



598

3123

DON ÁNGEL AZOFRA GARCÍA, Secretario de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos

DOY FE Y TESTIMONIO: Que en los autos originales de D. Previa número 1 de 2011, aparecen entre otros los particulares del tenor literal siguiente:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
SECRETARÍA SR. AZOFRA GARCIA

Pso. de la Audiencia, 10 BURGOS Tfno: 947259673 Fax: 947 259676

DILIGENCIAS PREVIAS 0000001/2011

Número de identificación único: 09059 31 2 2011 0000064

- AUTO N° 47/2012 -

Señores:

Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos José Cosme Martínez Toral

Ilmo. Sr. D. Ignacio María de las Rivas Aramburu

En Burgos, a dieciséis de julio de dos mil doce.

-ANTECEDENTES DE HECHO-

PRIMERO.- Con fecha 27 de julio de 2011 se recibió en esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, procedente de la de igual clase de Madrid, propuesta de inhabilitación parcial de determinadas actuaciones acompañadas por testimonio y seguidas ante la misma por supuestos hechos presuntamente constitutivos de delito atribuidos a diversas personas entre las que figuraba el Ilmo. Sr. don José Manuel Fernández Santiago, Procurador en las Cortes de Castilla y León.

SEGUNDO.- Los hechos, que se calificaban provisionalmente como constitutivos de delitos de cohecho y prevaricación sancionados en los artículos 419 y 404 del Código Penal, respectivamente, se contraían al posible pago de una comisión vinculada a la adjudicación a la empresa Tecnología de la Construcción, S. A., (TECONSA), de la ejecución del proyecto de construcción de la variante de Olleros de Alba (León), carretera C-626, de Cervera de Pisuerga a la Magdalena por Guardo, kilómetros 4,100 a 8,600, efectuado en fechas comprendidas entre diciembre de 2002 y enero de 2003, que supuestamente se repartieron distintas personas entre las que se identificaba al Ilmo. Sr. D. José Manuel Fernández Santiago, que entonces desempeñaba el cargo de Consejero de Fomento de la Junta de Castilla y León y actualmente ostenta la condición de Procurador en las Cortes de esta Comunidad, a quien se atribuía asimismo haber recibido 18.000 euros el 23 de abril de 2002 por motivos desconocidos.

3124

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TERCERO.- Con fecha 20 de septiembre de 2011 esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León acordó aceptar la inhibición propuesta por la de igual clase de Madrid, declarar su competencia para conocer de los hechos a que la misma se refería, reclamar de dicho Tribunal las actuaciones originales y designar Instructor. Con fecha 21 de octubre de 2011 se recibieron en la Secretaría de este Tribunal las actuaciones de referencia, y con fecha 24 siguiente fueron puestas a disposición del Instructor que con fecha 2 de noviembre de 2011 acordó incoar Diligencias Previas 1/2011 .

CUARTO.- Las Diligencias Previas se incoaron a consecuencia del hallazgo e intervención el 6 de febrero de 2009, en el registro efectuado por la policía judicial en el domicilio de José Luis Izquierdo López, hombre de confianza de Francisco Correa Sánchez, encargado de la contabilidad de sus empresas, de un fax emitido por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León con fecha 5 de diciembre de 2002 en el que se daba cuenta de la adjudicación el 21 de noviembre anterior de la ejecución de la variante de Olleros de Alba, en la carretera C-626 de Cervera de Pisuegra a La Magdalena por Guardo, a la empresa Tecnología de la Construcción S.A., documento que tenía como destinatarios oficiales a la propia adjudicataria y al Servicio Territorial de León y sobre el cual se había efectuado a mano una operación aritmética consistente en calcular de un modo aproximativo el 3% del importe, sin IVA, de dicha adjudicación.

QUINTO.- En el mismo registro le fueron ocupados una serie de documentos unidos al anterior y contenidos en una misma carpeta, donde constan diversas operaciones de distribución y reparto de la cantidad resultante de ese 3%, cuyos respectivos destinatarios o receptores se representan por iniciales, acrónimos o siglas que se identifican policialmente con personas vinculadas en el momento de la adjudicación de la obra, con la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León -José Manuel Fernández Santiago-, con el Partido Popular -Luis Bárcenas Gutiérrez, José Gerardo Galeote Quecedo, Jesús Merino Delgado-, y con la organización del empresario Francisco Correa Sánchez -él mismo y Pablo Crespo Sabaris.

SEXTO.- Con fecha 10/4/2012 el Instructor dictó auto cuya parte dispositiva dice:

ACUERDO: Sobreseer parcial y provisionalmente las actuaciones en lo relativo a la prevaricación imputada a José Manuel Fernández Santiago, Luis Alberto Solís Villa, José Muñoz Catalina, Ignacio Asin Alonso, Angel Encalado Iglesias, Angel Vaca Gutiérrez, Antonio Ruiloba Errandonea, Javier Marqués de la Cruz, Jesús Martín Almeida, Belén González González, Julio González Arias y José Antonio Fernández Sainz, levantando a todos ellos la condición de imputados por dicha causa.

Declarar prescrito el delito de cohecho imputado a José Manuel Fernández Santiago y decretar en consecuencia el sobreseimiento libre de las actuaciones respecto al mismo, con reserva de acciones civiles a la Abogacía del Estado.

Dejar sin efecto la imputación por los hechos comprendidos en la presente causa a Rafael Martínez Molinero, José Martínez Núñez y José Luis Martínez Parra.



Remitir por testimonio al Juzgado Central de Instrucción número 5 las actuaciones relativas a los hechos imputados en este procedimiento a Luis Bárcenas Gutiérrez, José Gerardo Galeote Quecedo, Jesús Merino Delgado, Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris, José Luis Izquierdo López, Andrés Bernabé Nieto y Domingo Magariños Domínguez, no comprendidos en el sobreseimiento acordado respecto del delito de prevaricación ni en la prescripción decretada respecto del de cohecho, a fin de que resuelva lo procedente con arreglo a su propia competencia.

SÉPTIMO.- El Fiscal y la defensa de J.M. Fernández Santiago interpusieron recurso de apelación directo contra dicho auto, en tanto que la defensa de Jesús Merino Delgado y de Luis Bárcenas Gutiérrez interpusieron recurso de reforma y subsidiario de apelación, mientras que la de José Gerardo Galeote Quecedo formuló recurso de reforma. Tramitados los recursos de apelación directos, por providencia de 15 de mayo pasado se acordó suspender su tramitación en tanto alcanzaban el mismo estado los recursos entablados con carácter subsidiario con el fin de poder ser resueltos al mismo tiempo. Dado traslado a las partes de los respectivos recursos, el Fiscal ha impugnado los presentados por las Defensas y éstas, incluida la de los funcionarios imputados y de los empleados de TECONSA, SA., el del Fiscal.

OCTAVO.- Con fecha 4 de junio del 2012 se ha dictado por el Instructor auto resolviendo los recursos de reforma interpuestos cuya parte dispositiva dice: **"ACUERDO:** *declarar, atendidos los recursos de reforma interpuestos por Luis Bárcenas Gutiérrez, Jesús Merino Delgado y José Gerardo Galeote Quecedo, que la parte dispositiva del auto recurrido acuerda el sobreseimiento provisional de los hechos supuestamente constitutivos de delito de prevaricación respecto de todos los inculpados.*

Estimar el recurso de reforma interpuesto por Luis Bárcenas Gutiérrez sobreseyendo libremente las actuaciones respecto del mismo en cuanto a los hechos presuntamente constitutivos del delito de cohecho.

Desestimar los recursos interpuestos por Jesús Merino Delgado y José Gerardo Galeote Quecedo, manteniendo respecto de ambos el acuerdo de remitir al Juzgado Central de Instrucción número 5 testimonio de las actuaciones llevadas a cabo por este Tribunal en relación con los hechos presuntamente constitutivos de delito de cohecho atribuidos a los mismos, a fin de que dicho Juzgado, con arreglo a su propia competencia, resuelva lo procedente una vez desaparecida la conexión por aforamiento que en su día motivó la inhibición de tales hechos en favor de esta Sala"

NOVENO.- Con fecha 11 de junio de 2012 se ha interpuesto recurso de apelación por José Gerardo Galeote Quecedo, representado por el procurador de los tribunales don Eugenio Echevarrieta Herrera, contra el auto del Magistrado Instructor de 4 de junio del mismo año, anteriormente transcrito, y por la representación del Sr. Merino Delgado se ha presentado escrito formulando alegaciones complementarias a su recurso subsidiario de apelación.

DECIMO.- Con fecha 27 del mismo mes se ha acordado alzar la suspensión para resolver, junto con este recurso, los recursos directos y el subsidiario de apelación interpuestos por las partes y elevar a la Sala los testimonios deducidos a instancia de las mismas, para su posterior resolución.

-FUNDAMENTOS DE DERECHO-

PRIMERO. -Recurso de apelación del Fiscal

1.1.- El Fiscal inicialmente consideró que los hechos podrían ser constitutivos de los delitos de prevaricación y cohecho, en la medida en que la adjudicación a TECONSA de la variante en cuestión se habría producido de manera arbitraria para favorecerla recibiendo de ella, a cambio, las cantidades de dinero reflejadas en la documentación intervenida, tanto por el Consejero firmante de la adjudicación como por los políticos y particulares intermediarios en la operación, interesando una serie de pruebas dirigidas a acreditar la existencia de ambos delitos y, muy en particular, en relación con el de prevaricación cuya existencia se desprende, en su opinión, de las consideraciones formuladas en el informe técnico de la Intervención General del Estado (IGAE) de 10 de febrero de 2010.

1.2.- En el recurso que ahora presenta, fundamenta la impugnación del auto del Instructor reiterando en parte las consideraciones que efectuó en su recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 2 de abril de 2012, destacando la contradictoria actuación del Instructor al dejar sin efecto, sin aparente causa que lo justificara, la práctica de unas diligencias que consideró necesarias, al tiempo que otorgaba una eficacia exculpatoria a unas pruebas que por haber sido aportadas por la defensa de los inculpados estima que carecen de la necesaria objetividad, contrariamente a lo que ocurre con la prueba pericial cuya objetividad subraya haciendo hincapié en que ha sido producida por parte de un funcionario de la Intervención General sin vinculación alguna con las diligencias y con competencias específicas de control en la materia, concluyendo la necesidad de incorporar el informe ampliatorio interesado por dicho funcionario para auxiliar al Juez a la hora de tomar una decisión tan trascendental como la adoptada, especialmente en delitos que precisan una valoración sobre irregularidades administrativas que determinan la diferencia entre el delito y la infracción administrativa o entre distintas modalidades de un mismo delito.

1.3.- Esta Sala, al resolver el recurso de apelación interpuesto anteriormente por el Fiscal contra el de reforma, en el que el Instructor confirmó las resoluciones adoptadas en providencia de 12 de marzo de 2012 dejando sin efecto, entre otras, la solicitud de documentación formulada por el perito de la Intervención General (IGAE) autor del informe, estimó que la denegación de dichas pruebas resultaba suficientemente fundada y que la valoración de las irregularidades que afectaban al contrato era, por su carácter eminentemente



jurídico, competencia exclusiva del Instructor, de ahí que ahora el Fiscal pretenda cuestionar la valoración jurídica del contrato que considera prematura por haberse efectuado sobre la base de unos elementos insuficientes para emitir un juicio definitivo dado que no se han practicado las pruebas por él interesadas.

1.4.- Sin embargo, puesta en relación la prueba practicada con dicha valoración, se llega a la conclusión de que el material probatorio acumulado no sólo resulta suficiente sino que ha sido ponderado adecuadamente. En particular, según se razona en los fundamentos del auto recurrido, se han tenido en cuenta: el expediente administrativo objeto del informe pericial, emitido con fecha 10 de febrero de 2010, en cuya página primera (apartado denominado "alcance del trabajo") se afirma que: *"se ha dispuesto de la documentación básica y necesaria para poder emitir una opinión"*, otro informe emitido por el mismo perito el 22 de noviembre de 2010, en el que se examinan dos expedientes relacionados con el que constituye el objeto principal de las presentes Diligencias Previas ("Construcción de la variante de Olleros de Alba"), concretamente el que hace referencia al "Proyecto de Construcción de la Variante de Olleros de Alba (León) y el de "Acondicionamiento de la travesía N-120 de intersección con N-630 (c/Padre Isla) a nueva N-12 Avenida Párroco Pablo Díez (intersección con c/Azorín-Nueva 120) y un certificado emitido por la Secretaría General de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León relativo a los criterios de adjudicación y ponderación utilizados entre mayo de 2002 y enero de 2005 con la revisión de la documentación correspondiente a este período.

1.5.- Discrepa el Fiscal de la "eficacia exculpatoria" atribuida por el Instructor a este certificado que, según afirma, carece de validez probatoria por haber sido aportado por la defensa de la parte, siendo así que esta circunstancia no afecta, en sí misma, a su carácter de documento público ni a la presunción de veracidad de su contenido, contra la cual el Fiscal no ha aportado prueba alguna, despejándose así la interrogante planteada en el informe pericial sobre las posibles singularidades de la adjudicación cuestionada reveladoras de su carácter irregular, ya que del mismo se desprende, de manera clara e indubitada, que la distribución de los criterios de valoración del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato para la adjudicación de la Construcción de la variante de Olleros de Alba, en el que se otorga el 60% del total a criterios no valorables mediante fórmulas matemáticas (a los que el perito informante denomina impropriamente "subjetivos"), no difieren de los empleados en la generalidad de contratos administrativos de esta naturaleza efectuados por la Junta de Castilla y León entre los años 2002 y 2005, criterios, perfectamente compatibles por otra parte, con las previsiones del artículo 86 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas vigente en el momento de los hechos.

1.6.- Junto con esta documentación el Instructor ha dispuesto, en relación con el resto de los reparos que se efectúan en el informe y que, según el Fiscal, integrarían irregularidades que ponen de manifiesto el carácter delictivo de la adjudicación, de las declaraciones de todos los funcionarios que han formado parte de la mesa de contratación cuantas veces se ha



reunido, así como del representante de la Empresa adjudicataria (TECONSA) y de todas las personas incluidas en la denuncia inicial, debiendo destacarse que dichos funcionarios, lejos de hacer uso del derecho a no contestar en su condición de imputados, han dado cumplida respuesta a cuantas preguntas se les ha efectuado tanto por el propio Instructor como por el Fiscal y las demás partes.

1.7.- Y así, en relación con el método de valoración y ponderación de la oferta económica que se contiene en el pliego, consistente en la valoración de las ofertas que más se aproximen a la media aritmética, el informe hace referencia a las objeciones formuladas a este sistema de valoración por la Comisión Europea en el Dictamen de 23 de diciembre de 1997, las cuales no revisten, sin embargo, entidad suficiente para servir de base a un reproche penal dado que dicho dictamen carece de carácter vinculante, por lo que el haberlas ignorado por parte del órgano de contratación resultaría irrelevante a estos efectos.

1.8.- Tampoco tienen trascendencia los reparos relativos a las supuestas irregularidades que se produjeron en la tercera reunión de la mesa de contratación y que constituirían la clave de la adjudicación amañada toda vez que ha quedado acreditado a través de las declaraciones de los miembros de la mesa de contratación y muy particularmente del funcionario que elaboró el informe técnico, cuya declaración en este sentido resulta sobradamente ilustrativa, que los cálculos aritméticos que se reputan inexactos en el informe no son más que un simple error material que no afecta al resultado de las operaciones, que se corresponde con los números reales y que el redondeo de los decimales tampoco resulta significativo ni útil para alterar el orden de prelación.

1.9.- Por último, el informe denuncia la utilización de parámetros de carácter secreto por parte del técnico encargado de informar a los miembros de la mesa de contratación de cara a valorar los criterios de esta naturaleza, habiéndose acreditado, sin embargo, en las actuaciones que dichos parámetros lejos de suponer la introducción de criterios nuevos, constituirían simples desarrollos de los criterios recogidos en el pliego, conocidos por tanto por los licitadores, mediante el desglose de diferentes aspectos de los mismos dentro del margen de discrecionalidad concedido por las puntuaciones otorgadas en el pliego a cada criterio.

1.10.- De todo ello puede concluirse, por una parte que el Instructor ha dispuesto del material probatorio suficiente para llevar a cabo la valoración jurídica del expediente administrativo y, por otra, que la conclusión a la que ha llegado de que en el mismo no se observan ilegalidades severas y dolosas que constituyen el núcleo del delito de prevaricación, se halla plenamente acreditada y resulta conforme con una reiterada doctrina del Tribunal Supremo, en cuya virtud no corresponde a los Tribunales penales decidir acerca de la corrección administrativa de las resoluciones adoptadas por quienes tienen competencia para ello, sino únicamente valorar los hechos en orden a la posible existencia de un delito de prevaricación a través del cual se protege el correcto ejercicio de la función pública dentro de los parámetros constitucionales que deben presidir su actuación y se defiende el debido

respeto del principio de legalidad frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando simultáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (entre otros, AAITSS de la Sala 2ª de 17-2-2010 y 22-10-2010).

SEGUNDO.-Recurso de apelación de J. M. Fernández Santiago

2.1.- La Defensa de José Manuel Fernández Santiago interesa que se revoque, anule y se deje sin efecto el Auto en cuanto dispone "..., con reserva de acciones civiles a la abogacía del estado" y se supriman los Fundamentos de Derecho Noveno y Décimo que sirven de antecedentes fáctico y jurídico a esa "reserva de acciones civiles" en los que literalmente se dice:

NOVENO.- La relación, por el contrario, entre la adjudicación de la variante de Olleros de Alba a TECONSA por parte de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León y el reparto de cantidades significado por las anotaciones hechas sobre el fax que daba cuenta de la adjudicación y en los papeles adjuntos ocupados en el registro del domicilio del contable de Francisco Correa, no puede tacharse de gratuita, ya que a la circunstancia reveladora de que la cantidad calculada en el propio fax es el 3%, sin IVA, del importe de la adjudicación, y a la constancia documental de la distribución, cuando menos contable, de esa cantidad entre diversas personas identificadas por sus iniciales o acrónimos, se han unido en el transcurso de la instrucción indicios racionales de que esas personas podían ser determinados políticos del partido gobernante en Castilla y León, una de ellas, precisamente, el propio Consejero de Fomento, José Manuel Fernández Santiago, que, conocido en su entorno más cercano por el sobrenombre de Toti, figuraría unas veces como tal, otras como TO, otras como TT y otras como T.O. en la documentación intervenida.

DECIMO.- La identificación entre Toti, TT, TO y T.O. no puede decirse que no sea consecuencia razonable de la atribución probada de aquel sobrenombre a José Manuel Fernández Santiago, del cargo que ocupaba en el momento de adjudicarse la variante y en el de practicarse la distribución de las cantidades correspondientes al 3% de la misma, y de la naturaleza de los apuntes documentales en la contabilidad de Correa, que no permiten deducir en buena lógica que se trate de sujetos diferentes, distintos entre sí y no identificables con Toti, por la sencilla razón de que no se ha podido establecer, ni apuntado siquiera indiciariamente, la existencia de otras personas concretas con tales siglas, y no ya en abstracto, sino específicamente del entorno de Francisco Correa y de la Junta de Castilla y León, que de alguna manera hayan podido relacionarse con la adjudicación hasta el punto de haberse visto incluidas de ese modo en el reparto.

2.2.- La pretensión del recurrente de que se eliminen dos fundamentos jurídicos del auto dejando intacta en su parte dispositiva la referencia a la prescripción del delito, no puede ser acogida, pues, contra lo que se dice en el recurso, las afirmaciones contenidas en los fundamentos transcritos no son "observaciones" del Instructor que constituyan una "especie de inversión de la carga de la prueba, incompatible con nuestra legalidad constitucional" sino

que, por el contrario, constituyen la base para la aplicación de la prescripción en relación con el delito de cohecho, por lo que en buena lógica únicamente cabría eliminar dichos Fundamentos, eliminando a su vez la consecuencia de los mismos, contenida en la parte dispositiva del auto, para continuar el procedimiento hasta su finalización definitiva, único momento en que podría llegarse al grado de certeza que exige una declaración absolutoria como la que parece pretenderse.

2. 3.- Y es que en dichos Fundamentos el Instructor se limita a razonar que lo que en un inicio era una mera posibilidad que dio origen a la apertura de estas Diligencias Previas, se ha convertido, a lo largo de la investigación, en un conjunto de indicios reveladores de la comisión de un delito de cohecho del artículo 425.1 del Código Penal vigente en el momento de los hechos que se concretaría, como se dice en el fundamento jurídico undécimo del auto, en admitir una autoridad, en este caso José Manuel Fernández Santiago en su calidad de Consejero de Fomento, dádiva o presente como recompensa de un acto propio de su cargo, ya realizado, no constitutivo del delito y estaría penado con multa y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años .

2.4.- La razón de que, constatados estos indicios, cuya calificación no combate el recurrente, no hayan dado origen a una imputación formal se debe únicamente a la apreciación de una causa de exención de la responsabilidad criminal, la prescripción del delito, aplicada de oficio por el Instructor, ya que la pena prevista para dicho delito está sujeta a un periodo de prescripción de cinco años conforme a lo dispuesto en el artículo 131.1 del Código penal, plazo que sobradamente había transcurrido cuando se dirigió la acción contra el presunto culpable, en fecha posterior en cualquier caso al 6 de febrero de 2009, habiéndose datado los hechos entre abril de 2002 y enero de 2003.

2.5.- La aplicación de oficio de esta causa de extinción de la responsabilidad penal se ha efectuado por el Instructor a partir del momento en que se ha puesto de manifiesto su concurrencia, sin necesidad, como ya se ha dicho, de dictar auto de imputación formal, conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 839/2002, de 6 de mayo, 1224/2006, de 7 de diciembre y 25/2007, 26 de enero, entre otras muchas) que superando la concepción procesal de este instituto, se ha inclinado a favor de la tesis que le otorga naturaleza sustantiva, en tanto en cuanto supone una autolimitación o renuncia del Estado al "ius puniendi" por el transcurso del tiempo.

2.6.- Esta actuación del Instructor, resulta plenamente conforme asimismo con la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia número 195/2009 de 28 de septiembre, con cita de las sentencias 157/1990, de 18 de octubre y 63/2005, de 14 de marzo), en cuya virtud esta consideración de la prescripción como una causa de extinción de la responsabilidad penal de carácter sustantivo, encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales pues toma en cuenta la función de la pena, la situación del presunto inculpaado y su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción



penal, pero en modo alguno puede equipararse a la declaración de inocencia pretendida por el recurrente.

2.7.- Los anteriores razonamientos llevan a rechazar la pretensión en lo que se refiere a la supresión de los Fundamentos Noveno y Décimo del Auto, que no solamente no resultan improcedentes sino que aparecen como absolutamente necesarios para fijar el exacto alcance de la declaración de exención de responsabilidad del recurrente, debiendo de acogerse sin embargo la pretensión, en lo relativo a la anulación de la reserva de acciones civiles a la Abogacía del Estado, por no ser de aplicación al delito de cohecho atribuido a José Manuel Fernández Santiago, el actual apartado número cuatro del artículo 127 del Código Penal al que se hace referencia en el Auto, dada la fecha en que se fija su comisión en el mismo.

2.8.- En efecto, dicha reserva viene fundamentada por el Instructor en las previsiones contenidas en el número 4 -antes 3- del artículo 127 del Código Penal, puestas en relación con el 431 del propio Cuerpo Legal, siendo así que dicho apartado se introdujo en el artículo 127 por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, cuya Disposición Final 5ª establece como fecha de entrada en vigor, a partir del 1 de octubre de 2004, posterior por tanto a la de la comisión del delito atribuido al recurrente.

En consecuencia, la disposición que ha servido de base para efectuar el pronunciamiento controvertido no puede considerarse de aplicación al caso por impedirlo el principio de irretroactividad de las normas penales, extensible a una norma cuyo contenido aflictivo es indudable, cualquiera que sea la posición que se adopte sobre la peculiar naturaleza de las llamadas "consecuencias accesorias".

TERCERO. -Recurso de Jesús Merino Delgado

3.1.- El recurrente ha articulado en un motivo único su recurso de reforma y subsidiario de apelación en el que interesa se decrete el sobreseimiento provisional de las actuaciones por delito de prevaricación y se decrete el sobreseimiento libre de las actuaciones respecto del delito de cohecho, acogándose la primera de las pretensiones por el auto del Instructor en el que resolvió el recurso de reforma y desestimando la segunda por los razonamientos expuestos en los fundamentos NOVENO y DÉCIMO del Auto, añadiendo al recurso inicial unas alegaciones complementarias en escrito presentado el 14 de junio de 2012.

3.2.- El Instructor razonó inicialmente, en relación con esta segunda pretensión impugnada ahora en apelación, en el Fundamento Jurídico decimotercero de su Auto de 10 de abril de 2012, la diferente situación en la que se encuentra el recurrente con respecto al aforado. Y así, mientras que a este último le ha sido sobreseído el procedimiento por aplicación de oficio de la prescripción, al imputársele exclusivamente unos hechos cuya realización se ha podido concretar en unas fechas determinadas a lo largo de la investigación, en el caso del recurrente, la presencia de su nombre o iniciales es tan reiterada en la



documentación intervenida a Correa, así como las referencias a sus relaciones con éste, que impide aislar la operación aquí investigada, para declararla prescrita, de todas las demás obrantes en la causa matriz de la que se desgajó debido precisamente a la presencia de un aforado.

3.3.- Consecuentemente no puede dejarse de contemplar, como afirma el Instructor, una eventual conexión, continuidad o concurso de delitos con los que se le imputan en la causa originaria, circunstancia que habrá de influir decisivamente en el cómputo de los plazos prescriptivos. Precisamente es en base a esta eventual conexión en virtud de la cual el Instructor ha ratificado su resolución inicial, ante el recurso de reforma interpuesto por el ahora recurrente, argumentando que: *"debe prevalecer la continencia de la causa dividida y recuperar su integridad en la medida en que la declaración de prescripción no puede hacerse extensiva a unos hechos desglosados de otros en atención a la competencia por aforamiento, sin atender, desaparecida ésta, a la competencia por conexión, ya que podrían no estar prescritos en relación con el conjunto, y esta valoración ha de hacerla el juez que recupera esa competencia"*.

3.4.- Contra esta resolución, en el escrito de alegaciones complementario al del recurso interpuesto inicialmente, el recurrente reitera su pretensión de que se extienda el sobreseimiento libre respecto del delito de cohecho, apoyándose, por una parte, en el contenido del Auto dictado por el Instructor del T.S.J. de Madrid de fecha 1 de septiembre 2011 y el posterior Voto Particular de uno de los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de dicho Tribunal Superior en el Auto de 3 de febrero del 2012 y, por otra, en lo dispuesto en el artículo 300 en relación con el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuya virtud el Instructor estaría obligado a resolver definitivamente en relación con los hechos investigados en este procedimiento, finalizando por argumentar que en cualquier caso le sería de aplicación al recurrente la prescripción acordada en este procedimiento para el aforado habida cuenta las fechas de los apuntes imputados al recurrente en el "caso Gürtel de Madrid".

3.5.- Dejando al margen las referencias a las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid citadas por el recurrente, que han quedado sin efecto al anularse el sobreseimiento provisional y archivo acordados en relación con el recurrente, José Gerardo Galeote Quecedo y Luis Bárcenas, por sendos Autos de la Audiencia Nacional (Autos número 98, 100 y 101 de 2012) cuyo contenido es notorio por haber sido publicado en la práctica totalidad de los medios de comunicación de carácter nacional, es precisamente el precepto invocado (artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) el que sirve para fundamentar la resolución adoptada por el Instructor fundada en una consolidada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo resumida en los Autos de 29/6/2006 y 23/6/2009, ponente, Andrés Martínez Arrieta.

3133



3.6.- Tradicionalmente, se dice en el primero de los autos citados, en resoluciones referidas a la instrucción de causas contra aforados el Tribunal Supremo ha extendido el conocimiento respecto los no aforados sobre la base de lo dispuesto en los Art. 272, 300, 303 y 304 de la ley procesal, siendo la continencia de la causa que surge del Art. 300, el criterio que ha aconsejado la unidad en la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento porque permite asegurar la realización de la justicia, evitando pronunciamientos contradictorios y facilita la instrucción y el enjuiciamiento de aquellas causas de naturaleza compleja o en las que al aforado se imputa una participación en la realización del hecho delictivo.

3.7.- Esa atracción de la competencia respecto a los no aforados se ha interpretado siempre con carácter restrictivo pues plantea el problema de la acomodación de esa investigación judicial con el derecho constitucional al Juez predeterminado por la ley, pues si el Tribunal Supremo o, en este caso el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León es el órgano jurisdiccional predeterminado por ley para los aforados, no lo es respecto a quienes no ostentan las condiciones especiales que la Constitución, Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas establecen para atribuir la competencia en materia penal a un concreto órgano jurisdiccional en defecto del llamado a conocer por regla general del delito (art. 272 LECrm.).

3.8.- La doble consideración de los principios en juego, el derecho al juez predeterminado por ley y las exigencias de la seguridad jurídica hace necesario que, cuando a lo largo de la instrucción se constata la ausencia de responsabilidad penal del aforado cualquiera que sea la causa que la motive, la causa dividida inicialmente recupere su continencia al desaparecer la razón en virtud de la cual se ha producido esa excepcional atracción de competencia. Desde ese mismo momento corresponderá al juez al que se ha devuelto la competencia efectuar cuantos pronunciamientos sean necesarios en orden a establecer las eventuales responsabilidades de los no aforados o liberarles de las mismas en su caso.

CUARTO.-Recurso de Gerardo Galeote Quecedo

4.1.- Se impugna por el recurrente el auto del 4 de junio de 2012 en el que se desestimó, al igual que a Jesús Merino Delgado y por los mismos fundamentos, el recurso de reforma, acordando mantener el acuerdo de remitir al Juzgado Central de instrucción número 5 testimonio de las actuaciones en relación con los hechos presuntamente constitutivos del delito de cohecho.

Las alegaciones de éste no se diferencian sustancialmente de las de Jesús Merino Delgado, solicitando el sobreseimiento definitivo en relación con el delito de cohecho por no existir pruebas de la comisión del mismo por parte del recurrente ni en las presentes actuaciones ni en las que se siguieron por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, citando en su apoyo el Auto de 29/06/2011 dictado por el Instructor de dicho Tribunal Superior.

3134



4.2.- En relación con las posibles responsabilidades derivadas de los hechos investigados inicialmente por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el marco de las Diligencias Previas 1/09 en las que fue dictado el Auto citado, parece olvidar el recurrente, a pesar de ser notorio como se ha dicho anteriormente, que tras ser remitido dicho procedimiento en inhibición a la Audiencia Nacional, ésta acordó la nulidad del sobreseimiento provisional y archivo de la causa y la continuación del procedimiento contra el mismo, concretamente por Auto nº 101/12, de 15 de marzo de 2012, así como contra el resto de los imputados.

4.3.- Y es precisamente la conexión entre los hechos investigados actualmente por el Juzgado Central de Instrucción número 5 y los que integran las actuaciones cuyo testimonio se acuerda remitir al mismo, la razón por la que, por los mismos fundamentos expuestos en el Fundamento Jurídico anterior en relación con el recurso interpuesto por Jesús Merino Delgado, procede rechazar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la resolución dictada por el Instructor en relación con el recurrente.

Por lo expuesto, y siendo Ponente el Ilmo. Sr. D Ignacio de las Rivas Aramburu, esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

ACUERDA:



1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por José Manuel Fernández Santiago, dejando sin efecto la reserva de acciones civiles a la Abogacía del Estado acordada en el Auto de 10 de abril de 2012 y desestimarlos en lo relativo a la supresión de los fundamentos noveno y décimo de dicho auto.

2º.- Desestimar en su totalidad los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, Jesús Merino Delgado y José Gerardo Galeote Quecedo.

3º.- Confirmar, en consecuencia, el citado Auto con las modificaciones efectuadas en el de cuatro de junio de 2012, en todos sus extremos, excepción hecha, como ya se ha dicho, de lo relativo a la reserva de acciones civiles contra José Manuel Fernández Santiago a la Abogacía del Estado.

Así, por este auto contra el que no cabe recurso, del que se unirá testimonio a las actuaciones, que se notificará al Ministerio Fiscal y a la representación legal de los recurrentes, para su conocimiento y demás efectos, lo mandan y firman los Señores del margen, de que yo, el Secretario, doy fe.

E./

Lo anterior concuerda bien y fielmente con su original, al que me remito, caso necesario, y para que conste y conforme viene acordado, a petición de

..... a efectos de *unir a las actuaciones*.....

expido y firmo el presente en Burgos, a *dieciséis* de *julio* de dos mil *doce*.