

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº: 20490/2015

Fallo/Acuerdo: Auto Texto Libre

Procedencia: *Juzgado* Central de Instrucción nº 5.

Fecha Auto: 28/04/2016

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: IPR

***Causa especial.**

Causa Especial Nº: 20490/2015

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

***TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal***

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Antonio del Moral García

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Abril de dos mil dieciséis.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de junio pasado tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, Exposición Razonada y testimonio de las Diligencias Previas 275/08 (Pieza separada denuncia Ayuntamiento de Jerez -Tomos 1 a 17), en soporte digital, elevada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en el

marco de las referidas diligencias al existir indicios de responsabilidad penal de la ex alcaldesa de Jerez DOÑA MARÍA JOSÉ GARCÍA-PELAYO JURADO que ostentaba la condición de Senadora de Las Cortes Generales en la X Legislatura, por la posible comisión de delitos de prevaricación y falsificación en documento oficial en relación con determinados contratos administrativos para el desarrollo de los servicios de FITUR 2004 llevados a cabo por el IPDC –Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad de Jerez–, y, en concreto, por la Alcaldesa de Jerez que lo presidía, en cuanto era el órgano administrativo competente para la adquisición de bienes y servicios de la referida Corporación Municipal.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/20490/2015 por providencia de 19 de junio se designó Ponente para conocer de la causa conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Luciano Varela Castro y se interesó del Ilmo. Sr. Secretario de Gobierno de este Tribunal, certificación acreditativa de la condición de aforada de la Sra. García-Pelayo Jurado. Acreditada se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la Exposición.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, evacuó el traslado con fecha 24 de julio de 2015 mediante informe que concluía:

"...que admita su competencia sobre la aforada conforme a lo establecido en los arts. 71.3 CE y 57.1.2 de la LOPJ y no sobre el resto de personas relacionadas en el Exposición. Por otro lado, en cuanto al contenido baste indicar por ahora que los hechos revisten indiciariamente caracteres de delito continuado de prevaricación e incluso de delito continuado de falsificación en documento oficial del art. 390 CP, habiendo alcanzado los indicios de la aforada el nivel de cualificados. Por ello procederá continuar con la tramitación de la causa, por aquellos delitos y respecto de la persona aforada exclusivamente, no respecto de las personas no aforadas, designando Magistrado Instructor..."

CUARTO.- Por Auto de esta Sala de fecha 9 de septiembre de 2015 se acordó: *"1º) Declarar la competencia de esta Sala para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento con respecto a la aforada María José García-Pelayo Jurado. 2º) La apertura del procedimiento, designando Instructor, conforme al turno establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Antonio del Moral García, a quien se le comunicará dicha designación a los efectos oportunos"*.

QUINTO.- Por providencia de fecha 4 de febrero de 2016 -y después de ciertas vicisitudes que constan en autos encaminadas a comprobar que subsistía la condición de aforada- se acordó citar a fin de recibirle declaración en calidad de investigada a D^a María José García Pelayo Jurado, lo que se llevó a cabo.

SEXTO.- Se practicaron diversas declaraciones y diligencias instadas tanto por el Ministerio Fiscal como por la defensa, así como otras acordadas de oficio con el resultado que obra en los autos.

SÉPTIMO.- Con fecha 19 de febrero pasado se recibió por Registro Telemático, escrito presentado por el Procurador Sr. Laguna Alonso en nombre y representación de D. Pablo Nieto Gutiérrez, D. Fermín Iñigo Contreras, D^a Yolanda Estrada Pérez y D^a Josefa Irene González Canoura, interesando su personación en esta causa en concepto de Acusación popular, acordando el Instructor en auto de fecha 17 de marzo imponer a la acusación popular una fianza de 3.000 euros (tres mil euros) que no ha sido prestada.

Pende de resolución recurso de reforma interpuesto por la Asociación de Abogados Demócratas por Europa solicitando la reducción de la fianza fijada para tenerlos personados como acusación popular; tal y como igualmente habían interesado.

OCTAVO.- Por escrito fechado el 17 de marzo último la representación procesal de la investigada solicitó el sobreseimiento, acordándose resolver una vez se cumplimentasen otras diligencias acordadas.

NOVENO.- Mediante informe de fecha 27 de abril el Fiscal se opone a tal solicitud instando a que se realicen las diligencias acordadas y todavía no practicadas y oponiéndose al sobreseimiento por subsistir los indicios que determinaron la incoación.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Pueden considerarse practicadas todas las diligencias necesarias para adoptar ya una de las resoluciones previstas en el art. 779 LECrim. Hay base sobrada con lo hasta ahora instruido para decidir cuál de las alternativas ofrecidas por tal precepto es la procedente, sin que sea dable postergar una decisión que ya se puede adoptar al contarse con todos los elementos necesarios. La remota data de los hechos, las premiosas vicisitudes iniciales –incluida una demora de muchos, demasiados meses para resolver un recurso de reforma contra un sobreseimiento que hubo de ser afrontado tras una inhibición, por juez distinto del que adoptó la resolución-, muy probablemente disculpables y comprensibles por las múltiples implicaciones y ramificaciones de los hechos originarios con involucración de aforados lo que dio lugar a inhibiciones y devoluciones, idas y venidas del procedimiento; y la filosofía que inspira la reciente reforma de la LECrim propugnando mayor agilidad en esta fase de diligencias previas, aconsejan dar sin más dilaciones este paso.

Bien es cierto que pende la unión de algunos documentos que han sido reclamados a instancia del Fiscal (insistiendo en ello en su último escrito) y

cuya remisión ha sido reiterada. Pero sea cual sea su resultado no afectarían a lo que es aquí objeto principal -y exclusivo- de esclarecimiento: la eventual participación de la aforada investigada en unos hechos que presentan apariencia de delito. Tales elementos documentales podrían abundar en la objetiva apariencia delictiva de los hechos (que como se verá subsiste, no se cuestiona, y no ha sido empañada, sino más bien refrendada por las diligencias practicadas); pero carecen de idoneidad para aportar nada desde la óptica ahora decisiva: si hay indicios fundados de una participación culpable de la aforada en esos hechos, imputados también a otra pluralidad de personas en otra causa en la que han sido objeto de investigación –al parecer ya clausurada, habiéndose dado paso a una fase procesal posterior (la intermedia)-.

En su materialidad desde ambos procedimientos penales paralelos estamos analizando unos mismos hechos. El ámbito respectivo está delimitado exclusivamente por lo subjetivo: en esta sede se trata de dilucidar la responsabilidad de la aforada por esos hechos; en el otro órgano jurisdiccional, la eventual participación y responsabilidad de otras personas. En esa vertiente –hechos- el objeto es compartido y las pruebas con que contamos son esencialmente las mismas que obran en aquella causa, origen de ésta. Es congruente, pues, con el estado de aquélla causa, que en ésta consideremos también –como se considera- que los indicios acopiados para mostrar la eventual relevancia penal de los hechos (tipicidad objetiva) son suficientes y no son precisos elementos complementarios que podrán abundar en lo mismo pero no modificar la percepción. O, al menos, no son indispensables.

En la dirección apuntada y aún no ignorándose que hasta el próximo día seis de junio no expira el plazo ordinario de seis meses que establece el reformado art. 324 LECrim como tiempo razonable para cancelar la fase de investigación, es claro que ya en la investigación hemos invertido un tiempo superior a ese estándar, y a tenor del art. 324.6 LECrim –en prescripción que en rigor no es tan novedosa- el Juez ha de dar por concluida la instrucción una

vez esté cumplida su finalidad, lo que sucede aquí como se explicará. No tiene sentido mantener abiertas estas diligencias más tiempo.

SEGUNDO.- Hay un cúmulo nada despreciable de indicios que apuntan inequívocamente a que se tomó la decisión de contratar a unas determinadas empresas propuestas por una persona, que estuvo investigada pero que ha fallecido, para llevar a cabo las labores y servicios necesarios para la participación del Ayuntamiento de Jerez en la feria FITUR correspondiente a 2004. La decisión política sobre la conveniencia o no de esa participación, la forma en que se concretó, el significativo aumento de la inversión respecto de ediciones anteriores; el momento tardío en que se adoptó esa determinación (al parecer ante el ofrecimiento de un *stand* individual por la organización, según se ha relatado por algunos testigos y la aforada); y el influjo que pudo tener en esas decisiones la perspectiva de acceder a un plan de excelencia turística confirmada a finales del año 2003 (con independencia de que los gastos de esa participación no pudiesen ser cargados a esos futuros ingresos presumibles, pues la ejecución del plan comenzaría después, aspecto indiferente a estos efectos: lo relevante es que existiese consignación presupuestaria lo que certificó la intervención) son cuestiones que escapan a cualquier fiscalización o control desde el ámbito penal: se mueven en el legítimo terreno de la discrecionalidad política.

Lo que interesa aquí es que existe una poderosa apariencia de que la asignación de esos contratos se hizo de forma voluntarista, al margen de todo procedimiento legal, beneficiando a unas concretas empresas –tres- que resultaron adjudicatarias en virtud de una decisión tomada sin respeto a los procedimientos y garantías administrativas. La decisión por eso resultaba *arbitraria* al prescindir de todo el trámite establecido, concebido no como una pura traba burocrática, sino como garantía de la transparencia eficacia y neutralidad en la gestión de los fondos públicos.

Lo de menos es que la competencia correspondiese o no al Presidente del Instituto (la Alcaldesa). Eso es un punto que resulta discutible, al menos, a la vista de la delegación existente desde el 23 de febrero de 1998 según se ha podido acreditar; y el posterior refrendo –aunque no de todas las decisiones, si bien no resultaría necesario si convenimos que estaba vigente esa delegación que cobijaba las decisiones- de las mismas por el Consejo Rector del Instituto. Que hubiese podido existir exceso no cuantioso (según computemos los porcentajes) no nos llevaría a la *grosera* falta de competencia que abre las puertas del Código Penal (no toda infracción de una norma competencial es prevaricación: solo la que aparece como patente, clamorosa y flagrante para cualquiera, incompetencia).

Ni siquiera es decisivo enzarzarse en un debate sobre la corrección o no del procedimiento administrativo y el trámite de urgencia elegidos (bien por falta de previsión, bien por razones reales, bien por una deliberada decisión, lo cierto es que se había llegado a un punto en que se exigía un procedimiento de contratación muy ágil si se quería llegar a tiempo). Lo realmente decisivo para constatar el carácter absolutamente irregular de esa contratación es que antes de los expedientes según muestran muchas evidencias, la decisión estaba ya adoptada: esas tres empresas serían las adjudicatarias por indicaciones de quien habría actuado como intermediario, hoy fallecido. Dos de ellas estaban vinculadas a una trama, por seguir la plástica terminología que se ha impuesto, implicada en operaciones irregulares con las administraciones gobernadas por un grupo político que en ese momento además había accedido a la Alcaldía del Ayuntamiento de la ciudad de Jerez, bien que a través de un pacto con otro grupo que algunos de los declarantes han calificado de difícil y cargado de tensiones; la tercera ajena a esa *trama* sin que sus responsables hayan sido llamados a declarar de lo que no sin cierta razón se sorprende la dirección letrada de la investigada: los indicios son de igual peso para las tres empresas; nada diferencia a Teleanuncio, salvo que cobró con anterioridad. Reuniones celebradas en noviembre y diciembre de 2003 con intervención de ese

intermediario y técnicos de turismo del Instituto de las que dan fe no solo las notas manuscritas –por Antonio Gómez, director de ese departamento y también fallecido quien seguramente hubiese sido pieza clave para esclarecer muchos extremos- sino también una doble testifical demuestran esa preadjudicación voluntarista al margen de todo procedimiento. Dos de esas técnicos con toda naturalidad explicaron como al menos desde noviembre de 2013 (ningún expediente se había iniciado) mantuvieron reuniones preparando la infraestructura de esas participación en FITUR. Ya se actuaba con la decisión tomada sobre las empresas. Lo pone de manifiesto el Fiscal de forma incontestable en su documentado informe.

No es solo eso: los expedientes según se ha podido comprobar no fueron tramitados en forma hasta después de la celebración de la feria. Tampoco hay mucho que añadir a la contundente argumentación del Fiscal en su escrito que se asume íntegramente y que recopila datos abrumadores. A los elementos minuciosamente expuestos en ese reciente dictamen habría que sumar incluso otros (como la misiva remitida desde Teleanuncio a la atención de Lourdes Montenegro fechada después de la aprobación oficial de los expedientes). Se contrató con las empresas antes de que hubiesen aportado la documentación necesaria (certificaciones, presupuestos...). No se trata ya de que los metadatos de unos archivos informáticos lo sugieran. Es que un cúmulo de correos, correspondencia, certificaciones oficiales... acreditan que los expedientes se elaboraron *a posteriori* antedatándose en su caso algunos documentos. No es momento de enumerar esos elementos (lo hace el informe del Fiscal). Baste aquí señalar que aunque admitiésemos las elucubraciones efectuadas por la dirección letrada de la investigada sobre la posibilidad de manipular esos datos informáticos (en lo que posiblemente tenga razón), nada apunta en esa dirección cuando son otros muchos los documentos reales con fecha indubitada que demuestran la reconstrucción o elaboración posterior. Se adoptaron decisiones sin el respaldo de un expediente, sin comprobar la concurrencia de los requisitos necesarios para contratar con la Administración,

sin ofertas... Esas patentes irregularidades (ausencia de contenido de los expedientes: las decisiones se adoptan en el vacío basadas en un puro voluntarismo) integran la vertiente objetiva de la decisión arbitraria a que se refiere el art. 404 CP, que solo admite la forma dolosa.

De otro lado también hacen pensar en falsedades en documentos oficiales (arts 390 y concordantes CP).

Hasta ahí el objeto de investigación se comparte con la causa seguida en la Audiencia Nacional (en concreto con la pieza separada de la que dimana este procedimiento).

Desde esta óptica no es cuestionable que estemos ante resoluciones arbitrarias, con independencia de que se discuta, como hace el Fiscal adentrándose con meritoria meticulosidad en el examen de la legislación administrativa, la competencia de la Presidencia del Instituto para realizar esa contratación. Más allá de esa delegación de competencias del Consejo Rector cuya subsistencia también está pendiente de contrastarse, para descartar que haya una revocación posterior y aunque se suscriba el razonamiento técnico jurídico del Fiscal sobre la imposibilidad de cobijar esos acuerdos en la competencia delegada (según su tesis habría que estar a la suma de todos y no a las cuantías separadas), nada se alteraría la valoración sobre la concurrencia de la vertiente subjetiva del delito en la aforada. Por otra parte, la necesidad de interponer ese razonamiento más de detalle y no tan grosero aleja del ámbito penal. Al contarse con informe favorable de un técnico (el Secretario), no parece que eso añada un plus significativo a la ya muy relevante arbitrariedad derivada de otros factores. Y, por supuesto, ser licenciado en derecho, o ejercer de concejal durante unos años, no garantiza un conocimiento pormenorizado de esos vericuetos normativos que, como se ha podido apreciar en algunas declaraciones, tampoco algunos de los técnicos del Ayuntamiento,

de cuya cualificación profesional no hay que dudar también escapaban al relevante cabal conocimiento de ellos.

Por eso no añade nada adentrarnos en esa discusión técnica que proponen defensa y Ministerio Público.

TERCERO.- Se trata en esta causa de dilucidar si hay indicios racionales y consistentes de una participación penalmente relevante (es decir, dolosa) de la aforada investigada en esos hechos presuntamente delictivos. Ese es el núcleo de la investigación que se abrió precisamente ante los elementos, que se ponían de manifiesto de forma clara, ordenada, precisa y sistemática en la modélica exposición razonada que elevó el instructor (al margen de inexactitudes de detalle que han podido disiparse luego, como lo relativo a la firma de algunos contratos efectuada no directamente por la aforada, sino por delegación suya por el concejal encargado del área de turismo, Bernardo Villar). Esos hechos objetivos combinados con el incontestable dato de que la responsabilidad de las decisiones adoptadas correspondía a la Alcaldesa Presidenta integraban los indicios, la apariencia, el *fumus boni iuris*, que hacía inexcusable la apertura de esta causa especial tal y como acordó la Sala de admisión.

No hay duda de que la Alcaldesa participó: firmó y asumió las decisiones documentadas (resoluciones) que sin su *placet* no alcanzarían eficacia jurídica. Si se concluyese que firmó con conciencia de su arbitrariedad por la ausencia del correspondiente expediente administrativo tramitado de forma regular, se podría inferir también su responsabilidad en las eventuales acciones falsarias posteriores con independencia de que no haya intervenido materialmente en ellas.

Solo desde la constatación del conocimiento de esas irregularidades surgirá responsabilidad penal. La alambicada hipótesis de una falsedad por

imprudencia, amén de otras consideraciones, queda radicalmente excluida pues la exigua penalidad arrastraría indefectiblemente a una solución de prescripción.

Tras las diligencias practicadas (declaraciones y documental que se unen a las muy abundantes actuaciones procedentes del Juzgado Central) la pregunta a formularse es: ¿esos indicios iniciales se han confirmado?; o, por el contrario ¿se han debilitado hasta el punto de convertirse en una base tan frágil que impide continuar adelante con el procedimiento al no poder traspasar el filtro del denominado *juicio de acusación*? El canon legal para formular ese juicio provisional es lo que en el procedimiento ordinario se cataloga como *indicios racionales de criminalidad* (art. 384 LECrim). Su reverso son los supuestos de sobreseimiento perfilados en los arts. 637 y 641 LECrim. Si los indicios para acusar a la investigada no son *suficientes* procederá el sobreseimiento provisional. En otro caso habrá de impulsarse el procedimiento para dar paso a la fase intermedia (art. 779.1.4ª LECrim) lo que en este supuesto exigiría la previa petición de suplicatorio de la Cámara respectiva.

CUARTO.- En su declaración la aforada sostuvo de forma creíble que ignoraba todas esas irregularidades; y que cuando estampó su firma en los distintos acuerdos relacionados con ese asunto lo hizo como era habitual en su gestión en la confianza de su corrección, única forma razonable de operar a la vista del cúmulo de asuntos que tenía que despachar, fiada de los criterios de los técnicos. Es una hipótesis verosímil en principio; más en un Ayuntamiento de las dimensiones del de referencia en el que es presumible –y así ha sido ratificado por cuantos han declarado- un elevado volumen de expedientes y decisiones dado el número de organismos dependientes, algunos dispersos, funcionarios, personal laboral, competencias... Significativo es que la Alcaldesa llegue a firmar las nóminas de todos los empleados (centenares).

Ahora bien, no puede bastar con las afirmaciones autoexculpatorias de la implicada, que han de ser examinadas con espíritu crítico por razones patentes: es evidente su interés. Ante cualquier decisión objetivamente arbitraria, no es suficiente con que el responsable de una administración alegue esa ignorancia parapetándose en sus técnicos haciéndose así acreedor de una patente de impunidad. Habrá supuestos en que ese alegato resulte creíble, convincente y hasta lo más probable. Habrá otros en que se podrá comprobar que es una mera excusa o coartada desmentida por otros datos o por un contexto que apunta en otro sentido.

Pero en todo caso no es ese un argumento extravagante en la forma de operar con estos supuestos en sede jurisdiccional como demuestra el examen de los repertorios de jurisprudencia y algunas resoluciones de esta Sala que la defensa se ha preocupado de resaltar en su escrito pidiendo el sobreseimiento. Al tratarse de un tema no estrictamente jurídico penal, sino de valoración probatoria –conurrencia o no del tipo subjetivo del delito de prevaricación- es materia inidónea para que exista un cuerpo doctrinal uniforme directamente aplicable. Las cuestiones probatorias –más si estamos hablando de prueba de elementos internos- se resisten por definición a estándares generalizados: cada caso tendrá sus peculiaridades. Justamente por ello es cuestión que normalmente se resolverá en la instancia sin que quepa ordinariamente la revisión en casación más que a través de la presunción de inocencia (con las dificultades que ello comporta cuando se proyecta tal presunción sobre un hecho psicológico).

Pese a ello están bien traídas a colación las referencias jurisprudenciales recientes que la defensa evoca en su escrito. No constituyen propiamente jurisprudencia, sino ejemplos que evidencian la razonabilidad de ese tipo de conclusiones. En la mayoría de esos supuestos (a los que cabía añadir otros más lejanos en el tiempo) este Tribunal actúa como órgano de instancia y no como órgano de casación.

La STS 152/2015, de 24 de febrero participa de esa peculiaridad: no se dicta resolviendo un recurso de casación. El TS es el Tribunal de instancia que rechaza la pretensión acusatoria dirigida contra una Alcaldesa y una Concejala de una población, no tan populosa, por un delito de prevaricación. Las dos acusadas son absueltas. Se valora de manera expresa que el Decreto tachado de arbitrario fue dictado sobre la base de un informe técnico y sin comprobar el contenido del expediente *“confiando en que éste respondía a la realidad y que el técnico había realizado las comprobaciones precisas, así como que si hubiera apreciado, en su caso, alguna anomalía, la habría hecho constar en el documento”*. Una razón similar (desconocimiento de las irregularidades) se proyecta en la sentencia en relación a otro acuerdo tachado de arbitrario.

“En consecuencia –dice la Sentencia desarrollando este argumento, manifestó que no comprobó la legalidad de cada contrato, aclarando que considera que no es su obligación (al estar ya revisados), de forma que cuando firmó la contratación de MC..., desconocía que hubieran existido irregularidades; habida cuenta, además, de que el contrato no venía acompañado de informe negativo alguno. Pese a que el Secretario, Sr. L, sostuvo que su firma servía únicamente para dar fe de las resoluciones que firmaba la Alcaldesa, que no informaba sobre la legalidad y no revisaba los contratos, buena parte de los testigos que declararon en el acto del juicio corroboraron el funcionamiento del Ayuntamiento que describió la acusada en este punto.

Así, el Interventor admitió que el control de la legalidad de los contratos era competencia suya y del Secretario, Sr. L; y que los documentos eran visados por los órganos técnicos del Consistorio. Lo que ratificó la Interventora actual del Ayuntamiento, M. Por su parte, la técnico del Ayuntamiento M, corroboró que los documentos, una vez elaborados, se pasaban a la firma de la Alcaldesa, que en ocasiones los firmaba en el acto, en presencia del personal, y otras veces lo hacía en un momento posterior.

La sentencia concluye indicando que las declaraciones de las coacusadas –alcaldesa y concejal- alegando que desconocían las irregularidades resultaron creíbles determinando su absolución (*“Por su parte, la Alcaldesa ha expuesto, también con detalle y sin vacilaciones, cómo funcionaba el Ayuntamiento, resultando corroborada su declaración, en los aspectos más relevantes, por buena parte de los testigos que testimoniaron en el acto del juicio y que eran conocedores de la dinámica de funcionamiento, como es el caso de los dos Interventores y la técnico del Ayuntamiento. Por tanto, no puede calificarse de exenta de credibilidad la explicación que suministró la acusada, según la cual el contrato fue puesto para su firma junto con otros muchos y, confiando en el buen hacer del personal y por no considerarlo de su competencia, no cotejó cada contrato con su expediente correspondiente para verificar que todos los requisitos habían sido observados. No hay prueba en este sentido que desvirtúe o deje sin efecto estas afirmaciones de la Alcaldesa, quien no tenía, por otro lado, relación de amistad con la persona contratada”*).

Hasta aquí lo que interesa resaltar. La sentencia en pasajes sucesivos negará también relevancia penal a otro acuerdo pese a existir un informe técnico que sí insinuaba su ilegalidad.

Dirá por fin la mentada sentencia en referencias que nos sirven también para recoger las líneas esenciales del delito de prevaricación:

“... una Jurisprudencia reiterada de esta Sala -SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;*
- en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;*

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

- en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto;

- y, en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Nos encontramos ante un acto que aprueba una propuesta de contratación, por lo tanto, un acto decisorio de la Administración, que ampara una situación en la que se ha prescindido del procedimiento establecido en la ley...

... En este punto, cabe señalar que cuando se trata de infracciones del procedimiento, decíamos en la STS 743/2013, de 11 de octubre, que la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales.

En este sentido, como recordábamos en la STS 18/2014, de 13 de enero, conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones.

En esta misma línea, respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añadía la STS 743/2013, de 11 de octubre, que el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación

administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución.

La citada STS 815/2014, de 24 de noviembre, remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo, precisa que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo). Esto es precisamente lo que ocurre en este caso, en que es patente la desviación del Decreto.

En definitiva, como señala la STS 733/2014, de 28 de octubre, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del

ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; 766/1999, de 18 mayo; y 2340/2001, de 10 de diciembre).

Considera esta Sala que en los tres actos administrativos referidos se ha procedido de forma arbitraria y por lo tanto concurre el tipo objetivo del artículo 404 del CP. Así, respecto de las dos primeras resoluciones, ambas aprueban contrataciones pese a haberse eludido, parcialmente en el primer caso y con carácter total en el segundo, el procedimiento legalmente establecido para la contratación de personal laboral en el Ayuntamiento de Villamayor; y en la tercera resolución se ha aprobado una propuesta de gasto remitida por la Concejalía de Cultura e Interior, a favor de una persona irregularmente contratada. En todos los casos se ha provocado un resultado materialmente injusto, pues en los dos primeros, relativos a contratos irregulares, se vulneran los principios constitucionales que han de regir la actuación de la Administración y se impide que los administrados puedan concurrir en igualdad de condiciones y con estricta valoración de sus méritos, a una convocatoria de personal laboral de un ayuntamiento; y en lo que se refiere al pago de la nómina, en cuanto se trata de dinero público, se está afectando igualmente al interés de los administrados, como ya se apuntó.

Pero sin perjuicio de que pueda concurrir el tipo objetivo, es necesario comprobar si en la actuación de la acusada concurre el tipo subjetivo, esto es, si era consciente y conocedora de la arbitrariedad de sus resoluciones.

La STS 815/2014, de 24 de noviembre, dice, citando la STS 766/1999, de 18 mayo, que el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas». Se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado

materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Bien entendido que, como se indica en la Sentencia de 29-10-1998, a la que también se remite, la intención dolosa o el conocimiento de la ilegalidad no cabe deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que necesariamente debe estar apoyada por una prueba evidente que no deje duda alguna sobre este dato anímico. Es, pues, precisa la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

A la vista de estos requisitos y de conformidad con las consideraciones realizadas en el anterior Fundamento, no puede afirmarse la concurrencia del citado tipo subjetivo por las razones siguientes.

1) Respecto a la Resolución de 30 de septiembre de 2008, no existe prueba de que la Alcaldesa fuere conocedora de la arbitrariedad de la misma. Según la prueba practicada, no ha quedado acreditado que conociera los datos de las aspirantes que habían renunciado a la plaza, ni cómo se habían documentado las renunciaciones, ni, en definitiva, que se hubiera producido cualquier tipo de irregularidad respecto a las mismas. Incluso no ha podido declararse probado que conociera si realmente las renunciaciones se habían producido. Así, como se ha venido exponiendo, no participó en el proceso selectivo, lo que se acredita documentalmente, y contaba con un informe del técnico de cultura del Ayuntamiento que expresamente recogía la necesidad de contratar a un segundo monitor de psicomotricidad por la demanda existente y que señala que esa persona ha de ser R, dada la renuncia de las aspirantes con mejor puntuación.

Una vez constatado que la alcaldesa no participa en el proceso de selección, no puede tenerse por probado y menos aún de forma evidente, que la misma conociera los detalles de dicho procedimiento y además que fuera consciente de que la información suministrada por un técnico de su Ayuntamiento, en un informe escrito, podía no ser veraz.

Se acredita la firma de la Resolución por la Alcaldesa y el carácter arbitrario de la misma, pero no se prueba que fuera consciente de su arbitrariedad.

2) En lo relativo al contrato de trabajo de fecha 7 de octubre de 2008, no se cuenta con una prueba de que M conociera las irregularidades habidas en el proceso, esto es, la omisión de la observancia de los trámites legalmente previstos. Porque como se deriva de la valoración de la prueba ya expuesta, la acusada no participó en el proceso de selección; le pasaron numerosos contratos a la firma, que habían sido elaborados en una gestoría y visados por los técnicos previamente; y no conocía los datos personales de cada uno de los seleccionados en los diferentes procedimientos convocados.

Por lo tanto, valorando la prueba documental (procedimiento de selección), la declaración de las coacusadas y las testificales, para lo que nos remitimos al anterior fundamento, no resulta evidente que la Alcaldesa fuera consciente de la arbitrariedad del contrato que firmó, es decir, de que estaba resolviendo al margen de la ley, dando cobertura a una situación creada más allá de todo procedimiento legal y que provocaba un resultado injusto para los administrados. En definitiva, ha quedado acreditado que firmó el contrato, y que el acto puede calificarse como resolución arbitraria, pero no que al hacerlo fuera consciente de la ilegalidad cometida.

... el tipo subjetivo exige la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido, pues lo demás sería invadir el campo del control judicial de los actos administrativos, que a nosotros no nos corresponde, y dado que no puede apreciarse tal claridad o evidencia en la conducta de la acusada, en el momento de dictar alguna de las tres resoluciones que hemos calificado como arbitrarias, no puede considerarse que concurra este elemento y, por lo tanto, que se haya cometido un delito de prevaricación.

Tratándose de un elemento interno, su acreditación únicamente puede obtenerse mediante inferencias a partir de otros elementos que han quedado acreditados por prueba directa. En este punto, cobran especial relevancia dos

elementos. El primero, es el carácter no concluyente del informe de reparo, de cuyo contenido se deduce una cierta ambigüedad en cuanto a la irregularidad del contrato en sí. Versa sobre una cuestión de retribución, cuyo carácter indebido es puesto de manifiesto en él, pero esa condición irregular respecto del propio contrato no aflora del contenido del documento; por lo que el reparo se realiza sobre los efectos del contrato, no sobre este en sí. En consecuencia, el informe era susceptible de haber sido interpretado de la manera que mantiene la acusada, en la medida en que alentaba un espacio para la duda sobre la legalidad o ilegalidad de la contratación. El segundo elemento relevante es que las declaraciones de los implicados en el juicio oral, tal y como hemos razonado anteriormente, mitigan el valor incriminatorio que puede desprenderse del contenido del documento.

Por todo ello, no es posible inferir, de una manera lógica y razonable, que la acusada conociera la arbitrariedad de las resoluciones que dictó".

QUINTO.- La STS 797/2015, de 24 de noviembre, también en relación a una Alcaldesa, acaba convalidando la condena por prevaricación dictada por la Audiencia. En ella se razona que es exigible probatoriamente algo más que la pura constatación de la firma en una resolución objetivamente arbitraria e injusta. Sería insuficiente esa realidad para basar una condena si no va acompañada de otros indicios de fuste que avalen la idea de que no se actuó sencillamente ajustándose al criterio de los técnicos, sino con conciencia de la arbitrariedad de la decisión:

"En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la

locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1 de julio).

Y en el caso actual, este conocimiento de la injusticia de la resolución por parte de la recurrente es manifiesto, ya que antepone el contenido de su voluntad a cualquier otra consideración.

En primer lugar consta que la recurrente, al tener conocimiento de que el técnico encargado de realizar las valoraciones no consideraba posible otorgar a la solicitud de TISA la máxima valoración, pues no se trataba de una empresa agropecuaria, le llamó para solicitarle expresamente que tratase a esa empresa “con cariño”.

Este primer indicio no lo traemos a colación porque implique un interés espurio por parte de la Alcaldesa, ni una propuesta de actuación delictiva, pues su interés por otorgar facilidades a la instalación de la empresa TISA en su localidad puede estar razonablemente motivado por el deseo de promover legítimamente el desarrollo industrial de Jerez, y la creación de puestos de trabajo, promoción que forma parte de los deberes de su cargo, sin que la expresión utilizada implique necesariamente la propuesta de comisión de irregularidad alguna.

Pero este indicio cobra especial relevancia para poner de relieve que la Alcaldesa estaba al tanto de las circunstancias que rodeaban la solicitud de la empresa TISA para instalarse en el Parque Agroalimentario, y de las dificultades generadas por la actividad médica a la que se dedicaba, que no era, en principio, compatible con la finalidad para la que se había recibido la subvención ministerial ni con el Acuerdo adoptado bajo la Presidencia de la

recurrente conforme al cual era necesario seguir "un procedimiento de enajenación por el que realmente se garantice que las parcelas finales del Parque Agroalimentario cumplan el objetivo fundamental para el que se destinaron: servir de base industrial a la actividad agropecuaria de nuestra comarca".

En definitiva, este indicio permite razonablemente concluir que la Alcaldesa conocía desde el principio la naturaleza de esta empresa y la imposibilidad de que le fuese otorgada la máxima calificación, y con ella la máxima subvención, por lo que ilumina lo sucedido en la totalidad del proceso y, en conjunto valorado junto con el resto del material indiciario al que nos referiremos seguidamente, permite concluir razonablemente que la Acusada firmó las resoluciones que adjudicaban a la citada empresa la máxima calificación, y le vendían la parcela con el máximo descuento, "a sabiendas de su injusticia".

*La firma de la resolución arbitraria no determina, en absoluto, la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En sentencias de esta Sala, como la citada, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. **Las Autoridades y funcionarios de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, y generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, pero en el caso actual el indicio expresado (la intervención personal de la Alcaldesa al comienzo del procedimiento para pedir al técnico que tratase con cariño la solicitud) pone de relieve que la acusada había expresado un especial interés por la empresa adjudicataria, que era consciente de las condiciones que limitaban la posibilidad de concederle subvenciones relevantes, condiciones que ella misma había aprobado, y que estaba perfectamente al corriente de la***

imposibilidad de alcanzar el máximo de subvención sin actuar irregularmente.

Un segundo indicio empleado por el Tribunal sentenciador, es la certificación firmada por la propia recurrente en el sentido de que a la empresa TISA se le iba a adjudicar una parcela del Parque Agropecuario en la siguiente reunión del órgano competente para ello. En principio ya resulta extraño que se certifique el resultado de una decisión administrativa, que debe tomar un órgano colegiado, antes de esta decisión se adopte. Pero lo relevante, a efectos indiciarios, en el caso actual, es que esta certificación pone de relieve el minucioso seguimiento de la acusada recurrente del procedimiento de adjudicación de la parcela solicitada por dicha empresa en el Parque Agropecuario. Seguimiento que razonablemente obliga a concluir que la resolución finalmente adoptada por la recurrente no fue tomada en un asunto del que desconociese sus características, y pudiese ignorar la arbitrariedad de la concesión de la puntuación máxima, sino en un asunto que conocía minuciosamente, y que siguió de forma particularizada. Un tercer indicio se encuentra relatado en el conjunto de presiones sufridas por el técnico Sr. P, para que modificase su informe. Después de la intervención personal de la Alcaldesa, pidiéndole que tratase a la empresa TISA “con cariño”, el Sr. P. emitió un informe favorable, que permitía la adjudicación de la parcela con una subvención del 20%, pero no con la puntuación máxima dado que no se trataba de una empresa agropecuaria, que era a las que estaban destinadas prioritariamente las subvenciones. La Alcaldesa había aprobado los criterios de valoración y conocía estas circunstancias, que imposibilitaban la puntuación máxima para TISA, pero una vez adjudicada provisionalmente la parcela el Sr. P. comenzó a recibir presiones de su entorno, según se le decía procedentes de la superioridad, para que modificase el informe. Una inferencia razonable, no suficiente por si misma pero si en valoración conjunta con el resto de los indicios concurrentes, es la de que dichas presiones solo podían proceder de la propia Alcaldía, dado el interés mostrado por ella en el asunto y la dificultad de que se interpusiesen

cargos inferiores en un asunto que la propia Alcaldesa había llevado personalmente en su fase más delicada de interesar al técnico un dictamen favorable.

Un cuarto indicio consiste en que el propio técnico, que tuvo que elaborar un segundo informe en el que sin embargo mantuvo la misma puntuación, remitió el nuevo informe por correo electrónico al Jefe de Gabinete de la Alcaldesa, y en lo sucedido a continuación. No vamos a entrar en las alegaciones del Jefe de Gabinete en el sentido de no haber leído el correo, pues dado el interés mostrado por la Alcaldesa en este asunto resulta manifiestamente inverosímil que su propio Jefe de Gabinete no atendiese el correo y no le informase debidamente. La Sala sentenciadora lo razona suficientemente. Pero lo manifiesto es que se produce a continuación una falsificación del informe, y unas gestiones para que el informe falsificado se firme por otro funcionario, que únicamente pueden comprenderse desde la perspectiva de que la propia Alcaldesa, máxima autoridad municipal, tuvo necesariamente que interesar y autorizar esta manipulación.

La intervención personal de la Concejal Delegada constituye un indicio adicional. Ésta no ha declarado de modo directo que siguió instrucciones de la Alcaldesa, pero dada la posición que ocupaba en el Ayuntamiento, y lo delicado de las gestiones realizadas (en realidad delictivas, y lo cierto es que ha sido condenada por ello), es inimaginable que pudiese referirse a alguien diferente cuando manifestó que realizó esta gestión porque se lo pidieron “otras personas”, a las que no identificó. Solo la autoridad de la Alcaldesa podía imponer a la Concejal Delegada que realizase esta gestión, según las normas ordinarias de la experiencia, pues la Alcaldesa era la única que podía tener sobre la Concejal la ascendencia necesaria para que accediese a realizarla.

La firma de la adjudicación, con el dictamen falseado y sin poner objeción alguna, constituye un nuevo indicio, pues por todo lo expresado es manifiesto que la recurrente tenía necesariamente que conocer que la

empresa adjudicataria no podía alcanzar, en absoluto, la puntuación máxima.

La Sala sentenciadora se refiere a otros indicios, la celeridad de los trámites, la ausencia de solicitud expresa de la subvención por parte de TISA, la excepcionalidad de la ayuda, el carácter jerárquico del Ayuntamiento que hace inimaginable que los técnicos decidiesen un asunto de esta relevancia sin el conocimiento de la Alcaldesa, la eliminación de una serie de condiciones impuestas inicialmente en la escritura pública de compraventa, etc. Pero son indicios adicionales, no imprescindibles, pues estimamos que los indicios anteriormente consignados y razonablemente valorados, ponen de manifiesto sin duda de clase alguna que la adjudicación de la parcela y la concesión de la subvención máxima se realizaron con pleno conocimiento de la Alcaldesa y de la Concejala Delegada sobre la injusticia de la resolución".

También, por fin, puede revestir interés –lo que no significa que sean éstas las únicas resoluciones que avalan estas estimaciones- una referencia al ATS de 12 de marzo de 2015, citado igualmente por la defensa y recaído en la causa especial 20077/2015:

"La conducta de J. según el relato de hechos y los indicios relacionados, no es susceptible de subsumirse indiciariamente en el delito de prevaricación y tampoco en el tipo penal de malversación de caudales públicos.

De un lado, el artículo 404 del Código Penal, que regula la prevaricación, establece que la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

... Las resoluciones dictadas por el Alcalde que podrían incardinarse en este precepto, según la Exposición remitida, serían: 1) el contrato celebrado con el Sr. C. en fecha 10 de octubre de 2007; 2) el documento de aprobación

de gasto, de 6 de mayo de 2008; y 3) el contrato celebrado con la empresa “G, S.L”.

1) En cuanto al primer contrato, no existen indicios de que sea contrario a Derecho: se aplicó la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el alcalde es el órgano competente para su celebración y no se ha omitido el procedimiento legalmente establecido. Por lo tanto no existen indicios de que estemos ante una resolución arbitraria. Cuestión distinta es que después de celebrado el contrato se vulnere la norma citada, en cuanto a su duración y cuantía, pero se trata de actuaciones posteriores e independientes a la contratación propiamente dicha.

No se acredita indiciariamente tampoco que el Alcalde tuviera conocimiento de los informes presentados por el Sr. C. o de la ausencia de los mismos, ni de su contenido o de la fecha de su elaboración, pues no consta su intervención en el control de la ejecución del contrato, sino que es el Concejal de área quien supuestamente realiza esta función, según parece derivarse de la Exposición remitida.

2) En lo que se refiere al documento de aprobación de gasto, existe previa propuesta del Concejal y posterior ratificación del Interventor. El alcalde pues no realiza ninguna conducta aparentemente irregular y además establece una limitación económica, conforme con la legislación aplicable, siendo como indicamos un hecho posterior e independiente la vulneración de ese límite previamente fijado.

3) Por último, en relación con el contrato celebrado con la empresa “G, S.L”, consta como objeto la externalización del servicio de supervisión del “Plan E 2010” y no presenta tampoco, al menos indiciariamente, las características de una resolución arbitraria, no consta que se haya efectuado infringiendo la ley u omitiendo el procedimiento legalmente establecido. Existen dudas sobre qué persona concreta propuso la contratación, pero en cualquier caso se refieren a personas distintas del aforado.

Tampoco en este supuesto se señalan concretos indicios de que el Alcalde controlara la ejecución de este contrato y conociera de la actuación desarrollada en su cumplimiento por el Sr. C."

SEXTO.- Es obvio que en determinados ámbitos tanto administrativos como empresariales ha de operarse con un principio de confianza en la labor de los escalones previos al ámbito estrictamente decisonal, delegando tareas y funciones si no se quiere colapsar una administración. No es exigible que el Alcalde Presidente de un Ayuntamiento como el de la ciudad de Jerez contraste y coteje con cada expediente todas y cada una de las decisiones o acuerdos que firma; como no lo sería exigir a los miembros del Consejo Rector del Instituto del que era Presidente que antes de refrendar unas decisiones como las que aquí se examinan, se preocupasen de verificar la corrección tanto formal como material, de cada expediente. No es que se quiera equiparar ambos estratos, pero sí ejemplificar.

Es plausible el sistema operativo que refirió la investigada en su declaración que además viene refrendado de una forma directa o indirecta por cuantos funcionarios han declarado en la causa –todos con muchos años de servicio en la Corporación, lo que disipa un eventual recelo frente a sus declaraciones al poder estar guiadas por el afán de favorecer a la Alcaldesa en aquél momento: han desempeñado sus funciones con gobiernos locales de distinto signo-. Algunos de los testigos eran especialmente cercanos a la forma de gestionar esos asuntos. Su función consistía precisamente desde su gabinete más próximo, en filtrar y testar la corrección de cuantas resoluciones se le pasaban a la firma. Es lógico que no se le trasladase más que el proyecto de resolución, en su caso con algunos informes, y no la totalidad de los expedientes que permanecían en otras dependencias. Lo insólito e increíble hubiese sido otra forma de gestión y funcionamiento.

En ese contexto las explicaciones de la investigada sobre su desconocimiento de toda esa *trastienda* de la que emana un fuerte aroma a irregularidades, tráfico de influencias o decisiones opacas y, dicho castizamente, *caciquiles*, resultan no solo muy verosímiles sino además sugestivas de acomodarse a lo más probable. No resulta coherente con la hipótesis contraria que ninguna de las numerosas personas involucradas haya apuntado a ella como responsable o impulsora de esas decisiones. Ninguno de los declarantes -aquí o en el juzgado central- hace la más mínima insinuación en esa dirección. No aparece relación alguna con ninguno de los responsables de las tres empresas que, sin embargo, es obvio que sí debía tener quien ofició como intermediario (Cuberos que también fue investigado hasta su fallecimiento) Ni siquiera en el escrito anónimo -con un indisimulado sesgo hacia la investigada y que siempre ha de despertar recelos por la actitud de ocultación de la propia identidad- se sugiere dato objetivo alguno que la vincule subjetivamente con esas decisiones. Es muy posible que las mismas (eso habrá que ventilarlo en otro procedimiento) fuesen adoptadas a espaldas de la aforada por otras personas de escalones inferiores. Y resulta sencillamente inverosímil y descartable por lógica que el Concejal jefe del área de turismo, donde se gestaron, fuese ajeno a ellas y las hubiese podido adoptar la Presidenta de la Corporación sin su conocimiento. Unos responsables de nivel inferior -aunque no en la base- es hipótesis muy probable sin que sea pertinente ahora ensayar elucubraciones o especular sobre ello. Es en otro ámbito procesal donde deben efectuarse esas deducciones. Es muy significativo que al pasarse a la firma de la Alcaldesa cada uno de esos sucesivos acuerdos se contase con los preceptivos informes de los órganos técnicos del Ayuntamiento: la intervención; el informe sobre la urgencia asumido por el gerente del Instituto, José Agüera, según vino a declarar; el informe del Secretario del Ayuntamiento. Exigir a la Presidenta de la Corporación que desconfiase de todos y cada uno de esos informes e imputarle que no verificó personal y detalladamente la corrección de cada uno de esos puntos es un despropósito. Como igualmente inverosímil resulta suponer, sin

más sustento que una especulación o elucubración, que tras escasos meses en el cargo lograrse poner al servicio de su decisión arbitraria a todos esos funcionarios que han intervenido (muchos sin relaciones directas con ella; todos –excepto el responsable político del área de turismo- con años de servicio en el Ayuntamiento, y algunos con relaciones posteriores enrarecidas, al parecer, por cuestiones políticas y decisiones sobre temas de personal), concitando sus voluntades y consiguiendo luego el silencio de todos y cada uno de los involucrados.

Se puede concluir que no concurren indicios racionales suficientes.

SÉPTIMO.- Alude también la defensa a la prescripción, tema que ya fue examinado por la Sala de admisión acogiendo la bien trabada argumentación del Fiscal.

Aún siendo innecesario este excurso adicional a la vista de lo ya razonado y sin afán de prejuzgar otros ámbitos, también en esta perspectiva las diligencias practicadas han aportado algún elemento novedoso que, al menos, permite poner en cuestión la subsistencia íntegra en este momento del sólido discurso argumental del Fiscal asumido entonces por la Sala de admisión: en esos momentos iniciales, como se indicaba, abortar una investigación por una causa extintiva de la responsabilidad criminal que no aparece con rotundidad no es nunca procedente.

El 1 de octubre de 2004 es fecha clave. Si existen hechos posteriores, el plazo de prescripción se elevará a quince años como consecuencia de la posibilidad desde ese momento (entrada en vigor de la reforma de 2003 CP) de subir hasta la mitad inferior de la pena superior la penalidad en los casos de delito continuado. Hay base aquí para afirmar la continuidad delictiva.

Sin embargo se ha diluido en buena medida el sustento que permitía identificar actos posteriores a esa señalada fecha que pudiesen quedar abrazados en esa continuidad alejando el plazo de prescripción (art. 132.1 CP). El Fiscal ponía el acento no tanto en los pagos (que a la postre una vez prestados los servicios se convertían en cierta forma en pagos debidos y por tanto justos o, al menos, no arbitrarios por sí mismos), cuanto en la no retención de la fianza. Pero la retención de la fianza solo cobra sentido mientras el servicio no se ha prestado. Una vez ejecutada la obra pierde su razón de ser salvo que subsistan riesgos. No hay irregularidad patente en el abono íntegro. Y sobre todo, y esto es lo más relevante en lo que aquí interesa, si ya es poco fundado afirmar tras la investigación llevada a cabo que la aforada firmase con conocimiento de sus irregularidades los previos acuerdos, resulta más descabellado pensar que adoptó consciente, personal y deliberadamente la decisión de no descontar al efectuar los pagos unas fianzas que ya eran muy dudosamente exigibles. En el peor de los escenarios para ella, imaginarla pendiente de esa cuestión de detalle y dando instrucciones al respecto cuando estamos ya ante una actuación inercial y rutinaria se antoja absolutamente inverosímil. Tanto como que fuese una indicación expresa suya el detonante de ese pago posterior íntegro sin descontar el importe de una fianza, que si bien debió exigirse antes de la ejecución en ese momento era ya dudosamente procedente: la devolución habría de ser el paso siguiente.

Esto sitúa el plazo de prescripción en diez años ya sobrepasados cuando el procedimiento se ha dirigido contra la aforada.

También respecto de la omisión de la retención en los pagos de la cantidad que debía prestarse como fianza podría suscitarse una discusión jurídica: no la eluden ni la defensa ni el Fiscal, invocando diversos preceptos de la normativa administrativa específica o el clausulado de los contratos en defensa de sus respectivas tesis: que en ese momento –los abonos ya eran tardíos pues se habían desbordado los plazos normativos de pago- carecía de

sentido retener la fianza que habría de ser devuelta sin solución de continuidad pues no había nada que garantizar en cuanto los servicios estaban ya prestados a satisfacción; o que, por el contrario sí que era exigible, como se argumenta con solvencia en el dictamen del Ministerio Público. Bastará aquí a la vista del razonamiento que se ha efectuado reseñar que ni la omisión de esa retención en ese contexto y esas condiciones supondría esa ilegalidad patente y clamorosa; y que es descartable que esa retención obedeciese a una indicación u orden de la aforada.

El artículo 404 del CP que regula la prevaricación administrativa, castiga este delito con una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. En este caso, la presunta contratación irregular, con omisión del procedimiento establecido que constituiría, el delito de prevaricación tuvo lugar en enero de 2004.

Conforme al artículo 131 CP citado según la redacción entonces vigente, el plazo de prescripción que debería aplicarse a este delito sería de 10 años. Es cierto que existía una incongruencia (corregida en la reforma de 2010) entre el plazo de prescripción de 15 años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación *«por más de diez años»*, y el plazo de 10 años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años *«y menos de diez»*. Resultaría que la pena máxima de inhabilitación de 10 años no podía incluirse ni en el plazo de 15 años (no es pena por más de 10 años) ni en el plazo de 10 años (no es pena por menos de 10 años). Esta incongruencia había de resolverse a favor de reo e interpretar (así lo sostuvo el Fiscal) como plazo de prescripción el de 10 años.

La posibilidad de incrementar la pena del delito continuado hasta rebasar el máximo de la horquilla fijada en el correspondiente delito de la parte especial solo es viable desde el 1 de octubre de 2004 (Ley Orgánica 15/2003).

El supuesto delito de falsedad no tiene plazo de prescripción superior.

Las resoluciones arbitrarias se sitúan en enero de 2004. En enero de 2014 habrían prescrito. Sólo desde la inclusión de actos posteriores que supongan nuevas resoluciones arbitrarias y groseramente ilegales imputables a la aforada podría entenderse que los hechos no han prescrito.

En un asunto equivalente a éste en cuanto al tema que ahora examinamos esta Sala Segunda (Auto de 10 de julio de 2015, recaído en la causa especial 20632/2014 y dictado al resolver el recurso de apelación contra un auto del instructor) se afirmaba:

"De acuerdo a nuestra jurisprudencia cabe la prevaricación continuada respecto de realización sucesiva de actos arbitrarios de contratación municipal de una misma persona (STS878/02, de 17 de mayo), sin que sea resolución a efectos de la tipicidad en el delito de prevaricación la mera ejecución de anteriores resoluciones. En este sentido las órdenes de pago, o las nóminas correspondientes a un contratado, son actos de trámite y de ejecución de una resolución pues "en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material o sobre el fondo del asunto" (STS 411/2013, de 6 de mayo). El abono de los emolumentos de un contratado externo, convenientemente fiscalizado y comprobada la efectiva realización del servicio por el que fue contratado, no es una nueva resolución autónoma respecto del nombramiento no ajustado al ordenamiento sino acto de mero trámite respecto al anterior que sí constituye resolución".

Con ese razonamiento concluiría que el delito estaba prescrito.

OCTAVO.- La posibilidad del Instructor de decretar el sobreseimiento asume el papel del juicio de acusación en el procedimiento abreviado. Para entrar en el acto del juicio oral no basta con una parte legitimada dispuesta a sostener la acusación (art. 782.2). Es necesario, además, que un órgano con

funciones jurisdiccionales considere “razonable” esa acusación, lo que en el procedimiento abreviado se lleva a cabo, eventualmente, en un doble momento: al elegir por alguna de las opciones legales en el trámite del art. 779; o, en su caso, una vez que las acusaciones han exteriorizado su pretensión, al decretar la apertura del juicio oral (art. 783.1). El canon de “suficiencia” de los indicios no es diverso en cada uno de esos momentos. Por eso algunos han criticado esa duplicidad. No tendría sentido mantener en manos del Instructor las llaves para cerrar el trámite procesal por razones que ya descartó al adoptar la resolución prevista en el art. 779.1.4ª. No obstante, ese filtro duplicado no solo se explica por vicisitudes legislativas: tiene su razón de ser. La acusación puede hacer pivotar su pretensión en extremos diferentes de los valorados por el Instructor, o puede aportar datos que permitan aquilatar la decisión anterior. En consecuencia pueden surgir razones antes no evaluadas para denegar la apertura del juicio oral, pese a las gotas de contradicción que eso puede comportar con la decisión, que ha de ser motivada, casi inmediatamente anterior, de continuar el trámite de preparación del juicio oral (arts. 780 y ss LECrim).

Interesa este excurso para destacar que si se considera procedente cualquier género de sobreseimiento este es momento apto y procedente para acordarlo sin que sea ni necesario, ni siquiera procesalmente lo más correcto, aguardar a que la acusación haya fijado posición exteriorizando una pretensión formal acusatoria. La reforma de 2002 en sintonía con lo que ya había ensayado la jurisprudencia constitucional (STC 186/1990, de 15 de noviembre) ha resaltado esa función de la resolución del art. 775.1.4 y, por contraste, de su reverso –el sobreseimiento-. Solo procede aquélla si “está justificada de forma *suficiente*” la comisión del delito y la responsabilidad del investigado. Y es que la fase preliminar de investigación en el proceso penal sirve no solo para preparar el juicio oral sino también para **evitar la apertura de juicios innecesarios**. La decisión del art. 779.1.4 es mucho más que un acto de trámite.

Solo un determinado nivel indiciario de cierta calidad justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido aflictivo para el acusado, aunque sea difuso. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si el bagaje se revela desde este momento como manifiestamente insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios. Nos hemos de mover en un escalón superior al necesario para tomar declaración como investigado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales.

No es que no haya seguridad de la responsabilidad de la investigada: eso no sería exigible para dar un paso más en la tramitación y encarar la fase intermedia y en su caso el juicio oral dónde habría de dilucidarse esa cuestión. Es que se puede establecer una muy razonable estimación de que el débil y más que equívoco y ambivalente material probatorio carece de toda aptitud para generar un mínimo de certeza lo que ha de comportar clausurar ya el procedimiento mediante el correspondiente auto de sobreseimiento amparado en los arts. 779.1.1ª y 641.2º LECrim por no existir indicios suficientes de la participación deliberada de la investigada en los hechos supuestamente delictivos. Esto no excluye que, en su caso, de aparecer nuevos elementos que desvirtúen las razones aducidas pudiera ser reaperturado el procedimiento.

Por lo expuesto,

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Acordar el **sobreseimiento provisional** y **archivo de las presentes diligencias** en virtud de lo establecido en los arts. 779.1.1ª y 641.2º LECrim.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas haciéndoles saber que frente a la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo a presentar ante este instructor en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación; y facultativamente recurso de reforma previo bien de forma conjunta, bien, separadamente, en el plazo de tres días a computar de igual forma.

Antonio del Moral García.

