

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
MADRID**

**Ref^a.- DILIGENCIAS PREVIAS 1/09
PROCESOS PENALES 9/2009
PS SITUACION DENUNCIA AYUNTAMIENTO DE JEREZ**

Denunciante: FISCALIA ESPECIAL CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Denunciado: ALFONSO BOSCH TEJEDOR, ALBERTO LOPEZ VIEJO, BENJAMIN MARTIN VASCO Y OTROS.

AUTO

En Madrid a treinta de mayo de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 26 de febrero de 2.009, la entonces Alcaldesa de Jerez, Pilar Sánchez Muñoz, envió una comunicación vía Fax a Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional remitiendo determinada documentación (107 hojas) relativas a contratos administrativos, llevados a cabo por una entidad Instituto de Promoción y Desarrollo de la ciudad de Jerez, (como órgano totalmente participado por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera) con las sociedades "Special Events" y "Teleanuncio" para el desarrollo de los servicios de FITUR 2004.

El Instituto de Promoción y Desarrollo de la ciudad de Jerez no tenía auténtica autonomía e independencia ni personalidad jurídica, ya que se trataba de un organismo administrativo totalmente participado por el Ayuntamiento de Jerez, por lo que si se diera lugar a responsabilidades de cualquier naturaleza se podría levantar el velo de la personalidad jurídica, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.

El escrito de denuncia de 26 de febrero de 2009, en su parte dispositiva, dice literalmente, "Por todo lo

expuesto, en cumplimiento de la obligación legal de poner en conocimiento de la Justicia cualquier presunta irregularidad, y conocedores de la investigación que se instruye en la Audiencia Nacional bajo la denominación de "caso Gürtel", que implica a algunas de las empresas y personas que intervinieron en todo el relatado proceso de contratación de FITUR 2004, este Ayuntamiento considera poner a su disposición toda la documentación adjunta así como cualesquiera otros documentos que fueran interesados por el citado órgano judicial".

SEGUNDO. Por providencia de 8 septiembre de 2.009 se procedió al desglose y formación de una pieza separada "Denuncia Ayuntamiento de Jerez" que se procedió a encabezar con el testimonio de aquella resolución.

A dicha pieza se decidió llevar testimonio de la Providencia de 26/2/09, dictada por el juzgado central de Instrucción nº 5 e informe de la fiscalía con numero 943 de fecha 17/3/09, Providencia de 24 de marzo de 2.009 dictada por el Juzgado de instrucción central N°5, así como toda cuanta documentación que se observa en la pieza separada.

TERCERO. La Denuncia del Ayuntamiento de Jerez no tenía valor de querrela.

CUARTO. Por otro lado, se dicto Providencia de 20 de mayo de 2009 por el que se acordó dar traslado a la Unidad de Auxilio Judicial de la IGAE de la documentación aportada por el Ayuntamiento de Jerez.

QUINTO. Con fecha 26 de enero de 2.011, D. Roberto Granizo Palomeque, Procurador de los Tribunales y de D. Pablo Nieto Gutiérrez y otros, presenta denuncia contra la que fuera Alcaldesa de Jerez de la Frontera, Doña María José García Pelayo, y contra D. José Agüero, instando diligencias y el esclarecimiento de unos hipotéticos hechos, que coinciden con los remitidos dos años antes por la alcaldesa de Jerez, D^a Pilar Sánchez Muñoz. En concreto se solicita auxilio judicial de la IGAE para la entrega de informe y las citaciones de D^a María José García Pelayo y D. José Agüero como imputados, ambos, por el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal. Del escrito se da traslado a la Fiscalía Especial contra la

Corrupción y la Criminalidad Organizada el 2 de febrero de 2011.

La denuncia presentada el 26 de mayo de 2011 por D. Roberto Granizo Palomeque, Procurador de los Tribunales, y de D. Pablo Nieto Gutiérrez y otros, coincide sustancialmente con este asunto.

En el escrito de denuncia presentado por D. Roberto Granizo Palomeque, Procurador de los Tribunales y de D. Pablo Nieto Gutiérrez y otros, se hace constar "una conformación muy tardía de los expedientes a sabiendas precisamente para poder acogerse el procedimiento de urgencia previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy LCSP), además de que las causas previstas para tal contratación en el informe que justifica la adopción de este sistema no son las legalmente previstas. Además de lo anterior, existe una extralimitación de funciones por parte de la entonces Presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad de Jerez, D^a M^a José García Pelayo por cuanto, a pesar de ser informada por la Sra. Interventora en su informe de 9.01.2004 que el órgano de contratación debía ser el Consejo, es ella la que suscribe todos los documentos.

Todo ello, además de las invitaciones realizadas, todas ellas, a empresas del grupo que encabeza D. Francisco Correa, denota la voluntad manifiesta de la Sra. García Pelayo en su calidad de Alcaldesa de Jerez de la Frontera y Presidenta del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad de Jerez, de adjudicar y construir los expedientes para obtener el resultado previamente establecido. Para ello contó con la inestimable colaboración de D. José Agüero quién sirvió la cobertura formal necesaria para poder argumentar, aún a pesar de ir contra las más elementales reglas de la lógica, que el procedimiento podría tramitarse, a pesar también de sus importantes cuantías económicas, por el procedimiento de urgencia."

SEXTO. La Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, mediante escrito de 14 de febrero de 2011, informa sobre la procedencia de la solicitud del informe, instando a la U.A.J. y la IGAE a la

entrega de un informe relativo a la localidad de Jerez de la Frontera.

SÉPTIMO. Procede acceder a la primera de ellas, instando a la U.A.J de la IGAE a emitir informe relativo a este asunto, lo que permitirá adoptar la decisión; la comunicación se hace mediante providencia de 18 de febrero de 2.011.

OCTAVO. Con fecha 3 de marzo de 2011 D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en representación de Dña. M^a José García Pelayo, presenta escrito de alegaciones a los escritos presentados anteriormente, con fundamento en las informaciones reflejadas en la prensa.

NOVENO. Por D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, Procurador de los Tribunales, en representación de D^a María José García Pelayo, se presentó escrito de 3 de marzo de 2011, solicitando literalmente:

"En el caso presente, como ha quedado acreditado, la ex Alcaldesa denunciada basó su resolución en informes del Director del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, de la Interventora y del Secretario General de la Corporación. La aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en el Auto reseñado, por su clarísima similitud, es innegable en las presentes actuaciones.

En consecuencia, las Resoluciones son ajustadas a los informes obrantes en el expediente administrativo de contratación, y conformes con lo en ellos propuesta.

Por todo lo expuesto, y ante la ausencia en la tramitación de los expedientes administrativos de contratación que se examinan en la presente Pieza Separada de ninguno de los requisitos del tipo penal de la prevaricación administrativa prevista y penada en el artículo 404 del Código Penal,

SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito, con documentos adjuntos y admitiéndolo, se sirva

1º Tener por realizadas las manifestaciones que contiene, en defensa de la verdad real y honorabilidad personal.

2° Inadmitir, in continenti, y sin ulterior tramitación, cualquier escrito inculpativo relacionado con la cuestión.

3° Archivar cualquier actuación referente a los hechos anteriormente citados."

DÉCIMO. Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada mediante escrito de 14 de marzo de 2011 interesa se dé traslado a la IGAE de la documentación aportada en el escrito presentado por Dña. M^a José García Pelayo.

UNDÉCIMO. Con fecha 28 de marzo de 2.011 la IGAE remite el informe relativo a las contrataciones descritas.

DUODÉCIMO. Con fecha 15 de abril de 2.011 D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en representación de Dña. M^a José García Pelayo, presenta escrito de alegaciones al informe presentado por la IGAE, resaltando, entre otras alegaciones, la falta de rigor, errores e incongruencias del informe presentado y advierte de la falta de documentación disponible y suficiente para emitir una opinión o conclusión válida.

También recoge reiteradamente a lo largo del informe, tanto al inicio como al final del mismo; que el informe se ha elaborado de acuerdo con la información disponible. En el caso de que se disponga de nueva documentación, el mismo informe, así como sus conclusiones podrían variar.

También se alega por la representación de la Sra. García Pelayo que el informe contiene errores abundantes, significando que se falta a la veracidad al mantener la inexistencia de informe jurídico emitido por el Secretario General.

Igualmente, por la representación de D^a M^a José García Pelayo, se critican las conclusiones del informe relativo a Jerez por contener, según ella, graves errores e incongruencias.

Además de calificar el informe de erróneo y de negar el informe emitido por el Secretario General Municipal, se imputan, en síntesis, las siguientes conclusiones:

1°.- La Presidencia del IPDC, por razones de urgencia, puede aprobar los Pliegos de Condiciones de un expediente de contratación administrativa.

2°.- La decisión de acudir a la Feria de Turismo FITUR 2004 la adopta el Ayuntamiento cuando se le notifica que tiene financiación para ello por el Plan de Excelencia Turística, notificación ésta que se realiza el 10 de diciembre de 2003.

3°.- Las razones de imperiosa urgencia, en opinión de D^a M^a José García Pelayo, habilitan para la contratación por el procedimiento negociado sin publicidad, según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4°.- Sobre la solicitud de tres ofertas. Se desconoce el número de empresas que participan en el procedimiento.

5°.- Los documentos de los expedientes de contratación que constan en autos son fotocopias no autenticadas por el Secretario General y por lo tanto no se advierte ni su forma ni su contenido.

DECIMOTERCERO. Con fecha 4 de mayo de 2011 se requiere al Ilmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera para que remita la documentación referente a los expedientes administrativos relativos a la adjudicación de FITUR 2004 y Plaza Mayor del mismo año.

DECIMOCUARTO. En fecha 26 de Mayo se recibe comunicación del Ayuntamiento de Jerez con la relación de documentos que envían al instructor relativos a la adjudicación del FITUR 2004 y Plaza Mayor del mismo año.

DECIMOQUINTO. La documentación remitida el 26 de febrero de 2009 por el Ayuntamiento de Jerez fue la siguiente:

1.- Pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir mediante procedimiento negociado sin publicidad el contrato de servicios para el desarrollo de Fitur 2004.

2.- Pliego de Condiciones Técnicas para el desarrollo de FITUR 2004.

3.- Informe de la intervención sobre la tramitación de gastos y estatutos del Instituto de Promoción y Desarrollo de la ciudad (IPDC).

4.- Informe de justificación de la urgencia para la tramitación del contrato de Servicios mediante procedimiento negociado sin publicidad e informe de Secretaria General.

5.- Resolución de Presidencia del IPDC aprobando los Pliegos de Condiciones Administrativas y Técnicas. (Dos lotes).

6.- Informe de propuesta de adjudicación del contrato de servicios para el desarrollo de FITUR 2004 y Resolución de Presidencia de Licitación de los dos lotes adjudicados a Special Events, S.L. y a Teleanuncio, S.A., respectivamente.

7.- Contrato de adjudicación a Special Events del primer lote.

8.- Contrato de adjudicación a Teleanuncio del segundo lote.

9.- Acta de la reunión del Consejo Rector del IPDC de 24 de marzo de 2004 dando cuenta de la resolución de la presidencia de adjudicación de los dos lotes a Special Events y a Teleanuncio.

10.- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir mediante procedimiento negociado sin publicidad el contrato de servicios para el espectáculo ecuestre de la Plaza Mayor de Madrid.

11.- Pliego de Condiciones Técnicas para el espectáculo ecuestre de la Plaza Mayor de Madrid.

12.- Informe de la intervención sobre Tramitación del Expediente de Gastos del espectáculo ecuestre de la Plaza Mayor de Madrid.

13.- Resolución de Presidencia del IPDC aprobando los Pliegos de Condiciones Administrativas y Técnicas para la contratación de los servicios para el espectáculo ecuestre de la Plaza Mayor.

14.- Informe de justificación de urgencia para la contratación de los servicios para el espectáculo ecuestre de la Plaza Mayor.

15.- Resolución de Presidencia de licitación y adjudicación a Down Town Consulting (ahora Easy Concept) del contrato del espectáculo ecuestre de la Plaza Mayor.

16.- Contrato de adjudicación del espectáculo ecuestre de la Plaza Mayor a Down Town Consulting (ahora Easy Concept).

17.- Registro de Entrada en el Registro de la Empresa Municipal de Recaudación (Jereyssa) del certificado de estar al corriente del pago de los impuestos municipales de la empresa adjudicataria Teleanuncio SA de fecha de 4 de marzo de 2004.

18.- Registro de Entrada en el Registro del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad (IPDC) de cesión de manual de identidad de la empresa Teleanuncio, S.A., de fecha de 11 de enero de 2005.

19.- Dossier de Prensa local de Jerez de fechas 21, 22 y 23 de enero de 2004.

20.- ANEXOS.

DECIMOSEXTO. Los documentos incorporados y aportados por la Secretaría del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera el 25 de mayo de 2011, son, en lo esencial, igual a la relación enviada el 26 de febrero de 2009.

La relación enviada es la siguiente:

A) EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PARA EL DESARROLLO DE LA FERIA INTERNACIONAL DE TURISMO FITUR 2004

Expediente administrativo de contratación

1.- Informe del Director del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad (IPDC) sobre la necesidad de la celebración del evento y justificación de la imperiosa urgencia del expediente de contratación, conforme al artículo 210. c) del TRLCAP.

Lote nº 1. 164.000,00 €. Gestión (diseño, montaje y desmontaje stand, y gestión global, protocolo, personal y servicios)

Lote nº 2. 142.000,00 €. Publicidad y Propaganda (Imagen, prensa, entrevistas, imprenta, publicidad y merchandising).

2.- Pliegos de Condiciones de Cláusulas Administrativas particulares, y Pliego de Condiciones Técnicas.

3.- Informe de la Interventora Municipal sobre tramitación del expediente de gastos y sobre la existencia de consignación presupuestaria.

4.- Informe del Secretario sobre la adecuación del expediente a la legislación vigente.

5.- Resolución de la Presidencia aprobando los Pliegos de Condiciones, disponiendo la apertura de procedimiento negociado sin publicidad al amparo del art. 210. C) del TRLCAP, ordenando se soliciten ofertas, aprobando el gasto de ambos lotes, y ordenando se someta la Resolución a la ratificación del próximo Consejo.

6.- Ofertas de las empresas concurrentes a la licitación.

7.-Informe del Director del IPDC sobre propuesta de adjudicación de los lotes del contrato de servicios.

8.- Resolución de la Presidencia del IPDC declarando válida la licitación, adjudicando los dos lotes a las empresas ofertantes, ordenando la notificación de las adjudicaciones, la constitución de la garantía definitiva, y la formalización de los contratos administrativos.

9.- Notificaciones a las empresas adjudicatarias.

10.- Solicitud de las empresas adjudicatarias de que la constitución de la fianza definitiva se realice mediante la retención de precios en la certificación.

11.- Contratos administrativos celebrados por el IPDC y las empresas adjudicatarias.

12.- Certificado del Secretario del IPDC sobre adopción del acuerdo del Consejo Rector del mismo ratificando la Resolución de la Presidencia en los expedientes de contratación.

Expediente contable G 2004/236. Lote 1. FITUR 2004. Gestión.

13.- Informe de la Interventora de Autorización y Disposición del Gasto.

14.- Factura de los servicios realizados, conformada por el IPDC.

15.- Informe de la Interventora Delegada sobre existencia de crédito previsto.

16.- Decreto de aprobación de la factura.

17.- Informe contable sobre reconocimiento de la obligación.

18.- Ordenación del Pago.

19.- Transferencia bancaria.

Expediente contable G2004/143. Lote 2. FITUR 2004. Publicidad, imprenta y propaganda.

20.- Informe Interventora de retención del crédito.

21.- Informe contable sobre Autorización del Gasto.

22.- Anulación Autorización del Gasto por duplicidad con expediente contable G2004/236.

23.- Informe Interventora de Disposición del Gasto.

24.- Factura de los servicios prestados, conformada por el IPDC.

25.- Informe Interventora sobre existencia de crédito previsto.

26.- Decreto de aprobación de la factura.

27.- Informe contable del reconocimiento de la obligación.

28.- Ordenación del Pago (fraccionado en 4 pagos).

29.- Transferencias bancarias (en 4 pagos).

B) EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PARA EL ACONDICIONAMIENTO DE LA PLAZA MAYOR DE MADRID CON OCASIÓN DEL ESPECTÁCULO ECUESTRE A CELEBRAR DURANTE LA FERIA INTERNACIONAL DE TURISMO, FITUR 2004.

1.- Informe del Director del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad (IPDC) sobre la necesidad de las acciones encaminadas a potenciar el atractivo turístico de la ciudad de Jerez y del Caballo Español de Estirpe Cartujana, y la justificación de la imperiosa urgencia del expediente de contratación, conforme al artículo 210. c) del TRLCAP, con un presupuesto máximo de 40.000 €, IVA incluido.

2.- Pliegos de Condiciones de Cláusulas Administrativas particulares, y Pliego de Condiciones Técnicas.

3.- Informe de la Interventora Municipal sobre tramitación del expediente de gastos y sobre la existencia de consignación presupuestaria

4.- Informe del Secretario sobre la adecuación del expediente a la legislación vigente.

5.- Resolución de la Presidencia aprobando los Pliegos de Condiciones, disponiendo la apertura de procedimiento negociado sin publicidad al amparo del art. 210. C) del TRLCAP, no habiéndose sido posible promover concurrencia según informe del Director del IPDC, ordenando dejar constancia de ello en el expediente; aprobar el gasto y ordenar dar cuenta de la Resolución en el próximo Consejo.

6.- Oferta de la empresa concurrente a la licitación.

7.- Resolución de la Presidencia del IPDC declarando válida la licitación, adjudicando el contrato a la empresa ofertante, ordenando la notificación de la adjudicación, la constitución de la garantía definitiva, y la formalización de los contratos administrativos.

8.- Notificación a la empresa adjudicataria.

9.- Solicitud de la empresa adjudicataria de que la constitución de la fianza definitiva se realice mediante la retención de precios en la certificación.

10.- Contrato administrativo celebrado por el IPDC y la empresa adjudicataria.

12.- Certificado del Secretario del IPDC sobre adopción del acuerdo del Consejo Rector del mismo ratificando la Resolución de la Presidencia en los expedientes de contratación.

Expediente contable G2004/333. FITUR 2004.
Acondicionamiento Plaza mayor de Madrid para Espectáculo Ecuestre.

1.- Informe Interventora sobre tramitación de expediente de gasto.

2.- Documento de retención del crédito Fitur 2004

3.- Documento de retención del crédito importe de la licitación.

4.- Autorización del gasto.

5.- Anulación de autorización del gasto.

6.- Disposición del gasto.

7.- Factura de la empresa Down Town Consulting S.L.

- 8.- Abono sobre factura de la empresa Down Town Consulting S.L.
- 9.- Decreto de la Alcaldía aprobando relación de facturas.
- 10.- Ordenación del pago.
- 11.- Pago por transferencia.

FUNDAMENTACION JURÍDICA

PRIMERO. No se respetan los requisitos exigidos para la interposición de la querrela en la LECrim.

SEGUNDO. La acumulación a las diligencias previas 1/09 (Caso Correa), ante el TSJM, no resulta ajustada a derecho, por cuanto los hechos sucedieron fundamentalmente en Jerez.

TERCERO. La denuncia, además, carece de una auténtica descripción fáctica, siendo formulada de una forma confusa, mezclándose documentos, tanto por D^a M^a José García Pelayo como por la también Alcaldesa D^a Pilar Sánchez Muñoz.

Las contradicciones y mezcla de pretensiones, al igual que las confusiones reflejadas en este escrito, obedecen a la falta de claridad de las denuncias.

CUARTO. El Artículo 259 de la LECrim establece, en cuanto a las denuncias, la obligación de denunciar la existencia de cualquier delito público. En este precepto se vincula al que presenciase la perpetración de cualquier delito público estar obligado a poner en conocimiento del Juez de Instrucción la presentación de la denuncia.

El Artículo 259 establece un deber jurídico imperativo de denunciar y poner los hechos, cuando se tienen indicios de criminalidad, en conocimiento de la autoridad judicial.

QUINTO. El Artículo 313 de la LECrim expone que el Juez de Instrucción desestimaré la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma.

SEXTO. Con carácter previo, debe pronunciarse sobre dos cuestiones de inadmisibilidad:

1º- Referente a la inadmisibilidad in limine litis por no ser los hechos constitutivos de delito.

2º- En segundo lugar, la cuestión relativa a la competencia del TSJM.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 28/9/1987 establece que quien ejercita la acción en forma de querrela no tiene un derecho fundamental incondicionado para la apertura y plena satisfacción en el marco del Artículo 24.1 de la CE.

SEPTIMO. El Juez de Instrucción puede inadmitir la querrela in limine litis cuando los hechos en que se funden no constituyan delito.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional declara que no existe un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación en el proceso penal, sino sólo a un procedimiento motivado del juez en la fase instructora, sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando en su caso, las razones por las que se inadmite su tramitación (Autos 24/9/1986, 21/1/1987, 1/4/1987 y 22/4/1987, entre otros muchos). Dicha resolución de inadmisión o desestimación de la querrela no es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siempre que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 313 LECrim el órgano judicial entienda adecuadamente que la conducta o los hechos imputados carecen de ilicitud penal.

OCTAVO. El Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores se plantean con frecuencia la inadmisión a trámite de las querellas cuando las declaraciones fáctico-jurídicas no sean susceptibles de ser subsumibles en ninguno de los preceptos del Código Penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente (Autos de 26 de octubre de 2001, de 30 de junio de 2010 y 16 de noviembre de 2009).

NOVENO. El Auto de 16 de noviembre de 2009 ordena al Juez de Instrucción rechazar la querrela cuando no sea competente o cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

La Jurisprudencia declara que carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que de ser acreditados no serían constitutivos de delito.

La doctrina jurisprudencial declara razonable y reiteradamente que, a pesar de la posible apariencia

delictiva inicial de los hechos que se imputan con una querrela, no se ofrece en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su verosimilitud, limitándose el querellante a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo. Aunque la ley no lo dispone de forma expresa, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común, conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos que, ya desde el primer momento, no se presentan como verosímiles en tanto que carecen de cualquier apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la querrela, que pueda ser considerado accesible y racional. Esta jurisprudencia es reiterada y razonable.

DÉCIMO. No resulta claro que la competencia para conocer del asunto correspondiese a este Tribunal ya que el incumplimiento de formalidades contractuales no daría lugar por sí solo a la competencia del TSJM.

UNDÉCIMO. No se aprecian cuales son las razones por las que se tengan que acumular al Caso Correa unas cuestiones contractuales interpretativas derivadas de una relación entre el Ayuntamiento de Jerez, Fitur 2004 y Plaza Mayor.

Desistir a algún indicio relativo a la comisión del delito de prevaricación administrativa tendría que ser dilucidado ante el TSJ de Andalucía si existiese aforamiento, o ante el Juzgado correspondiente si no concurriese aforamiento.

Los aforamientos son de interpretación restrictiva.

DUODÉCIMO. La doctrina científica distingue entre la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad y la lesión jurídica no invalidante. No todo incumplimiento contractual puede ser equiparado a un delito.

DÉCIMOTERCERO. Resulta procedente declarar:

- 1.- Que no concurre nulidad ni inexistencia.
- 2.- Que tampoco procede aplicar el ordenamiento jurídico penal a cuestiones inter partes con una relación contractual.
- 3.- Que la institución contractual constituye un supra concepto unitario aplicable a las demás disciplinas jurídicas (derecho civil, administrativo, social, internacional). Ninguna de estas instituciones contractuales aplicables a las diferentes ramas

administrativas implican un delito cada vez que se produce un incumplimiento contractual.

4.- Los incumplimientos contractuales pueden ser subsanables, por lo que la subsanación de un incumplimiento no origina tipificación delictiva.

DÉCIMOCUARTO. El Ordenamiento Jurídico Penal constituye la última ratio, sin que deba utilizarse una hermenéutica jurídico-penal de todas las relaciones administrativas, puesto que ello llevaría a una penalización de todas las actuaciones, que no sería aconsejable para el funcionamiento de la Administración Pública y podría constituir una desnaturalización jurídica y una alteración de los fines esenciales del ordenamiento jurídico. Todo ello se entiende sin perjuicio de la actuación de las Instituciones Administrativas como sobre todo del Tribunal de Cuentas.

DÉCIMOQUINTO. El propio informe de la Unidad de Auxilio Judicial de fecha 29 de marzo de 2011 se caracteriza por su ambigüedad excesiva, al tiempo que admite que el informe se ha elaborado de acuerdo con la información disponible, reconociendo que en el caso de que se dispusiese de nueva documentación, el mismo, así como sus conclusiones, podrían variar.

También se concreta por la Unidad de Auxilio Judicial que su trabajo consiste en determinar si de acuerdo con la documentación examinada se cumplen los principios de publicidad, concurrencia (mejor libre concurrencia), objetividad y transparencia, y su tramitación se efectúa de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el ámbito y en los términos que son de aplicación.

Ahora bien, los principios a los que hace referencia la Unidad de Auxilio Judicial son principios de Derecho Administrativo, no sólo los de Publicidad, Objetividad y Transparencia, sino también los de Libertad, Igualdad y Libre Concurrencia, así como determinadas prerrogativas exorbitantes del Derecho Administrativo.

DÉCIMOSEXTO. Una interpretación jurídico-penal no puede servir de canon hermenéutico para conseguir efectos jurídico-penales derivados de la aplicación de principios administrativos.

No se concretan las hipotéticas tipificaciones penales, por lo que difícilmente puede llegarse a conclusiones que la propia Unidad de Auxilio Judicial estima variables.

DÉCIMOSEPTIMO. Los ordenamientos jurídicos extranjeros, salvo el caso francés, no regulan la figura jurídica del contrato administrativo, sino que resulta subsumible dentro de la categoría genérica del contrato.

A este respecto, debe señalarse que las Directivas Comunitarias establecen limitaciones a todos los contratos en general, sin hacer distinción entre los civiles y administrativos.

Lo expuesto con anterioridad se entiende sin perjuicio de las posibles reclamaciones contra los denunciados ante otras jurisdicciones.

DÉCIMOCTAVO. No aparecen indicios suficientes para imputar delitos a D^a María José García Pelayo. Tampoco constituye función de este Tribunal realizar manifestaciones sobre la honorabilidad de la parte denunciada sin perjuicio de admitir la verosimilitud de sus alegaciones.

En cuanto al Delito de Prevaricación Administrativa, recogido en el Artículo 404 del Código Penal, se dispone que *"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años."*

La Reforma del Código Penal separa la Prevaricación Administrativa de la Prevaricación Judicial. La Prevaricación Administrativa debe ser dolosa en todo caso. La expresión "a sabiendas" excluye tanto la culpa como el dolo eventual (Sentencia 766/99 de 18 de Mayo).

Conforme resulta de bien conocida jurisprudencia (por todas SSTs 257/2005, de 28-2; y 1274/2004, de 5-11) el elemento de <<injusticia>> - central en la configuración de la infracción de que se trata- se cifra en el coeficiente de arbitrariedad>> de la decisión. Donde obrar de manera arbitraria, en un contexto público, de actuación preceptivamente delimitado, es suplantar la ratio y el fin de la norma por personales razones y finalidades; convirtiendo la propia voluntad en fuente de una norma particular (S 1318/2005, de 17-11).

No basta una mera irregularidad administrativa o la discordancia interpretativa de las normas, porque si así se hiciera se correría el riesgo de criminalizar toda la actividad administrativa. Se ha señalado reiteradamente que la resolución inculpada tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en contradicción con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración (SS 444/2000, de 20-3; 295/2007, de 9-4).

Si existiera alguna duda razonable de que la resolución sea manifiestamente injusta, desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en otras vía (S 278/97, de 5-3). Tiene que evidenciarse más allá de toda duda razonable (S 813/98, de 12-6).

Por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos (S 627/2006, de 8-6).

DÉCIMONOVENO. De la misma forma que se rechazó por el TSJ de Madrid conocer de las vicisitudes del caso Correa en Valencia, procede rechazar el conocimiento de las actuaciones en Madrid derivadas de las actuaciones de Andalucía.

Vistos los preceptos de general aplicación,

DISPONGO

Inadmitir a trámite los escritos de denuncia presentados contra María José García Pelayo Jurado y José Agüero, así como los escritos de denuncia de D. Pablo Nieto Gutiérrez y otros, procediéndose al archivo de la causa por inadmisibilidad, y, subsidiariamente, por desestimación.

Contra la presente resolución cabe Recurso de Reforma en el plazo de 3 días ante este Instructor o Recurso de Apelación en el plazo de 5 días ante este Instructor para ante la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal o Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación en el plazo de 3 días ante este Instructor, con la advertencia para la acusación

popular de la necesidad de constituir deposito de 25 euros para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Secretaría, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ (redacción LO 1/09 de 3 de noviembre).

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

Así lo manda, acuerda y firma D. Antonio Pedreira Andrade, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Doy Fe.

DILIGENCIA. Seguidamente se acuerda lo mandado. Doy Fe.