misma, reseñados al margen, ha dictado

En nombre del Rey

el siguiente

A U T O nº 6/2015

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal ha presentado escrito de querella ante esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia en fecha 2 de Febrero de 2015.

SEGUNDO.- La presentación de la citada querella por el Ministerio Fiscal tiene su origen en la incoación, al amparo del artículo nº 5 de su Estatuto Orgánico, de las Diligencias de Investigación nº 88/2013.

TERCERO.- La querella se presenta ante esta Sala de Lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia al considerarla competente invocando los artículos 73.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 33.7 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, que atribuye a dicha Sala el conocimiento de las causas penales por delitos cometidos en la región por los miembros del Consejo de Gobierno, al ser uno de los querellados el Excmo. Sr. D. Pedro Antonio Sánchez López, actual Consejero de Cultura, Educación y Empleo, así como Diputado Regional.

CUARTO.- Los hechos de la querella se relatan cobijados bajo los siguientes epígrafes:

- A) Concurso de proyectos (páginas 1 a 13 de la querella)
- B) Concurso de obras (páginas 13 a 20 de la querella)
- C) Adjudicación y ejecución del contrato de obras (páginas 20 a 49 de la querella)
- D) Proyecto de obras complementarias al proyecto básico y de ejecución de Teatro-Auditorio y edificio polivalente (pabellones de danza-música, exposiciones-congresos y sótano para aparcamientos) (páginas 49 y 50 de la querella)
- E) Subvención (folios 50 a 52)
- F) Acta de recepción de la obra inacabada (folios 52 y 53)

Se cita a continuación la normativa infringida en ambos concursos (Directivas 2004/18, 2014/24, TRLCAP) y en la gestión de la subvención y la recepción de obras (Decreto 349/06, de 22 de diciembre de concesión de la subvención al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, ley General de Subvenciones, Ley de Subvenciones de la COAMU, RDLG 2/2000, RGC, art.58). En otro apartado se mencionan los fundamentos legales de la querella.

QUINTO.- La querella se dirige contra los siguientes querellados:

- D. Pedro Antonio Sánchez López,
- Los miembros de la Junta de Gobierno Local que participaron en los acuerdos de fecha 14/02/08 y 25/03/08,
- Da. Caridad García Vidal,
- Da. Francisca Romera,
- D. Pablo Aparicio Borrachero,
- D. Martín Lejarraga Azcarreta,
- D. Francisco de Asís Pérez Martínez,

-D. Juan Miguel Roche Marín,
-D. Eliseo Sánchez Plaza,
-D. José Fernández Navarro,
-D. Ricardo Fernández Puche,
-D. Vicente Gimeno Merino,
-D. Antonio Martínez López
-Da. Ana María Fructuoso Sánchez.

-Y contra aquéllos otros que en el curso de la instrucción, por producirse indicios bastantes de criminalidad, puedan ser querellados por su relación con los hechos objeto de la presente querella.

SEXTO.- El escrito de querella refiere respecto de cada uno de ellos la comisión de delitos en los siguientes términos:

-Al Excmo. Sr. Consejero de Cultura, Universidades y Empleo de la Comunidad Autónoma de Murcia, entonces Alcalde de Puerto Lumbreras, por un delito continuado de prevaricación de los artículos 404 y 74.1 del Código Penal consistentes en: a) la contratación verbal del proyecto del Teatro Auditorio verbalmente, contra el artículo 55 del RDGL 2/2000; b) La aprobación del expediente y el pliego de cláusulas administrativas particulares 14-02-2008; c) la aprobación de la propuesta de adjudicación 25-03-2008; d) la declaración de validez de la licitación y la adjudicación de los contratos celebrados con Martín Lejarra (concurso de Proyectos) y la representación de Ecisa, S.A. (de adjudicación de las obras).

Por la presunta comisión de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 por el pago a la empresa Ecisa, S.A. de 338.916'04 euros más de lo estipulado en el contrato suscrito con la empresa constructora, cantidad sospechosamente coincidente, al céntimo, con la rebaja realizada por Ecisa, S.A. sobre el precio de licitación y la devolución de avales a la empresa Ecisa, S.A. por importe de 2.254.068'68 euros.

Por la presunta comisión de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de fraude contra la Administración de artículo 436 en relación con el artículo 77 del Código Penal y al concertarse con la empresa Ecisa, S.A. para perjudicar al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, en contra de lo establecido en el Decreto 349/2006 y de las mencionadas disposiciones legales y reglamentarias, para recibir unas obras inacabadas, que requerirán, según dictamen pericial, del gasto de 2.278.451'52 euros para que el Teatro-Auditorio se termine y pueda servir al uso al que estaba destinado y para el que se concedió la subvención de la Comunidad Autónoma.

Y de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.4 del Código Penal.

-A los miembros de la Junta de Gobierno Local que participaron en los acuerdos de fechas 14 de Febrero de 2008 por el que se acordó “Primero: Aprobar el Proyecto de ejecución de la obra Teatro Auditorio de Puerto Lumbreras, redactado por el Arquitecto D. Martín Lejarraga Azcarreta, con un presupuesto de ejecución de contrata de cinco millones novecientos noventa y ocho mil quinientos catorce euros (5.998.514’00 euros)” y de 25 de Marzo de 2008 por la que se acordó “Declarar válida la licitación y adjudicación del contrato de obras...” por la presunta comisión de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal.

-A Doña Caridad García Vidal, Secretaria Accidental del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, que emite sendos informes de fechas 17/12/07 y 11/0/08, en los que mantiene que no existe inconveniente legal para que se aprueben por el órgano de contratación los expedientes de contratación y se acuerda la convocatoria de los concursos de proyectos y de obras, con un plazo de presentación de ofertas de 15 y 13 días, respectivamente (folios 10 y 11 del Expte. Concurso de Proyectos y 4 y 5 del Expte. Concurso de Obras, por un delito continuado de prevaricación de los artículos 74 y 404 del Código Penal.

-A Doña Francisca Romera, Interventora que no formula reparos, Acta de 7/03/2008 y 11-03-2008, por un presunto delito de Prevaricación.

-A D. Pablo Aparicio Borrachero, Secretario General del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, por un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de fraude y/o malversación de caudales públicos de los artículos 77, 404, 432 y/o 436 y de un delito de falsedad del artículo 390.4 del Código Penal.

-A D. Martín Lejarraga Azcarreta, arquitecto como cooperador necesario en un presunto delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito de fraude de los artículos 77, 404 y 436 y de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.4 del Código Penal.

-Como firmantes del “Acta de Recepción” de la obra: D. Francisco de Asís Pérez Martínez (Arquitecto Técnico), D. Juan Miguel Roche Marín (Representante de Ecisa, S.A.), D. Eliseo Sánchez Plaza (concejal de Servicios) y D. José Fernández Navarro (Técnico Municipal) por un presunto delito de prevaricación en concurso ideal con un delito de fraude contra la Administración de los artículos 77, 404 y 436 y de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.4 del Código Penal.

-A D. Ricardo Fernández Puche, Letrado asesor del Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras que, a solicitud del Alcalde, emite informe-propuesta, de desestimación del Recurso de Reposición planteado por el COAMU interesando la nulidad de actuaciones y solicitando la suspensión

cautelar del concurso (folios 54 al 57 del Expte. Ayuntamiento) por un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal.

-A D. Vicente Gimeno Merino, responsable de Ecisa, S.A, que firmó en su representación el contrato de ejecución de obras (folios 69-70 de Expte. del Contrato de Obras), por un delito de fraude y/o de malversación de caudales públicos de los artículos 436 y/o 432 del Código Penal.

-A D. Antonio Martínez López, Director General de Promoción Cultural de la Consejería de Cultura y Da. Ana María Fructuoso Sánchez, jefa del Servicio de Promoción Cultural, ambos por un presunto delito de prevaricación del artículo 404 y de malversación de caudales públicos del artículo 436 del Código Penal.

-Además advierte el Ministerio Fiscal que la presente querella podrá dirigirse también contra aquéllos otros que en el curso de la instrucción, por producirse indicios bastantes de criminalidad, puedan ser querellados por su relación con los hechos objeto de la presente querella.

SÉPTIMO.- En el escrito de querella se interesaba asimismo de la Sala que se oficiara a la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Murcia para que certificara la condición del Sr. Consejero de Cultura, Educación y Empleo, Excmo. Sr. D. Pedro Antonio Sánchez López. Esta Sala así lo hizo, agregando de igual modo la condición de Diputado Regional, habiéndose remitido a la misma sendos documentos que acreditan la condición de aforado del citado Sr. Consejero y Diputado Regional.

OCTAVO.- Por la Procuradora de los Tribunales Da. África Durante León se presentó escrito en nombre de D. José Manuel García Miravete, Doña Ana Antonia Cerezuela Parra, Doña Lidia Avilés Gabaldón y D. Antonio López López, interesando se les tuviera por personados en el ejercicio de acusación popular, dictándose por la Sra. Secretaria de esta Sala diligencia de ordenación acordando requerir a la mencionada Procuradora para que en plazo de diez días acreditara en forma legal la representación procesal de D. Antonio López López.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique Quiñonero Cervantes, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La Sala debe, antes de entrar a examinar la cuestión atinente a la admisión a trámite de la querella presentada por el Ministerio Fiscal, pronunciarse sobre su propia competencia para conocer de los hechos que son base de la misma.

Este análisis debe realizarse partiendo de los siguientes presupuestos:

1) La competencia instructora de esta Sala, regulada en el art. 73.3 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 25.2 y 33.7 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio), es de carácter excepcional, pues:

- a) Se reduce exclusivamente a los supuestos objetivos y subjetivos previstos de forma exhaustiva en el Estatuto.
- b) Se inicia con la resolución de inculpación (arts 118 ,774 y 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que presupone la existencia de indicios de la comisión de un hecho delictivo y de la participación en el mismo del aforado.
- c) Supone una excepción a la regla general establecida en el art. 14 de la LECrim que establece, como regla general, la competencia territorial del “*forum delicti commissi*”, de tal suerte que serán competentes para conocer de la instrucción y enjuiciamiento aquellos órganos jurisdiccionales e cuya demarcación haya sido cometido el ilícito penal.

2) En cuanto a la concurrencia de querellados aforados con otros que no lo son, constituye doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, Auto TS Penal 25 de julio 2013 –Ponente Jorge Barreiro- y las que allí cita) en orden a determinar hasta dónde se extiende la competencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) – y *mutatis mutandi*, Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia- la que expresa que en estos casos pugnan dos principios:

a) De un lado, el derecho fundamental al juez predeterminado por ley, que ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional y cuyo contenido esencial lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2001 , en la que se exigen los siguientes requisitos: creación del órgano judicial por norma jurídica, que haya sido investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. Concluye la referida sentencia afirmando que la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, el Juez ordinario predeterminado por la Ley a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso por la Constitución misma en su artículo 71.3 °. Ello significa a sensu contrario que con respecto a los no aforados este Tribunal Supremo no tiene esa condición de Juez predeterminado por la Ley. Lo que resulta, añadimos ahora, extrapolable a las competencias sobre aforados previstas en los Estatutos de Autonomía tanto para miembros de Consejos de Gobierno o Diputados Regionales.

b) De otro lado, la norma de conexión que permite la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento de los no aforados, viene establecida en nuestro ordenamiento en los artículos 272, 300, 303 y 304 de la ley procesal. En el primero, referido a la admisión a trámite de una querella cuando se dirija contra aforados y no aforados, se regula solo la admisión a trámite y expresa que esta será acordada por el Tribunal a quien corresponde la competencia para el aforado, disposición que resulta lógica dada la importancia de la resolución que determina la apertura de un procedimiento penal de investigación, momento procesal en el que deben activarse las garantías que fundamentan la institución del aforamiento, incorporadas en el ordenamiento *"no en atención a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general, cual es el de asegurar su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen"* (Auto del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2000). Los otros artículos mencionados son menos categóricos, al referir la competencia de esta Sala, con respecto a aforados a la incoación de sumario y, en su caso, al procesamiento del aforado. Por tanto, esa norma de conexión es, en principio, insuficiente para unificar en esta Sala la instrucción de una causa penal (ver Auto TS de 1 de julio 2009). El criterio doctrinal y jurisprudencial de la continencia de la causa que surge del artículo 300 ha aconsejado la unidad en la investigación y, en su caso, del enjuiciamiento porque permite asegurar la realización de la justicia, evitando pronunciamientos contradictorios y facilitando la instrucción y el enjuiciamiento de aquellas causas de naturaleza compleja o en las que al aforado se imputa una participación en la realización del hecho delictivo. En estos supuestos es aconsejable una sola instrucción y, en su caso, un solo enjuiciamiento conjunto para abarcar la verdadera entidad fáctica que se investiga o enjuicia.

SEGUNDO.- En la querella presentada por el Ministerio Fiscal se hace referencia a la participación en hechos, que pudieran ser delictivos, de una persona que en la actualidad ostenta la condición de miembro del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, lo cual determinaría, en principio, la competencia de esta Sala conforme al artículo 33.7 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio) en relación con el artículo 73.3 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ahora bien, en el presente caso, como a continuación razonaremos, pese a la inicial determinación de la competencia de esta Sala al dirigirse la querella contra un aforado, es la inviabilidad de poder determinar en este momento, con rigor, claridad y seguridad, qué conexión puede haber entre las conductas que se refieren al aforado y aquellos hechos en los que no hay alusión al mismo. Esto es, no concurre la suficiente individualización de la conducta delictiva que se atribuye al único aforado. Además, la falta de elementos que vedan la

posibilidad de llevar a cabo un juicio de escindibilidad o no de los hechos en orden a iniciar una instrucción separada –del aforado respecto de los no aforados- o conjunta por conexión, se acentúa ante el relevante número de querellados no aforados –algunos de ellos designados no con nombres y apellidos sino por su pertenencia a un órgano de gobierno de la Administración Local- cuyo juez predeterminado por la ley, en principio, no es esta Sala. Si en esta situación de múltiple indefinición de la delimitación de probables conductas con relevancia penal esta Sala, mecánicamente, por el mero hecho de que la querella se presente contra un aforado, asumiera la competencia del asunto supondría que más de veinte querellados se verían involucrados, sin filtro competencial previo, en una investigación, privados, a priori, del juez ordinario al que predeterminadamente por ley tienen derecho.

TERCERO.- La querella presentada por el Ministerio Fiscal se refiere a una diversidad de hechos en los que ve indudables indicios o evidencias delictivas, así el encargo al Arquitecto D. Martín Lejárraga de la redacción de un Anteproyecto para la construcción de un Teatro Auditorio en Puerto Lumbreras, la apariencia de legalidad del concurso convocado, la manipulación en la fijación del precio y otros extremos que se detallan en el escrito correspondiente. Señala la intervención de los querellados en la comisión de actos que se pretenden delictivos. Todo ello relatado según la secuencia lógica de hechos, actos y personas que se consideran intervinientes en diversos delitos. Evidentemente se señala la participación decisiva en esa ilícita actividad del aforado Sr. Sánchez López, decisiva porque en aquellos momentos era Alcalde de Puerto Lumbreras e impulsó desde su cargo la supuesta comisión de los delitos que se le atribuyen. Pero la querella – como ya hemos anticipado- no está dirigida exclusivamente contra una persona con fuero, sino, como se dice ahora y se referirá más adelante, contra una multiplicidad de personas que carecen de fuero y cuya participación en los supuestos delitos no está delimitada, de manera que pueda apreciarse una concreción de conductas, sino que, al contrario, existe una indivisión de conductas que debe deshacerse a través de una adecuada investigación de los hechos.

Como hemos dejado constancia en los antecedentes de hecho de la presente resolución, los hechos de la querella aparece desglosados en varios apartados. Expresamente se refieren con la letra A) Concurso de proyectos (páginas 1 a 13 de la querella); B) Concurso de obras (páginas 13 a 20 de la querella); C) Adjudicación y ejecución del contrato de obras (páginas 20 a 49 de la querella); D) Proyecto de obras complementarias al proyecto básico y de ejecución de Teatro-Auditorio y edificio polivalente (pabellones de danza-música, exposiciones-congresos y sótano para aparcamientos) (páginas 49 y 50 de la querella); E)Subvención (folios 50 a 52) y F) Acta de recepción de la obra inacabada (folios 52 y 53). En el interior de cada uno de los apartados se realiza un extenso relato de secuencias referidas a ese proceso de construcción de obra pública donde se intercalan numerosas referencias a publicaciones en

boletines oficiales, intervenciones de diversos funcionarios públicos, se inserta normativa y extractos jurisprudenciales, se incrustan texto de información de páginas web del “farodemurcia.com” y del portal web del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, y se intercalan y finalizan muchos de sus apartados con juicios y valoraciones, a modo de conclusiones, sobre la irregularidad cometida en el proceso de adjudicación del concurso de proyectos. Asimismo, en el relato de hechos se reproducen cuadros resúmenes de presupuestos, detalles de numerosas certificaciones de obra y valoraciones sobre las mismas, planos del proyecto y modificación, cuadros de obras ejecutadas y certificadas, estados de la obra según periodos de construcción y presupuestos de licitación y pagos llevados a cabo a la empresa. Se cita a continuación la normativa infringida en ambos concursos (Directivas 2004/18, 2014/24, TRLCAP) y en la gestión de la subvención y la recepción de obras (Decreto 349/06, de 22 de diciembre de concesión de la subvención al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, ley General de Subvenciones, Ley de Subvenciones de la COAMU, RDLG 2/2000, RGC, art.58).

El examen del presente escrito de querella, por los hechos y circunstancias que refiere, la pluralidad de destinatarios de la misma y su intervención variada y cualitativamente plural – nótese que la querella se dirige contra funcionarios y técnicos del Ayuntamiento, empresarios y además contra concejales-, la complejidad de datos que exigen una detallada investigación que, sin perjuicio de las valoraciones como irregularidades delictivas que el Ministerio Fiscal les atribuye en el escrito de querella, que a la postre, son las que justifican la necesidad de que se abra una investigación penal; todas estos elementos a considerar impiden, de momento, individualizar la conducta supuestamente delictiva del aquí aforado en orden a atraer, en un momento tan inicial de la investigación, toda la causa ante esta Sala, sin comprometer seriamente el derecho al juez predeterminado por la ley en la presente investigación.

CUARTO.- Debe considerarse, además, que la interposición de una querella no supone la apodíctica existencia de hechos delictivos, sino que este extremo debe obtenerse o no, tras una eventual instrucción neutral y una independiente valoración de los hechos. En este sentido, Auto de esta Sala de fecha 21 de Febrero de 2012, dictado en Diligencias Indeterminadas nº 8/2011, Ponente Ilmo. Sr. Abadía Vicente, que señala *“El Tribunal Constitucional lo ha señalado con gran precisión técnica en el proceso ordinario al afirmar “es innegable que la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o querella, pero si eso es claro no lo es tanto su vinculación con cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas (art. 118, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”*.-Si, como acabamos de ver, no basta la interposición de denuncia o querella contra persona determinada para convertirlo en imputado con el alcance del artículo 118, menos debe bastar con el mismo efecto la atribución

de un hecho punible a persona cierta o determinada en cualquier diligencia, o, en concreto por cualquier testigo. La fórmula del artículo 118 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede ser entendida literalmente, sino que debe ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del Juez Instructor.-CUARTO: También efectuamos una referencia a la imputación en el procedimiento abreviado en nuestro Auto de 21 de Septiembre de 1993, con motivo del desconcierto y desorientación que se ha producido en torno al tema debatido, al confundirse la condición procesal de imputado, que genera derechos de audiencia y defensa, con la “imputación” judicial, que requiere una verificación por el Juez de si es seria o no la imputación, debiendo ser muy cauteloso y exigente en nuestro Derecho con la imputación judicial, revistiéndola de garantía constitucional, porque en la transición que ha querido hacer el legislador en el Procedimiento Abreviado hacia el predominio en España del sistema acusatorio puro tenía una quiebra en nuestro Derecho al carecer el proceso español de la cautela exigida en el procedimiento americano, según el cual nadie puede ser llamado a responder de delitos que impliquen la pérdida de derechos o privación de libertad salvo inculpación del Gran Jurado, que exige la V enmienda de la Constitución Americana, lo que se revela imprescindible en un sistema procesal como el nuestro en el que la acción penal no es monopolio del Ministerio Fiscal. De ahí, que si el Juez tras haber practicado las diligencias esenciales no hallare indicios racionales para verificar la imputación formal y definitiva, debe decretar el sobreseimiento y archivo.-.QUINTO: Todo esto se observaba con una extraordinaria nitidez en el antiguo procedimiento de Antejuicio (hoy derogado), en el que la querella se dirigía contra determinadas autoridades, estando en una situación jurídica de pre-querellado y en la que ni siquiera es imputado hasta la supuesta admisión de la querella, pues es un juicio previo sobre la admisibilidad de la acción, - en la actualidad el vigente artículo 410 de la L.O.P.J. cumple con similar cometido, pues con carácter previo a la admisión de la querella el órgano competente para su instrucción podrá recabar los antecedentes que considere oportunos para determinar la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación -; en dicha situación, el Tribunal Constitucional en sentencia de 5 de octubre de 1989 le permite la intervención y personación del propio Juez o Magistrado (artículos 118 y 302 de la L.E. Criminal) por el derecho de defensa inherente a toda persona frente a la que algún particular trate de implicarla en algo. Por supuesto, ese derecho de personación, de defensa y de intervención no puede confundirse con la cualidad de inculpado o imputado judicialmente, aunque rituarial y formalmente en la Resolución Judicial conste que se le admite la personación como inculpado o acusado, porque cualquiera que conozca la práctica judicial de operar de las oficinas judiciales se le atribuye y cataloga en dicha denominación formal; aunque solo sea una emanación que fluya directamente del derecho de defensa del artículo 24 de la C.E.”

Y mas adelante alude a que “en la demanda de amparo los querellantes denunciaron la violación del derecho al Juez ordinario predeterminado por la

Ley (artículo 24 nº 2 de la Constitución) habida cuenta de que no debió instruir el Juez de Instrucción sino que la diligencias debían haber sido remitidas a la Audiencia Provincial para que instruyera conforme a lo ordenado por el artículo 8 de la L.O. 2/1986 de 13 de Marzo; lo que es rechazado por el Tribunal Constitucional al no haberse infringido el derecho al Juez ordinario reconocido en el art. 24 nº 2 de la C.E., “porque la remisión de lo actuado a la Audiencia está supeditada a que el Juez aprecie la existencia de indicios racionales de criminalidad de la persona aforada, lo que no sucedió en el presente caso”.

De la misma manera y con el mismo criterio debe remitirse esta Sala a la jurisdicción natural predeterminada por la Ley, ya que, en ese aspecto, la función asignada al Tribunal Superior de Justicia es de carácter residual, lo que debe ser entendido en el sentido de que se trata de una intervención restringida a aquello que, llegado el momento, depurada la investigación por el juez natural, tiene un estricto carácter necesario y a que el juez predeterminado por la Ley aprecie, como se dice en la doctrina citada, indicios racionales de criminalidad en la persona aforada.

QUINTO.- Esta Sala, en diversos procedimientos seguidos contra alguna persona aforada, siempre ha seguido la pauta de que el juez natural agote la instrucción y, llegada ésta al punto de que aparecieran delimitados e individualizados los indicios contra al aforado, el mencionado juez predeterminado elevó Exposición Razonada ante esta Sala para que acordase lo que estimase procedente. Baste señalar como precedentes de lo expuesto el Procedimiento Abreviado nº 2/2010, Diligencias Previas 1/2009, que se inició en el Juzgado de Lorca; o el Abreviado 1/2014, Diligencias Previas 1/2013, que se inició en Mula; o el iniciado en Totana, Procedimiento Abreviado nº 3/2011, Diligencias Previas 2/2008. Asimismo, Diligencias Previas nº 2/2013, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia.

Todo ello acorde con el criterio constante de esta Sala que se explicita claramente en el Auto de la misma nº 3 de 2006, de 7 de Marzo, ponente Ilmo. Sr. Abadía Vicente, en el que se literalmente se alude a que “*la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sostenido de modo muy reiterado que habiendo aforados y no aforados entre los presuntamente implicados, en la medida de lo posible, salvo cuando la conexidad lo impida, es procedente que el Juez de Instrucción ordinario, competente con arreglo al artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siga conociendo de la causa, con la excepción de lo que afecta a la persona aforada porque como recuerda el Auto de 13 de Enero de 1995, el derecho fundamental a que la causa sea oída por el Tribunal independiente e imparcial (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14 nº 1 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 6 nº 1 del Convenio para la protección de Derechos humanos y Libertades Fundamentales) tiene como manifestación instrumental la*

exigencia inicial de que el Juez sea el ordinario y legalmente preestablecido, que fija el artículo 24 de la Constitución Española”.

Ciertamente que en este caso la querella ha sido interpuesta directamente por el Ministerio Fiscal ante esta Sala, pero eso no es, ni debe ser, obstáculo para que sea el juez natural ex art. 14 de la Lecrim ante la pluralidad de no aforados y la falta de elementos para individualizar la conducta delictiva atribuida al único de la más de veintena de no aforados, el que delimite y concrete los extremos aludidos en la querella. Sólo cuando se haya agotado “en la medida de lo posible”, cuando aprecie conexidad entre los intervinientes, elevará Exposición Razonada al Tribunal Superior; pues mientras tanto, aún dándose la señalada circunstancia de que el Ministerio Fiscal interpuso la querella directamente ante aquel Órgano Superior, los eventuales implicados mantienen su derecho al juez natural que debe conocer de la causa como predeterminado por la Ley. Es ésta y su constante interpretación por la Jurisprudencia lo que determina, dígame una vez más, la necesaria e ineludible intervención del juez natural en el momento, en este concreto momento, en el que se ha ejercitado la acción penal por el Ministerio Fiscal en el texto de la querella.

En el caso concreto que se dilucidaba en el mencionado Auto de esta Sala se hacía en el razonamiento vigesimonoveno, una “matización importante” (sic.) que consistía en que el juez natural “únicamente deberá remitir Exposición Razonada a esta Sala si, tras la instrucción del caso encuentra indicios racionales de criminalidad frente a quien tiene fuero especial” (sic.). Lo que concuerda con la afirmación hecha anteriormente de que “la exigencia inicial” sea la intervención del juez ordinario.

En el caso al que se refiere esta Resolución se enjuiciaba la conducta de un Alcalde, único aforado y la Sala decidió: “Devolver las Diligencias al Juzgado de Instrucción para que proceda con arreglo a Derecho”. Pues bien, con arreglo al mismo Derecho estima la Sala que las presentes actuaciones deben hacerse llegar al juez competente, natural y predeterminado por la Ley.

SEXTO.- Como ya se ha visto, la presente querella se dirige contra una pluralidad de personas, de las cuales solo una tiene la condición de aforada. Debe considerarse, asimismo, que los hechos de la querella relatada tuvieron lugar en Puerto Lumbreras y durante un tiempo en que el Sr. Sánchez López ostentaba la condición de Alcalde, cargo que no tiene la condición de aforado. Ciertamente y por circunstancias posteriores adquirió esa condición lo que determinaría, en su momento, la efectiva competencia de esta Sala, pero, como precedentemente hemos expuesto, para ello debe preceder una completa y exhaustiva investigación y concreción de los hechos, que debe ser hecha por el juez predeterminado por la Ley, toda vez que, conforme a Derecho, la condición de aforado que determina la especial jurisdicción de esta Sala debe contemplarse como excepcional y ser objeto de una interpretación restrictiva y ajustada.

Mucho más si como entiende esta Sala al aforado se le atribuyen hechos no en el ejercicio del cargo determinante de su aforamiento, sino cuando era Alcalde. El aforamiento en estos casos – aforado al que se le atribuyen hechos no cometidos en el ejercicio de cargo cuando no ostentaba tal condición- tiene poca o escasa justificación, y doctrinalmente se viene sosteniendo su falta de fundamento, por lo que *de lege ferenda* tendría sentido su derogación. Por eso, con carácter general, puede afirmarse que el aforamiento constituye, junto con las inviolabilidades e inmunidades, un privilegio que se confiere a quienes desempeñan determinados cargos públicos, como medio para asegurar el libre desempeño de su función, y se resuelve en una derogación singular de las reglas generales sobre competencia objetiva, de manera tal que la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos cometidos por quienes ostentan determinados cargos públicos no se atribuye al Juez de Instrucción determinado en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ni al Juez de lo Penal o Audiencia Provincial, sino a otros órganos superiores, como puede ser la Sala II del Tribunal Supremo, o a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Ahora bien, *de lege data*, con la legislación vigente y atendidas las anteriores consideraciones, no impide que nos determine a ser sumamente cuidadosos en orden a la determinación de una instrucción conjunta con los derechos fundamentales en pugna si concurren aforados con no aforados.

En el caso que examinamos, concurren suficientes razones procesales para que sea el juez natural y predeterminado por la Ley el que inicie los trámites pertinentes en orden a la investigación de los hechos y la correspondiente instrucción de la causa. Depurada en el órgano competente la aludida investigación y llegado el caso de que se hallasen indicios suficientes que afectasen al aforado, debería el juez natural detener su actividad y, mediante la correspondiente Exposición Razonada, elevar las actuaciones a esta Sala, para que sea ésta, tras el oportuno examen de los autos y consideración de la Exposición Razonada aludida tomase las medidas que en Derecho pudieran corresponder.

Este es el criterio que de modo muy reiterado se viene sustentando por la Jurisprudencia, que exige, como ya hemos anticipado y ahora veremos con más detalle, la precisa individualización de las conductas, lo que, a su vez, debe permitir la concreción de si hay o no conexidad con la causa entre las conductas del aforado y de los demás querellados.

SÉPTIMO.- El reciente Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 2015 (Recurso nº 20743/2014), con ponencia del Excmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón, expresa, con indiscutible claridad, que “*procede señalar la conveniencia de que se respete en la máxima medida posible el derecho al juez ordinario respecto de cada una de las personas a las*

que se imputan hechos punibles”. Debe observarse que le da a la necesaria intervención del juez natural, el carácter de derecho de cada una de las personas a las que se impute, a la vez que, precisamente por eso, señala la necesidad de respetar “en la máxima medida posible”, el aludido derecho. De manera que esta Sala atenta al criterio del Tribunal Supremo ve aquella exigencia de la necesaria y previa “intervención del juez-natural”. Es precisamente éste el que, tras su investigación, debe individualizar con exactitud las conductas y establecer la “conexión material inescindible” para que personas no aforadas puedan ser investigadas por el órgano superior, pues sólo sería posible en palabras literales de la aludida resolución, “cuando se aprecie una conexión material inescindible con los imputados a las personas no aforadas”. Apreciación que debe ser obtenida a través de la correspondiente actividad jurisdiccional del juez llamado como natural para la delimitación, concreción e individualización de los hechos.

Se ha producido pues la presentación de una querella, hecho del que no debe extraerse de “manera forzosa o ineludible la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración de la misma” (STS de 1 de Julio de 2014, Ponente Excmo. Sr. Monterde Ferrer). Esa valoración, cuando se trata de aforados, ha dado lugar a un análisis del alcance de la expresión “indicios de responsabilidad” del artículo nº 2 de la Ley de 9 de Febrero de 1912, todavía en vigor, aplicable a Diputados y Senadores y por extensión a los demás aforados. En relación con esta cuestión el Tribunal Supremo razona en el sentido del carácter excepcional de las normas de aforamiento, señalando que “solo cuando haya quedado individualizada la actividad delictiva concreta de la persona de que se trate...”, podrá iniciarse el procedimiento ante el Tribunal Superior. Más precisamente la sentencia citada en último lugar señala: *“el carácter excepcional que tienen las normas de la Constitución Española y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como de los Estatutos Autonómicos que contienen disposiciones al respecto, por las que se atribuye la competencia a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para instruir y enjuiciar las causas contra determinadas personas por razón de los relevantes cargos que ejercen, añadiendo que tal carácter excepcional justifica la interpretación restrictiva que ha de hacerse de las mismas de modo que solo se inician en el Tribunal Supremo tales procedimientos penales contra aforados cuando haya quedado individualizada la actividad delictiva concreta de la persona de que se trate y, además, exista algún indicio o principio de prueba que pudiera servir razonablemente de base para la imputación criminal que de esa conducta individualizada pudiera derivarse, siendo ello consecuencia, por un lado, de la propia naturaleza de la función que desempeña el Tribunal Supremo y, por otro, de la necesidad de preservar la función pública que desempeña el aforado frente a denuncias o querellas no debidamente fundadas, de forma que en estos supuestos debe tramitarse el proceso penal ante el órgano judicial que sea competente conforme a las normas generales de nuestras leyes procesales y, si este órgano entendiera que hay indicios de responsabilidad criminal contra algún aforado, agotada la investigación en todo lo que fuere*

posible, sin dirigir el procedimiento contra éste, procederá a remitir a esta Sala 1ª correspondiente exposición para que podamos resolver aquí conforme a lo dispuesto en los artículos correspondientes (AATS 07/04/2009, 11/05/2006, 04/01/2000, dictados en causas especiales por razón de aforamiento)."

El Tribunal Constitucional en el mismo orden de razonamientos, y en desarrollo del artículo 71.3 de la Constitución Española, se plantea la cuestión acerca de la "determinación concreta del momento preciso en el que la instrucción de la causa ha de elevarse a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo" y señala que la norma antigua de 9 de Febrero de 1912 se erige como una referencia al señalar la determinación precisa de aquél momento en la circunstancia de que aparezcan "indicios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado", mutatis mutandis, en este caso sería Consejero o Diputado Regional. Pues bien, a partir de estos razonamientos considera el Tribunal Constitucional que "...constituye hoy un consolidado cuerpo doctrinal (...), que no basta para la operatividad de la prerrogativa de aforamiento del artículo 71.3 de la Constitución Española la mera imputación personal, sin datos o circunstancias que la corroboren, a un aforado, requiriéndose la existencia de indicios fundados de responsabilidad contra él, dado que los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente. Pues bien, esta doctrina jurisprudencial y, por consiguiente, la exigencia de que existan indicios o sospechas fundados con una mínima verosimilitud o solidez sobre la participación de un Diputado o Senador en los hechos objeto de investigación penal para que entre en juego la garantía de aforamiento especial prevista en el artículo 71.3 de la Constitución Española, no pueden ser en modo alguno calificadas de irrazonables o arbitrarias, ni tildadas de contrarias o desconocedoras de la finalidad a la que sirve dicha garantía, ni del contenido absolutamente indisponible de ésta establecido en el artículo 71.3 de la Constitución Española; añadiendo que "... solo entonces, y no antes, por poder afectar realmente a un aforado, se justifica la cognición de la causa por el Tribunal Supremo y la misma puede dirigirse contra él", incluso el Tribunal Constitucional entiende que la mera imputación personal a un aforado, sin necesidad de la existencia de otros datos o circunstancias que la corroborasen, no dejaría de implicar, especialmente ante denuncias, querellas o imputaciones insidiosas o interesadas, una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal".

Y debe insistirse en esta idea última expresada con exactitud, es decir, que no debe existir una "desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal". Todo ello en Sentencias del Tribunal Constitucional 68 y 69/2001, de 17 de Marzo.

Pero, es más, el Auto del Tribunal Supremo citado de 1 de Julio de 2014 añade expresamente que "*no basta la mera imputación personal del aforado*

para que el instructor suspenda inmediatamente la instrucción y remita la causa al órgano competente, sino que puede y debe investigar hasta alcanzar indicios fundados que justifiquen dicha imputación". Lo que abunda en lo sostenido en la presente resolución, teniendo en cuenta que en este caso se ha producido la presentación de una querella, pero no la imputación del aforado. En definitiva, es el juez natural a quien se envía esta causa el que debe iniciar y continuar la investigación y "concretar, en su caso, los indicios que pudieran sustentar una imputación contra el aforado, siendo preciso individualizar la conducta delictiva que se le imputa"; y, desde luego, llegado el caso que si el discurrir de la investigación pone de manifiesto la existencia de claros indicios penales contra el aforado, corresponderá la elevación al órgano superior de la correspondiente Exposición Razonada (cfr. Auto del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 2014).

Caso de similares características es el resuelto por el Auto 63/2013 de 24 de Septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ponencia del Ilmo. Sr. Ferrer Gutiérrez, que tras señalar que las normas del Estatuto de la Comunidad Valenciana referidas al fuero de determinadas personas (cfr. artículos 23.3 y 31) tienen "carácter excepcional" y que, "deben ser objeto de una interpretación restrictiva", se refiere a que "en el supuesto en que las actuaciones se dirijan contra varias personas de las que solo una parte son aforados", debe individualizarse la conducta de los aforados para evitar la "posibilidad de extender la competencia de un Tribunal de cognitio limitada a personas aforadas a personas que no lo sean y sobre la que el Tribunal no es su juez ordinario predeterminado por la ley. Lo que hace que se deba partir de un principio general negativo (Autos del Tribunal Supremo de 14/05/07 y 9/06/06), de forma que únicamente quepa la extensión de nuestra competencia respecto de personas no aforadas, en aquellos casos en que con carácter excepcional se aprecie una conexidad entre los hechos atribuibles a los diferentes imputados y la continencia de la causa exija una conjunta investigación (artículo 272 párrafo 3º, 300, 303 y 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o si se entendiera que existe un elevado riesgo de producir con su enjuiciamiento separado la ruptura de la continencia de la causa, al formar parte lo imputado a las diferentes personas, una misma actuación, es decir, por tratarse de actos idénticos no diferenciables".

Abundando posteriormente en que no basta "la mera formulación de una denuncia o querella contra cualquier aforado para afirmar la competencia de este Tribunal, dado que en modo alguno puede quedar en manos de las partes, y por extensión del órgano jurisdiccional de instancia, la alteración o desnaturalización de las reglas de competencia (SSTC, pleno, núm. 68/2001 y 69/2001 ambas de 17 de marzo). Sino que es necesario que en ella, y en la documentación que en su caso la acompañe, se le impute de modo inequívoco y directo la comisión o implicación en un hecho o hechos concretos y determinados, objetivamente constatables, de los que pueda desprenderse la existencia de una concreta imputación fáctica contra dicha persona aforada y que

aparentemente, prima facie, pudiera presentar caracteres de poder ser constitutiva de delito (Autos de esta Sala 65/2005 de 4 de Julio de 2005, 51/2007, de 4 de Octubre, 67/2007 de 20 de Diciembre, 8/2008 de 7 de Febrero en el Rollo 2/08, o 32/08 de 15 de Mayo). Lo que constituye una consolidada doctrina, tanto de nuestro Tribunal Constitucional como de nuestro Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTC nº 68 y 123/2001, de 17 de Marzo y 4 de Junio, o ATS núm. 9984, 11010 y 12552/2012, de 2 de Octubre, 15 de Noviembre y 3 de Diciembre) que se materializa, positivamente, exigiendo la concreción de los hechos respecto de la persona aforada y, de forma negativa, considerando insuficiente la mera atribución subjetiva, sin datos o circunstancias que corroboren un mínimo de verosimilitud o solidez la participación de dicha persona en los mismos.”

Criterio este que coincide con el de esta Sala y que se expresa en la presente resolución en el sentido, repetidamente manifestado, de que debe agotarse por el juez predeterminado por la Ley la instrucción de la causa, de tal manera que permita una fundada decisión de la racionalidad de los indicios de existencia de infracción penal, sino de los que pueda haber participación del aforado, “para lo cual deben depurarse en el juzgado de instrucción de origen no solo cuantas diligencias sean precisas para completar la investigación de los hechos, al efecto no sólo de acreditar los mismos, sino también el grado de participación que en ellos hubiera podido tener la persona aforada, lo que incluso pasará por recibirle declaración, al amparo del artículo 118 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si voluntariamente se presta a ello”.

Se hace necesario pues constatar no solo la existencia de un aforado en la querella, sino objetivar indicios de consistencia o solidez en apoyo de la implicación del mismo en los hechos. Y esta labor, debe insistirse, corresponde, en principio, y atendidas las consideraciones expuestas a propósito de los términos de los hechos de la presente querella, al juez natural predeterminado por la Ley.

OCTAVO.- No es función de esta Sala dilucidar ni juzgar sobre la oportunidad de la presentación de la querella ante la misma, pues se interpone efectivamente ante un Tribunal competente, ya que se presenta contra persona aforada. La querella implica el ejercicio del derecho procesal de acción, de manera que se cumple en él lo previsto en el artículo 24.1 de la Constitución Española en cuanto derecho a la jurisdicción, de manera que el escrito procesal convierte al querellante en parte del proceso. Siendo esto así, en principio, el Ministerio Fiscal, al accionar a través de querella contra quien ostenta la condición de aforado, lo ha hecho, como se ha señalado, ante el Tribunal competente, y así hay que determinarlo y declararlo. Lo diremos en la parte dispositiva.

Debe afirmarse que al optar por el ejercicio de la acción penal a través de la interposición de una querella y no por la de la denuncia, la actuación procesal del Ministerio Fiscal es correcta pues no podía dirigirse a otro órgano que no fuera la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia. La querella también se contempla específicamente como un acto de iniciación del proceso penal contra un alto cargo aforado.

Distinto hubiera sido que en lugar de optar por la querella, hubiera remitido, en equivalentes términos de denuncia, este mismo escrito como fruto de las Diligencias de Investigación nº 88/2013. Esta vía, más flexible, permitía hacerlo tanto al juez territorialmente competente (Juzgados de Instrucción del partido judicial de Lorca) o también a esta Sala. Más allá, de otras consideraciones que no son del caso, la diferencia básica con la denuncia consiste en que la querella se ha de presentar siempre ante el órgano jurisdiccional competente (artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no siendo válida la interposición ante cualquier otro Tribunal; así el artículo 272, II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Si el querellado estuviera sometido por disposición especial de la Ley a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querella”.

Este precepto, como se ha visto, habla de interposición de la querella. Ahora bien, el ejercicio de la querella, aunque lo sea inicialmente ante tribunal competente y por quien tiene encomendado por la Constitución y la Ley la misión de la promoción de la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, no tiene por qué determinar que sea dicho Tribunal quien asuma la competencia para la investigación y conocimiento del asunto si por el momento no se dan los presupuestos para ello. Se trata de cosas distintas, la competencia de los órganos judiciales y el conocimiento del asunto objeto de la querella. No se impide el acceso a la justicia, antes al contrario, la Sala considera que debe abrirse una investigación por los hechos contenidos en la querella. Por eso, damos por supuesta la apertura de una instrucción penal sobre los hechos relatados en la querella, de ahí los términos que emplearemos en la parte dispositiva del presente Auto, interpretando los arts 311 y 312 de la Lecrim. Esa instrucción deberá llevarse a cabo en un Juzgado de Instrucción de los de Lorca, que por turno de reparto corresponda. El matiz importante es que de momento no se dan los presupuestos para que sea esta Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia la que deba asumir en este estadio inicial la investigación por el mero hecho de la constancia de un privilegio procesal que sólo es aplicable a uno de los más de veinte querellados, cuando no están debidamente delimitados los hechos que se atribuyen a dicho aforado. Será el juez natural ordinario del lugar donde ha tenido lugar el escenario supuestamente delictivo y que por normas de reparto corresponda el que deba aperturar el procedimiento penal.

NOVENO.- Recapitulando: no se dan los presupuestos, ampliamente expuestos, de asunción de la causa por este Tribunal. Se ha visto como la

querella se presenta contra un aforado y más de una veintena de no aforados y, como también se ha dicho, se deja abierta la posibilidad de traer más personas, que permanecen indeterminadas, al procedimiento.

Así las cosas, el escenario de investigación relatado en la querella dificulta la determinación acerca de los presupuestos para asumir la competencia de la Sala. Está en juego el principio de predeterminación legal del juez y en el momento actual, por lo extensa y detalladamente expuesto, en que se encuentra la causa la Sala carece de elementos que le permitan hacer un juicio de inescindibilidad o conexión de la continencia de la misma. Circunstancia que, desde luego, puede producirse en un estado de la causa en el que, mediante la necesaria labor investigadora y delimitadora, que ha de hacer el juez natural territorialmente competente (art. 14 Lecrim), se llegase a la competencia de la misma cuando los indicios sean claros, concretos individualizados y contrastados por el juez predeterminado por la Ley y a través del instrumento procesal de la Exposición Razonada que necesariamente debería elevar ante esta Sala.

Debe añadirse que la Sala de Admisión en un Tribunal de aforados tiene como función, en primer lugar, el examen de su competencia a los efectos de decidir si debe o no ser admitida a trámite la causa en la misma Sala; y de ser así proceder de manera inmediata al nombramiento de instructor de uno de sus miembros. Para el examen de las actuaciones que para ello se haga y para dilucidar la admisión del asunto, la Sala debe ser escueta y sucinta al tiempo que prudentemente cuidadosa para no entrar en más cuestiones de fondo que las que sean estrictamente necesarias para dilucidar el asunto en el sentido que corresponda.

En la presente resolución la Sala se ha visto obligada a razonar con extensión y rigor sobre la competencia, pues el Ministerio Fiscal al optar por la interposición de la querella y dirigirla contra un aforado, estaba obligado a presentarla ante Tribunal competente, que es esta Sala. Ahora bien, la Sala de Admisión ha puesto especial cuidado al momento de examinar el fondo realizando consideraciones más contenidas, adecuadas y proporcionadas al examen propio de esta inicial fase procesal. No podía ser en Derecho de otro modo. Es, como se ha dicho, el órgano llamado, en principio, al eventual enjuiciamiento, por lo que debe evitar que una precipitada valoración de los hechos, diera lugar a su mas que probable contaminación, pues quedaría inhabilitada desde su primera resolución para la primordial función de enjuiciar a ella encomendada.

El aforamiento es prerrogativa llamada a asegurar la independencia y libertad de un órgano constitucional o Autoridad en el ejercicio de poderes y funciones de relevancia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1990 de 5 de Marzo). Es una excepción del régimen general de distribución de la competencia objetiva de los órganos judiciales, por eso sus normas son de

interpretación estricta (cfr. Gimeno Sendra “Derecho Procesal Penal”. Colex – 2004 -). El aforamiento, señala el citado autor, determina que los órganos de enjuiciamiento tienen que asumir funciones instructoras “con la consiguiente contaminación inquisitiva” (cit. Pág. 130).

Por eso y por lo expuesto en este auto debe esta Sala llevar a su actuación ese criterio restrictivo que restituye su competencia sólo hasta donde no puede llegar el juez natural, al cual debe remitirse la causa para que investigue, concrete, individualice hechos y conductas y elabore una Exposición Razonada que, en su caso, deberá elevar a esta Sala para el puntual examen por la misma.

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

DECIDE

1º) Declarar, en principio, y a los exclusivos efectos de su presentación por haberse dirigido contra persona aforada para el que esta Sala es el órgano judicial competente, la competencia de la misma para el conocimiento de la querella presentada por el Ministerio Fiscal contra el aforado D. Pedro Antonio Sánchez López.

2º) Declarar, en principio, y también a los exclusivos efectos de su presentación, la incompetencia de esta Sala respecto a los hechos imputados en la querella a las personas no aforadas ante la misma.

3º) En cuanto al fondo, procédase a remitir dicho escrito de querella y documentación que se acompaña, al Decanato del partido judicial de Lorca para que proceda a su reparto, dado que los hechos contenidos en la querella, por su relevancia penal, deberán ser investigados por el órgano judicial predeterminado por la ley, al resultar inviable, por el momento, la individualización inequívoca y relevante de dichos hechos contra la única persona aforada que justificaría la atribución de competencia de esta Sala.

4º) Corresponderá al Juzgado de Instrucción de Lorca, que por turno corresponda, una vez remitida la causa, y en todo caso, con la libertad de criterio que constitucionalmente le es propia, asumirla para su investigación, y en el curso de la misma, si procediera en cuanto a competencia y fondo, deberá concretar e individualizar los hechos y conductas con relevancia penal que se refieran al aforado, D. Pedro Antonio Sánchez López y, en su caso, procederá a la elevación a esta Sala de una Exposición Razonada para examen por la misma.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que, de conformidad con el artículo 236 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

contra este Auto cabe interponer recurso de súplica en el plazo de los tres días siguientes a su notificación ante la propia Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

Así por este Auto lo acordamos, mandamos y firmamos los Magistrados de esta Sala al principio reseñados.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL ILTMO. SR. MAGISTRADO
DON MANUEL ABADÍA VICENTE AL AUTO DE LA SALA CIVIL Y
PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA DE 2
DE MARZO DE 2015.**

Discrepo del criterio de la Sala por las siguientes razones jurídicas:

PRIMERO.- No son aplicables al caso los Autos mencionados por la Sala.

Ningún Auto de los citados por la Sala son aplicables al caso sometido a examen, al ser una querella interpuesta directamente por el Ministerio Fiscal contra un aforado en la Sala que tiene atribuida la competencia para ello por imperativo del artículo 73 nº 3 apartado a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al decir que “la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia le corresponde el conocimiento de causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia”.

Efectivamente examinado cada uno de los Autos obtenemos el siguiente resultado:

A) El Auto de esta Sala de 21 de Febrero de 2012 del que fui ponente se refiere a un auto de inhibición directo dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Lorca a este Tribunal Superior de Justicia, y en el que se le dijo que no cabía inhibirse directamente, sino elevar exposición razonada, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal que informó que los Juzgados no pueden inhibirse directamente a un Tribunal Superior de Justicia, sino que deben enviar exposición razonada, en el caso que crean competente al Tribunal Superior.

Nada tiene que ver ese Auto con una querella interpuesta por la Fiscalía directamente ante el Tribunal Superior de Justicia contra un aforado.

B) Situación idéntica concurre en el Auto de esta Sala de 7 de Marzo de 2006 del que también fui ponente, en el que la Fiscalía remitió una denuncia al Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier, y dicho Juzgado dictó Auto de inhibición directa a este Tribunal Superior de Justicia, recordándole al Juzgado que no podía dictar auto de inhibición directa, sino exposición razonada en el caso de que encontrara indicios racionales de criminalidad frente al aforado.

De nuevo nos volvemos a encontrar con que el Auto no tiene nada que ver con una querella interpuesta por la Fiscalía directamente ante el Tribunal Superior de Justicia contra un aforado.

C) Más de lo mismo sucede con el otro Auto citado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de Septiembre de 2013 en el que nuevamente estamos ante una exposición razonada del Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca al Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en la que éste dice de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal que no existen indicios frente a los dos aforados.

De nuevo se vuelve a equiparar una exposición razonada con una querella directa del Fiscal ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia por unos delitos que van explícitamente atribuidos al aforado. No es, pues, aplicable ningún Auto citado por la Sala.

D) Sucede lo mismo con el Auto citado por esta Sala del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 2014 (Ponente Monterde Ferrer), en el que la querella la interpuso una Asociación de Afectados por la Televisión Pública Madrileña contra el Presidente de la Comunidad de Madrid, siendo el Ministerio Fiscal el que informa que se inadmita la querella porque ninguno de los hechos que relata son constitutivos de delito.

En el caso presente sometido a consideración de este Tribunal Superior de Justicia de Murcia, es al contrario, a saber, no la interpone una asociación de afectados particulares en la que no detallan ningún hecho delictivo y en los doce primeros apartados no llegan a mencionar siquiera a ningún aforado. Aquí sucede lo contrario, la interpone el Ministerio Fiscal frente al aforado Pedro Antonio Sánchez y desde la primera página hasta casi la última describe minuciosa e individualizadamente las actuaciones del aforado.

E) Por último, la Sala menciona un auto del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 2015 (Ponente Conde-Pumpido Tournon) dictado en el caso Novo Cartago que no tiene nada que ver con el caso planteado sobre el examen de la

querella interpuesta por el Fiscal directamente ante este Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dado que basta leer la primera página del Auto para comprobar que procede de “exposición razonada que eleva la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, relativa a Diligencias Previas nº 2/2013 incoadas en virtud de los hechos contenidos en el Auto de exposición razonada emitido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia en el seno de las Diligencias Previas 329/2009”.

Desaparecida la muleta jurídica sobre la que se apoya la resolución, ésta queda sin referencia jurídica por lo que ante una querella interpuesta por el Fiscal directamente ante este Tribunal, y con indicios concretos, detallados e individualizados respecto al aforado, deviene inexcusable la competencia de esta Sala para conocer de las actuaciones atribuidas al aforado, por lo que razonaremos a continuación.

SEGUNDO.- Frontispicio de la querella y contratación verbal.

La querella interpuesta por el Ministerio Fiscal ante esta Sala lo hace en virtud de la competencia que el artículo 73 nº 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere al Tribunal Superior de Justicia como Sala de lo Penal, pues la dirige contra el querellado D. Pedro Antonio Sánchez López, actual Consejero de Cultura y Diputado cumpliendo el mandato imperativo del artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exige que si el querellado estuviese sometido, por disposición especial a esta Ley, a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querella y lo mismo se hará cuando fueren varios lo querellados y alguno estuviese sometido excepcionalmente a un Tribunal.

El escrito del Fiscal detalla que sin convocar concurso alguno, se encargó al arquitecto Martín Lejárraga la redacción de un anteproyecto para la construcción de un Teatro Auditorio, no siendo respetada por Pedro Antonio Sánchez López la prohibición taxativa de contratación verbal del artículo 55 del Real Decreto legislativo 2/2000 de 16 de Junio por el que se aprobó el Texto Refundido de la L.C.A.P. así como el artículo 201 de la mencionada norma que obliga a convocar concurso público para la adjudicación del citado contrato cuando superan determinada cuantía.

De acuerdo con dicho encargo el Sr. Lejárraga redactó en Junio de 2006 un Anteproyecto de Teatro Auditorio a construir en la Ribera Sur-Este de la Rambla de Nogalte sobre una parcela de 10.363 m², con una superficie construida de 4.500 m².

Al Anteproyecto de Teatro Auditorio de Junio de 2006, al que seguiría un Proyecto Básico de Teatro Auditorio de Noviembre de 2006 sirve de base para conseguir una subvención de 6 millones de euros de la Comunidad Autónoma, publicando el B.O.R.M. la concesión directa de una subvención al

Ayuntamiento de Puerto Lumbreras para la financiación de la totalidad de las obras de “construcción de Teatro Auditorio en Puerto Lumbreras”, según el anteproyecto redactado por el arquitecto Martín Lejárraga.

En fecha 27 de Julio de 2007 –sin haber convocado el Alcalde de Puerto Lumbreras concurso alguno- el Sr. Sánchez López dirige al director General de Cultura un escrito en el que le adjunta informe de la “Dirección Facultativa de la Obra emitida por D. Martín Lejárraga expresivo de la existencia de demora en la ejecución de las obras”, pidiéndole mediante manifestación expresa ampliación del plazo de ejecución y justificación de la cuantía resultante de la anualidad 2006 y la de 2007 hasta el 31 de octubre de 2008”

A dicho oficio, el Sr. Sánchez acompañaba un informe del Sr. Lejárraga en el que hacía constar: “ Que una vez completada la fase de redacción del Anteproyecto y dada la complejidad del programa, el “Proyecto Básico y de Ejecución del Teatro Auditorio” no se ha terminado en su totalidad, al requerirse un plazo añadido de 18 meses para la completa y correcta definición del mismo. A dicha petición accedió el Consejero de Cultura en 26 de octubre de 2007.

Como vemos el relato de hechos verificado por el Ministerio Fiscal en esta primera parte de la querella es tan detallado, explícito, individualizado y concreto, pues hasta señala el día en que el Sr. Sánchez en fecha 27 de Julio de 2007 sin convocar concurso alguno envía al Director General de Cultura una ampliación del plazo de ejecución y justificación de la cuantía, e incluso ofrece un principio de prueba documental, por lo que no cabe duda alguna que en una querella interpuesta directamente por el Fiscal ante el Tribunal competente (de conformidad con el artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que es la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, al ser Consejero el querellado quien es competente para conocer del asunto es este Tribunal, es el que debe abrir diligencias previas para averiguar la naturaleza del hecho delictivo y nombrar un Magistrado-Instructor que le tome declaración como imputado al Sr. Sánchez por un delito de prevaricación.

Es tan diáfana y clara la competencia de este Tribunal para conocer de la querella del Ministerio Fiscal contra el aforado, que los mismos Autos citados por la mayoría que conforman la Sala conducen a la solución contraria adoptada por la misma; y así en el Auto dictado por el Tribunal Supremo en fecha 1 de Julio de 2014 (Ponente Monterde Ferrer) se dice que la querella fue presentada por la Asociación de Afectados por la gestión de la Televisión Pública Madrileña contra el Presidente de la Comunidad de Madrid, informando el Ministerio Fiscal que debía inadmitirse la querella presentada por los afectados por no ser ninguno de los hechos que relata constitutivos de delito alguno.

El Tribunal Supremo razona que debe inadmitirse a trámite la querella porque la exposición de hechos de la misma están amparados en meras

informaciones periodísticas y la mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar sin más la apertura de un procedimiento penal y porque ninguno de los hechos que pudieran revestir caracteres de delito se imputa a un aforado a lo largo de los primeros once apartados de la querella. Justo todo lo contrario de lo que sucede en la querella presentada ante este Tribunal Superior de Justicia, por ello, el Auto del Tribunal Supremo citado de 1 de julio de 2014 precisa en el fundamento jurídico nº 3 que sólo se inician en el Tribunal Supremo los procedimientos penales contra aforados cuando haya quedado individualizada la actividad delictiva concreta de la persona que se trata, y además exista algún indicio o principio de prueba que pudiera servir razonablemente de base para la imputación criminal que de esa conducta individualizada pudiera derivarse. Ello es lo que ha hecho el Fiscal individualizando la conducta del aforado y presentando prueba documental respecto de un posible delito de prevaricación continuada.

A la misma conclusión se llega con el Auto citado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Ponente Ferrer Gutiérrez) de 24 de Septiembre de 2013 en el que el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca elevó una exposición razonada frente a dos aforados y el Delegado Especial de la Fiscalía Anticorrupción en Valencia solicitó la no asunción de competencia por falta de suficientes indicios incriminatorios respecto a la participación de los aforados y la Sala llega a la conclusión idéntica al Ministerio Fiscal de que indudablemente existen una serie de conductas que claramente pueden revestir los caracteres de delito, pero ha de quedar justificado un principio de prueba que permita detectar suficientes indicios para afirmar que los aforados han tenido una participación procesal y directa en ellos.

En el caso de la querella del Fiscal contra el aforado está individualizada la conducta del mismo y la prueba documental que presenta el Ministerio Público.

TERCERO.- Firma por el aforado Sr. Sánchez del Pliego de Bases Generales del Concurso de Proyectos para el Auditorio Municipal. Denuncia del Colegio de Arquitectos sobre ausencia de garantía de legalidad del concurso y falta de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

La querella continúa exponiendo que el Alcalde el 17 de Diciembre de 2007 firmó el Pliego de Bases Generales del Concurso de Proyectos para el Auditorio Municipal, lo que se publicó el 26 de Diciembre de 2007 en el B.O.R.M., reaccionando el Colegio de Arquitectos de Murcia a dicha convocatoria con la Circular nº 64, considerando que no existen garantías suficientes sobre la legalidad de dicho concurso, por lo que desaconseja a todos los colegiados presentarse al mismo, anunciando el Colegio que interpondrá recurso si no se atiende el requerimiento.

Seguidamente el Ministerio Fiscal expone que el concurso convocado vulneraba el artículo 203 nº 2 del T.R.L.C.A.P. porque la cuantía era superior a la estipulada y no se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Respecto al plazo concedido para la presentación de ofertas, el Ayuntamiento lo fijó en 15 días y el artículo 207 nº 1 del T.R.L.C.A.P. determina que en el procedimiento abierto el plazo de presentación de proposiciones no podrá ser inferior a 52 días, ello lo establece la base tercera del Pliego de Condiciones Generales aprobado por el Alcalde el 17 de Diciembre de 2007. (El Ministerio Público señala que está en los folios 1 al 8 de los expedientes remitidos a Fiscalía por el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, relativos a la contratación del Sr. Lejárraga para redacción del Proyecto de Obras).

Vuelve el Ministerio Fiscal a recordar que el Sr. Lejárraga, según acreditan indubitadamente los escritos de 27 de Julio de 2007 del Alcalde y Lejárraga, seis meses antes de publicarse el concurso de proyectos, le había pedido el aforado al Director General de Cultura una ampliación de 180 días porque según el arquitecto Lejárraga: “El Proyecto Básico y de Ejecución de Teatro Auditorio” no se ha terminado en su totalidad.

El Colegio de Arquitectos de Murcia dirigió escrito el 26 de Diciembre de 2007 al Ayuntamiento solicitando la anulación de la Convocatoria y en fecha 9 de Enero de 2008 recurso de reposición por vulnerar los principios de igualdad, objetividad no discriminación y libre concurrencia, que son pilares que deben presidir la contratación administrativa en todo el ámbito de la Unión Europea.

El 14 de Enero de 2008 se reunió el Jurado, presidido por D. Pedro Antonio Sánchez, otorgando el contrato al proyecto “Ciudad de Actividades” del Sr. Lejárraga. De nuevo observamos que en este apartado el Fiscal detalla concreta, minuciosa y minuciosamente todas las actuaciones del aforado que presentan indicios de criminalidad, mencionando días y fechas que están documentadas, por lo que la Sala en lo que respecta al aforado debió admitir la querrela frente a él, declararse competente y practicar lo detallado en el número anterior.

CUARTO.- Anuncio de licitación de las obras para la construcción del Teatro Auditorio Municipal de Puerto Lumbreras.

Sigue exponiendo el Fiscal en su escrito de querrela que el 21 de Febrero de 2008 el B.O.R.M. publicó el anuncio de licitación con un presupuesto de 5.998.514 euros, y en la cláusula 11ª del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares aprobadas por el Alcalde de Puerto Lumbreras que señalaba en cuanto a los requisitos de publicidad que: “por tratarse de procedimiento abierto no sujeto por su cuantía a publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas al amparo del artículo 78 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de Junio se anunciará en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

Sin embargo, el Fiscal dice que el artículo 78 nº 3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, vigente en el momento del contrato disponía que los procedimientos relativos a los contratos regulados en el Libro II, Títulos I, III y IV de esta Ley se anunciarán además en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y que el envío al D.O.C.E. deberá preceder a cualquier otra publicidad. Concluye el Ministerio Público en este apartado que debió de ser publicado en el D.O.C.E. y otorgar un plazo de 52 días para que los licitadores pudieran presentar sus proposiciones, por lo que en plazo de 13 días otorgado por el Órgano de contratación es vulneración de los preceptos del T.R.L.C.A.P.

Nuevamente nos encontramos con un relato minucioso y detallado de la actuación del aforado y con un principio de prueba documental, por lo que el Tribunal Superior de Justicia es el competente respecto de las actuaciones del aforado, como hemos expuesto en apartados precedentes.

QUINTO.- Ejecución de la Obra y pago de Obras.

Sigue analizando la querella del Fiscal las certificaciones y pago de obras que mensualmente eran aprobadas por el Alcalde y la Secretaria General Accidental. En las certificaciones el Fiscal señala que se incluyen dos veces los gastos generales, el beneficio industrial y el IVA, aumentando considerablemente su importe real.

La primera certificación de la obra en construcción se expide el 5 de Junio de 2008 por importe de 190.949'36 euros, pero a renglón seguido en fecha 5 de Julio de 2008 se hace una primera certificación bis de acopios en la que se pagan 2.254.068'68 euros, significando el Fiscal que con obra ejecutada del 2'15% del total se acepta una factura nº 1 bis por acopios que representa el 39'82% del total del Presupuesto General. Llama poderosamente la atención del Fiscal que esta cantidad corresponde finalmente con el dinero que falta para terminar la construcción del Teatro Auditorio.

Siguen un total de certificaciones hasta nueve.

En fecha 3 de Febrero de 2009 el representante de la constructora y el Arquitecto Director redactan un escrito solicitando una ampliación en el plazo de ejecución de 7 meses para retranquear el edificio Teatro aproximadamente unos nueve metros hacia el interior de la parcela y reubicar el resto del complejo. Reseña el Fiscal que a dicha fecha este edificio no se había iniciado en su ejecución.

Se siguen abonando certificaciones hasta la nº 24 de fecha 30 de Abril de 2010 y en dicha fecha el Ministerio Fiscal dice que se ha certificado el 100% del

presupuesto de remate contratado, a una obra no terminada y ejecutada al 61'98%.

Otra vez estamos en presencia de hechos narrados por el Fiscal mencionando el día y precisando e individualizando los indicios de criminalidad frente al aforado, apoyados en un principio de prueba documental, por lo que es competente este Tribunal Superior de Justicia conforme a lo ya dicho en apartados anteriores.

SEXTO.- Modificación de Proyecto del Teatro Auditorio.

En Abril de 2009 el Arquitecto D. Martín Lejárraga presenta una modificación del Proyecto Básico y Ejecución del nuevo Teatro Auditorio y Edificio polivalente de Puerto Lumbreras, lo que se aprueba por la Junta de Gobierno Local en fecha 17 de Septiembre de 2010.

En el estudio de la Modificación del proyecto el Ministerio Público presenta un informe pericial del Arquitecto D. Andrés Checa Andrés en el que se dice que el nuevo ajuste de los edificios en la nueva parcela únicamente ha perdido 38 m², por lo que realmente grave del modificado del Proyecto presentado ante el Ayuntamiento y aprobado por éste es que se ajusta al mismo presupuesto de contrata conteniendo menor obra a la aprobada porque excluye las terminaciones interiores del Teatro Auditorio, por lo que dicho edificio no puede ser terminado.

El Proyecto Modificado impone, pues, que con el mismo presupuesto que se contrató inicialmente, no se contempla ni la ejecución del Bar-Cafetería, ni se incluye la terminación interior del Edificio del Teatro-Auditorio, que además es el objeto primordial de la subvención concedida.

Como el Proyecto modificado no contempla la ejecución de la obra completa el Edificio Teatro-Auditorio no puede ser utilizado, siendo las partidas del proyecto inicial no ejecutadas las detalladas en folios 45, 46 y 47 del escrito de querrela del Ministerio Fiscal, importando la resolución de obras materiales y calidades un total de 2.278.451'52 euros, pese a lo cual ECISA percibió el importe total licitado.

El 15 de Julio de 2010 con la obra definitivamente parada y sin ejecutar el 38'04% de la misma D. Pedro Antonio Sánchez López da orden de “cancelación de las garantías constituidas por la mercantil ECISA”, entregándole a la empresa constructora avales por importe de dos millones doscientos cincuenta y cuatro mil setenta y ocho euros con sesenta y ocho céntimos, cifra que es igual al dinero que falta para terminar la obra.

Item más, el Ayuntamiento todavía tendrá que pagar por obras complementarias a ECISA 338.916'04 euros, cantidad que coincide con la rebajada por la empresa constructora en su oferta económica, que le hizo ganar el concurso, pues si a los 5.659.597'97 euros, ofertados como precio de las obras, le sumamos 338.916'04 euros, da un precio de 5.998.514'01 euros, que coincide exactamente con el precio de licitación máximo establecido por el Ayuntamiento y que le fue pagado a ECISA S.A., cuando la obligación a que se comprometió la empresa para terminar la obra en su totalidad ascendía a sólo 5.659.597'04 euros. Todo lo que el Ayuntamiento pagara por encima de ese precio, el Fiscal estima que se ha podido incidir en delito de fraude a la Administración Local del artículo 436 del Código penal.

Este es un relato de hechos que pone en conocimiento de la Sala penal del Tribunal superior de Justicia de Murcia indicios suficientes de haberse cometido supuestos delitos por el aforado, que encuentra apoyo en prueba documental, pericial del Arquitecto D. Andrés Checa Andrés, inspección de las obras y reportaje fotográfico de las mismas. Es claro, pues, que con ello han de incoarse diligencias penales por este Tribunal Superior de Justicia contra el aforado y nombrar un Magistrado-Instructor conforme hemos detallado en apartados precedentes.

Llevamos 49 folios de la querella del Ministerio Público, es decir, prácticamente toda la querella, y todos ellos van dirigidos contra el querellado aforado D. Pedro Antonio Sánchez López, con apoyo incontestable de pruebas documentales, pericial, inspección del lugar, reportaje fotográfico, por lo que la aplicación del artículo 73 nº 3 apartado a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia, es incuestionable, pues la querella, el Fiscal la dirige directamente contra el querellado aforado Pedro Antonio Sánchez López por los delitos continuados de prevaricación, malversación de caudales públicos, prevaricación en concurso medial con un delito de fraude y falsedad en documento oficial del artículo 390 nº 4 del Código Penal.

SEPTIMO.- Competencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia para conocer de las querellas interpuestas por el Ministerio Fiscal contra aforados.

El artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que los funcionarios del Ministerio Fiscal ejercitarán en forma de querella las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105. De ahí que la circular 1/1982 de la Fiscalía General del Estado dispusiera que el Fiscal debe construir con fundamento los hechos y documentos

constitutivos, de la denuncia la correspondiente querella, en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ejercitando la acción penal.

Por su parte el artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “la querella se interpondrá ante el Juez de Instrucción competente, pero si el querellado estuviese sometido por disposición especial de la Ley (artículo 73 nº 3 apartado b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye la competencia de esta Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia respecto a los aforados que prevean los Estatutos de Autonomía, entre los que está el ser Consejero) ante este Tribunal Superior de Justicia se interpondrá, que es lo que ha hecho con toda corrección jurídica el Ministerio Público.

De suerte que si el Ministerio Fiscal interpone la querella ante el Tribunal que es competente –y esto no tiene más remedio que reconocerlo la opinión mayoritaria de la Sala- porque como Sala de lo Penal le corresponde el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia. Si éste Tribunal que es el competente, se lo envía a otro Juzgado, al vaciar de las competencias a la Sala que le corresponde el conocimiento del asunto –puesto que la jurisdicción penal es improrrogable- y no ejerce esta Sala las competencias que le ha conferido la Ley no pudiendo este Tribunal prorrogar la competencia.

En modo alguno puede la Sala en que como la querella del Fiscal menciona a muchos que pueden ser imputados que no sabe en este momento si los indicios son claros, concretos o individualizados que ello lo tiene que hacer el juez ordinario predeterminado por la ley (sic), cuando lo que la ley ha determinado es que este Tribunal Superior de Justicia es el competente y predeterminado por la ley, máxime en una querella tan precisa, concreta, detallada y minuciosa como la del Fiscal que toda está dirigida contra el aforado Pedro Antonio Sánchez López, acompañando a su escrito de querella numerosísima prueba documental que advera sus afirmaciones de lo hecho por el aforado señalando incluso el día y el documento que firma, así como de prueba pericial, inspección de la obra, reportaje fotográfico etc. Si con todo ello y tras la investigación oficial previa realizada por el Ministerio Fiscal en el que pidió el expediente completo al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, y no existe constancia oficial de la contratación escrita sino verbal del arquitecto Lejárraga, para Anteproyecto del Auditorio y que el aforado Pedro Antonio Sánchez López le dirige un escrito al Director General de Cultura de la Comunidad Autónoma en fecha 27 de Julio de 2007 pidiendo ampliación del plazo de ejecución y justificación de la cuantía así como envío del informe de Lejárraga en el que pide 18 meses más para terminar el Proyecto Básico y de Ejecución del Teatro Auditorio; fijando el aforado Pedro Antonio Sánchez López un plazo sólo de 15 días para la presentación de ofertas de los Arquitectos, distribuyendo una circular el Colegio de Arquitectos advirtiendo que no existían garantías sobre la legalidad del concurso y que no se presentaran los arquitectos, adjudicándose a

Lejárraga, no terminándose la obra en su totalidad pues la finalidad primordial del Proyecto es el Auditorio, y detectando el Fiscal que pese a no terminarse la obra se han pagado los 5.998.514'01 euros, habiendo pagado todo el precio por una obra no terminada ni ejecutada en su totalidad, no alcanza este Magistrado a imaginar ningún supuesto en que estén más explícitamente detallados, individualizados y concretos la relación de hechos donde constan los indicios de criminalidad frente al aforado, por lo que la querella interpuesta directamente por el Fiscal ante la Sala debió admitirse a trámite frente al aforado incoando diligencias penales y designando Magistrado-Instructor.

Está sobradamente cumplido por el Ministerio Fiscal, que la querella presentada y la documentación que la acompaña imputa de modo inequívoco y directo la comisión o implicación en un hecho o hechos concretos y determinados, objetivamente contrastables, de lo que pueda desprenderse la existencia de una concreta imputación fáctica contra dicha persona aforada y que aparentemente, prima facie, pudiera presentar caracteres de poder ser constitutiva de delito.

OCTAVO.- Supuesta contaminación procesal.

La Sala, en otro apartado del Auto, dice que como Sala de Admisión de aforados y órgano llamado al eventual enjuiciamiento debe evitar que una precipitada valoración de los hechos diera lugar a su más que probable contaminación, que no puede existir pues basta simplemente decir del modo más escueto y sucinto posible, en dos líneas, que del relato de la querella del Fiscal se desprende la existencia de hechos contra el aforado que aparentemente pudieran presentar caracteres de poder ser constitutivos de delito, y con ello el Auto de incoación de diligencias previas penales en la Sala cumple con su cometido.

NOVENO.- Apunte del Tribunal Constitucional sobre la cuestión del juez ordinario predeterminado por la Ley en las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con motivo del quinto aniversario de la constitución de las Salas Civiles y Penales de los Tribunales Superiores de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial celebró unas jornadas a las que asistieron Magistrados de dichas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, debatiéndose en dichas jornadas hace más de veinte años el cambio de postura que tuvo que adoptar la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en un primer auto defería la competencia al juez del lugar donde se había cometido el delito apoyándose en que lo hacía para evitar la contaminación, pero al observar que el Tribunal Constitucional, en su Auto de 11 de Enero de 1993, inadmitió a trámite el recurso de amparo, dejando extramuros del derecho fundamental la cuestión no pacífica sobre quién era el órgano competente para la

instrucción de la causa, reconduciendo la misma al ámbito de la legalidad ordinaria, determinó que la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia Vasco modificara el criterio que hasta entonces había mantenido, sustituyéndolo por el de entender que la instrucción de las causas contra aforados correspondía al Instructor a que se refiere el artículo 73 nº 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, al designado de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, que no formará parte de la misma para enjuiciarla.

Este cambio de criterio del citado Tribunal lo apoyó en los siguientes argumentos, recogidos de moto sintético:

1º) La admisibilidad de la tesis exegética de que la Ley Orgánica 7/1998 al incorporar el apartado 4 del artículo 73 de la del Poder Judicial, dejó establecido un esquema competencial, conforme al cual la instrucción de las causas consignadas en la letra a) del apartado 3, esto es, aquellas que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia corresponde al instructor a que se refiere el citado apartado 4.

2º) La pérdida del concreto perfil del concepto jurídico “inculpación” recogido en el Estatuto de Autonomía, consecuencia de las sucesivas reformas procesales producidas por la citada Ley Orgánica 7/1998 y por la Ley 10/1992 de 30 de Abril de Medidas Urgentes de reforma procesal, que pasa a constituir en el actual sistema normativo un concepto jurídico indeterminado y cuyo contenido debe ser delimitado, a la luz de las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución, en cuanto se trata de una actuación que en el proceso penal se realiza contra persona concreta, como presunto interviniente en los hechos perseguidos.

3º) El anómalo resultado al que conduce la interpretación contraria en cuando comporta la existencia de dos instructores en una misma causa, uno el previsto en el artículo 14, apartado 2 de la Ley de enjuiciamiento Criminal, y, otro, el contenido en el artículo 73 nº 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

DECIMO.- Conclusión.

De lo anteriormente expuesto en mi voto discrepante resulta claro y obvio que una querella interpuesta directamente por el Ministerio Público ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, de conformidad con los artículos 271, 272 y 313 de la Ley de enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 73 nº 3 apartado a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial es competencia de esta Sala con respecto al aforado, que sólo puede desestimarla como dice el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, por lo que los hechos que tienen apariencia de delito como la contratación verbal que hizo el aforado Pedro Antonio Sánchez respecto a Lejárraga, el escrito de 27 de Julio de 2007 en el que el aforado pide ampliación

del plazo de ejecución y presenta escrito del arquitecto Lejárraga en el que solicita 18 meses para terminar el Proyecto Básico del Auditorio; la fijación de un plazo que da el aforado de sólo 15 días cuando meses antes para Lejárraga había pedido 18 meses; la advertencia del Colegio de Arquitectos de que en el concurso convocado por el aforado no existían garantías de legalidad, la no terminación del Auditorio en su totalidad, el pago íntegro; en cambio los 5.998.514'01 euros y la devolución de los avales por más de dos millones de euros hecha por al aforado a la empresa ECISA , cantidad que el Fiscal detalla que falta en la ejecución del Proyecto, no necesita esta Sala remitir las actuaciones a un Juzgado de Instrucción territorial, porque todo lo que presenta apariencia delictiva del aforado tiene principios de prueba documental, pericial, de reconocimiento de la obra y reportaje fotográfico, es competencia nuestra para conocer del asunto y siendo la jurisdicción penal improrrogable la Sala debe incoar diligencias penales contra el aforado Pedro Antonio Sánchez López por el delito de Prevaricación continuada, nombrando un Instructor de entre los miembros de la Sala que no pertenezca al Tribunal de Admisión de querellas criminales.

Creo haber dejado meridianamente claro que no existe en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la tesis auspiciada por la composición mayoritaria de la Sala, a saber, que los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo son órganos jurisdiccionales de “segundas instrucciones” requiriendo una primera instrucción imperativa del Juez territorial de suerte que la primera ha de residenciarse en el Juez territorial y cuando éste indique en exposición razonada los indicios contra el aforado, entonces entra en funciones la Sala de aforados a instruir si estima suficientes esos indicios contra el aforado. Todo lo contrario, los órganos del Orden Jurisdiccional Penal son improrrogables (artículo 8 de la Ley de enjuiciamiento Criminal) y ellos han de examinar de oficio su propia competencia, por lo que si el artículo 73 nº 3, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice que para la instrucción de las causas a que se refieren los párrafos a) y b) se designará un Instructor de los miembros de la Sala, que no formará parte de la misma para enjuiciarla, sólo ese “Instructor” es el competente con relación al aforado, pues la competencia en material penal es de configuración legal.

Dado en Murcia a 2 de Marzo de 2015.

Don Manuel Abadía Vicente, magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.