



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

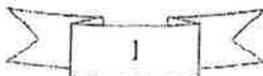
Causa especial 3/20490/2015

A LA EXCELENTÍSIMA SALA SEGUNDA DEL
TRIBUNAL SUPREMO

EL MINISTERIO FISCAL, evacuando el trámite conferido por Providencia de esa Sala de fecha 30 de junio de 2015, que acuerda el traslado para informe sobre competencia y contenido de los hechos recogidos en la Exposición razonada elevada por el Juez Central de Instrucción nº 5, DICE:

I - EN CUANTO A LA COMPETENCIA.

Pese a no estar fehacientemente acreditada la condición de Senadora de D^a. María José García Pelayo, resulta hecho notorio, y sin perjuicio de su posterior acreditación documental y partiendo de tal premisa, la competencia para conocer de los hechos a que se refiere la presente Exposición Razonada referidos a la aforada corresponde a la Sala 2^o del TS. Así resulta de lo establecido en los artículos 71.3 C.E. y 57.1.2 de la LOPJ.



La causa se refiere a la posible existencia 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 del Ayuntamiento de Jerez.

En el apartado VII de la Exposición razonada aparece la relación de las personas no aforadas contra las que se sigue la causa y que serían las siguientes:

- JOSÉ AGÜERA GONZÁLEZ, Director del IPDC, órgano administrativo autónomo participado totalmente por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y que desarrolla sus funciones bajo la tutela de éste según sus Estatutos. Habría justificado en las distintas memorias la necesidad de acudir al procedimiento de urgencia y emitido las propuestas de adjudicación de los contratos.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

- LOURDES MONTENEGRO, que habría participado en la elaboración de la documentación aportada a los expedientes con fecha posterior a la que se hizo constar oficialmente.

- FRANCISCO CORREA SÁNCHEZ, PABLO CRESPO SABARIS, ISABEL JORDÁN GANCET y JAVIER NOMBELA OLMO, directores y trabajadores de las empresas adjudicatarias, que habrían participado en la elaboración de la documentación administrativa de las ofertas empresariales presentadas para simular la existencia de expedientes administrativos que legitimaron los contratos de adjudicación de los mismos.

- ISIDRO JAVIER CUBEROS GARCÍA, administrador único de la empresa CUBEROS COMUNICACIONES SA, que habría realizado tareas de intermediación entre el órgano municipal y las empresas adjudicatarias, antes, durante y después de la tramitación de los expedientes y en el cobro de las facturas de los contratos a cambio de una comisión económica.

En relación con los no aforados debemos recordar la doctrina del TS, concretada por ejemplo, en el ATS de 2.2.2015, según la cual *“ en cuanto a la posibilidad de atraer la competencia de esta Sala respecto de hechos ejecutados por personas no aforadas ante la misma, de un lado, y sin olvidar la importancia*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

que puede presentar la visión de conjunto, procede señalar la conveniencia de que se respete en la máxima medida posible el derecho al juez ordinario respecto de cada una de las personas a las que se imputan hechos punibles (Autos de 29 de junio de 2006 y 23 de junio de 2009). Esa atracción de la competencia respecto a los no aforados, 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 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 LECR y SS TEDH 2/6/05, caso CLAES y otros/Bélgica, y 22/6/2000, caso COÉME/Bélgica). En consecuencia, la extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los imputados a las personas aforadas” .

La misma idea late en el ATS de 23.6.2009 o en el de 13.11.2014. Este último en la causa especial de los ERES de Andalucía.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En este punto debe recordarse que no es lo mismo la conexidad procesal que la conexión material inescindible. Solo la última daría lugar a la admisión de la competencia respecto de los no aforados. Ésta surgiría en los delitos plurisubjetivos de convergencia o en los delitos bilaterales, pero no toda conexidad procesal representa conexión material inescindible, que impida el enjuiciamiento conjunto.

Aplicando a nuestro caso esa doctrina resulta que los hechos objeto de investigación revisten caracteres de delito de **falsedad continuada en documentos oficiales**, por cuanto los documentos presentados por los adjudicatarios y nacidos con el exclusivo objeto de ser incorporados a los expedientes oficiales habrían sido elaborados con posterioridad a las fechas consignados en los mismos, admitidos con esa calenda falsa por los organismos oficiales que registraron su entrada y redactados incluso con fechas posteriores a la adjudicación de los contratos y realización de los trabajos. Ese sería, en principio, un delito de falsificación en documento oficial cometido por particular. Por otro lado, con posterioridad a la realización de los trabajos a que obedecían los contratos administrativos, funcionarios del Ayuntamiento y de IPDC confeccionaron los diferentes documentos y tramitaron los procedimientos de contratación necesarios para dar a los expedientes una apariencia de legalidad. Es decir, el expediente pasaba de ser control de legalidad a instrumento para encubrir su ausencia. En este segundo



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

caso el delito sería de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público. Son dos delitos distintos pese a su conexión procesal y nada impide su enjuiciamiento separado y también el estudio independiente de las conductas de autoría o participación en cada uno de ellos. Sería posible, en consecuencia, contemplar por separado el estudio de los comportamientos plurales que forjaron uno y otro delito.

En cuanto al otro delito, el de prevaricación del artículo 404 CP, es delito especial propio. El legislador circunscribe el círculo de sus posibles autores. El intraneus aforado que reviste condición de autoridad sería autor del delito especial, que es propio en cuanto no admite forma común para los "extranei". En cuanto a la participación en ese delito por extranei, en forma de inducción o cooperación necesaria, de existir, podría igualmente enjuiciarse por separado. Su conexidad procesal no determina la conexión material inescindible.

El principio de la unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación no impediría el enjuiciamiento conjunto. Este principio solo representa que la condena del partícipe exige que la conducta del autor sea típica y antijurídica, pero no que esa tipicidad y antijuridicidad haya sido declarada en el mismo procedimiento.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Además, no puede esta Sala, al margen de su trabajo de excelencia en la fijación de tipos penales a través de la casación convertirse en el órgano de instrucción de procesos penales voluminosos. La calidad de su trabajo de casación quedaría seriamente debilitada. Todo ello sin olvidar que una eventual pérdida de la condición de aforado convertiría al TS en juez instructor al servicio de las Audiencias.

En consecuencia, la competencia de esta Sala no deberá extenderse a los aforados.

II.- EN CUANTO AL CONTENIDO.

Los hechos descritos en la Exposición revisten caracteres de delito continuado de prevaricación por parte de la acusada.

En relación con los tres expedientes de prestación de servicios constan resoluciones administrativas dictadas por la Alcaldesa presumiblemente arbitrarias. No es necesario reiterarlas. La persona aforada dictó resoluciones decisorias, de contenido administrativo, que afectaban a los derechos y deberes de los administrados y a los intereses generales del municipio, con conocimiento de su separación clamorosa del derecho. La relación de dichas resoluciones divididas en



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

ocho apartados consta en los folios 29 y 30 de la Exposición. Siempre a nivel indiciario, dictó las resoluciones careciendo de competencia, con vulneración de las normas esenciales de legalidad, igualdad de concurrencia y legalidad y finalmente para encubrir su actuación construyó o consintió que se construyeran ex novo los expedientes administrativos simulados que la Alcaldesa firmó en muchos de sus documentos.

La STS de 24.2.2015 nos recordará en este punto que como decía la STS 18/2014, de 23 de enero, con cita de otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. *El delito de prevaricación, por otro lado, no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso- administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos-límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario,*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona.

En principio, por tanto, parece que las resoluciones dictadas encajan en el ámbito típico del delito estudiado, pues, siempre a nivel indiciario, la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utilizó por la persona aforada para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública), eliminando arbitrariamente la libre competencia en un injustificado ejercicio de abuso de poder.

También habíamos dicho que los hechos elevados podían subsumirse típicamente respecto de la acusada en el ámbito del delito continuado de falsedad en documento oficial del artículo 390 CP, en relación con el artículo 390.1. 1 y 2 CP, pues ese es el entendimiento adecuado a la elaboración ex post tanto de los expedientes administrativos como de los documentos administrativos que habrían de integrarlos. Los expedientes administrativos, en nuestro caso, según la Exposición razonada, fueron mera ficción al servicio de la prevaricación previa, habiéndose confeccionado ex post con el propósito de encubrirla.



III.- EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN.

La primera cuestión que debemos abordar en el presente dictamen, es la relativa a la existencia o no de la prescripción del delito imputado a la aforada, pues si bien en la Exposición Razonada se afirma que dicha materia ha sido objeto de diversos pronunciamientos de la Sala de la AN, relativa al parecer a los no aforados, no apreciando la misma, tal cuestión, no exime a esta Excelentísima Sala, en este momento procesal, de abordar la misma, pues caso de ser apreciada, carecería de sentido el examen del resto de cuestiones, que en la fundada, detallada y precisa Exposición Razonada se abordan. A ella se refiere además el cultivado escrito de la Defensa.

Es Doctrina consolidada de esa Alto Tribunal, que la prescripción puede y debe ser examinada de oficio, por ser de naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad y por responder a principios de orden público y de interés general, pudiendo ser proclamada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen, y así, en supuestos similares al presente y ante dos Exposiciones Razonadas, dirigida contra aforados, se afirma,- *“ En definitiva, siendo la prescripción una figura apreciable de oficio en cualquier momento del*



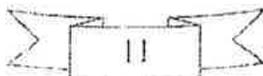
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

procedimiento, como ha sostenido tradicionalmente la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 953/2012 de 16 de diciembre y 224/2002 de 12 de febrero , entre muchas otras), hay que apreciar la misma en el caso que nos ocupa y considerar prescrito el posible delito de cohecho del artículo 426 CP (. Autos T S, 21 de mayo 2015 y 2 de febrero 2015).

Para resolver la cuestión planteada como previa por la representación procesal de la aforada, se hace preciso determinar el delito o delitos imputados, fecha de su consumación, y tiempo transcurrido hasta el presente informe, pues no olvidemos que todavía no se ha dirigido el procedimiento contra la aforada, pues la interrupción de la prescripción, requiere un imputación judicial dictada por el órgano competente, que en el presente caso lo es la Excelentísima Sala a la que nos dirigimos *(ATS 2 de febrero 2015, por todos).*

Pero tal cuestión, la determinación del dies ad quem, resulta irrelevante a los efectos del presente informe, pues mantenemos, que en el momento actual todavía no está prescrito el delito imputado.

La imputación que se realiza lo es por un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, de manera expresa, y de manera implícita, por



un delito de falsedad del artículo 390 del referido Código. Como la penalidad es más amplia en el delito del artículo 404 CP nos referiremos sólo a éste.

Pues bien, el núcleo central de la cuestión estaría integrado, al ser un delito continuado de prevaricación, en determinar, cuál fue el último acto o resolución prevaricadora recaídos en los expedientes, pues el mismo, determinaría el “dies a quo” para el cómputo del plazo prescriptivo, y dicho dato deviene esencial, pues en el caso de que se hubiera dictado antes del 1 de octubre de 2004, fecha que entró en vigor la reforma del CP por LO 15/2003, resultaría que el delito estaría prescrito para la aforada, supuesto que como veremos no se da en el caso presente. Y ¿por qué estaría prescrito? Adelantémoslo ya. Porque el plazo de prescripción debería ser determinado con la pena en abstracto y la del delito continuado de prevaricación hasta la reforma de la LO 15/2003 era de 8 años y 6 meses a 10 años de inhabilitación especial, dado que el artículo 74.1 obligaba a la imposición de la pena en su mitad superior, pero no permitía la exasperación facultativa de la misma hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, que nos coloca en la penalidad de 10 a 12 años y 6 meses de inhabilitación especial. Esa exasperación es marco legal tras la vigencia de la LO 15/2003, que aconteció el 1 de octubre de 2004. Por ello, de existir resoluciones administrativas arbitrarias y de contenido decisorio posteriores al 1 de octubre de 2004, su dictado determinaría el “dies a quo” para el cómputo del plazo -artículo 132.1 CP- que pasaría a ser de



15 años por superar los 10 años la pena de inhabilitación especial por ley imponible.

Es decir, no habrían prescrito.

De la Exposición resulta que la mayoría de los actos administrativos fueron dictados entre los meses de enero hasta agosto de 2004, pero igualmente se observa que las órdenes de materializar los pagos se efectuaron en diciembre de 2004, en dos de los tres expedientes administrativos, órdenes de pago que además se realizaron sin la preceptiva retención del 4% consecuencia de no haber exigido en su día la fianza legal a los adjudicatarios para asegurar el cumplimiento del contrato.

Como dijimos, el " dies a quo " , para la prescripción viene determinado por la consumación del delito. " Señala nuestra jurisprudencia que el plazo de prescripción comienza a computarse desde el momento de su consumación " , (STS 953/2013, de 16 de diciembre, por todas), y en caso de delito continuado, el plazo de prescripción no empieza hasta la realización del último acto integrante de la cadena de actos obedientes al mismo y único plan concebido por el sujeto, es decir, empieza cuando se termina la actuación dolosa enjuiciada (artículos 130, 131 y 132 del Código Penal).

La continuidad delictiva está fuera de toda duda, pues amén, de que se trata



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

de diversas resoluciones administrativas, éstas fueron dictadas en expedientes distintos y a favor de empresas perfectamente diferenciadas, por lo que no se puede predicar, en modo alguno, una unidad natural de acción, lo que sería posible si se tratara de un solo expediente, supuesto que no es el caso presente, en el que son tres los expedientes administrativos con adjudicaciones a distintas empresas, de lo que se infiere que estaríamos en el mejor de los casos para la imputada, ante una unidad natural de acción, en cada uno de los expedientes, que, al ser tres, formarían la continuidad delictiva que predicamos. " *La jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal*" (STS 277/2015 de 3 de junio), estableciendo al respecto que,-" *El delito continuado sería el resultado de integrar varias unidades típicas de acción en el sentido de que cada una de ellas respondiese a injustos distintos obedeciendo a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión (artículo 74 CP), admitiéndose entonces la unidad jurídica bajo la calificación del delito continuado*" , (STS 597/2014 de 30 de junio), supuesto que se ajusta al presente caso.

En relación con los tres expedientes, de la Exposición Razonada resulta lo que sigue:



a)- Que la aforada tuvo en todo momento el dominio del hecho, sobre los expedientes, como se acredita de las diversas resoluciones dictadas en cada uno de ellos.

b).- Que los pagos de las facturas generadas se realizaron con posterioridad al 1 de octubre de 2004 (fecha de entrada en vigor de la LO 15/2003), que modificó entre otros el artículo 74 del Código Penal, permitiendo imponer en el caso de delito continuado, la pena superior en grado hasta su mitad inferior y por lo tanto modificando a estos efectos de prescripción que pasaría de 10 a 15 años.

c).- Que en la referida Exposición consta, en cuanto a los pagos:

1) En el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA EL DESARROLLO DEL STAND DE JEREZ FITUR, se establecía la retención del 4%, en concepto de fianza definitiva para responder del cumplimiento del contrato, retención que no se hizo cuando se materializó el pago en diciembre de 2004, (ni se prestó en ningún momento anterior) lo que constituiría una nueva prevaricación administrativa dentro de este expediente y, por tanto, el plazo de prescripción debería contarse a partir de este último acto del delito y así resulta que dicho contrato fue escindido en los siguientes lotes:



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

A).-Lote 1. Montaje y gestión del Stand FITUR 2004, adjudicado a SPECIAL EVENTS SL por importe de 162.806, 37 euros. Consta a folio 216, Tomo Segundo, la orden firmada por la aforada en su calidad de presidente, dirigida al director de la Caja de ahorros para que efectuase la transferencia por importe de 162.806,37 euros a favor de SPECIAL EVENTS, orden firmada el tres de diciembre de 2004, (se acompaña fotocopia, como documento nº1)

B).-Lote 2. Publicidad y propaganda adjudicada a TELEANUNCIO, por importe de 141.367,56 euros. Consta en el expediente que el pago se hizo fraccionado, siendo realizado por la orden de transferencia firmada igualmente por la aforada, en su calidad de Presidente del Instituto de Promoción y Desarrollo de la Ciudad, constando en el (folio 245 Tomo segundo), figurando que el tercer pago lo ordenó con fecha 15 de octubre de 2004,(se acompaña fotocopia, como documento nº 2), y que el último de los pagos realizado y ordenado por la aforada en su calidad de Presidente a dicha sociedad, (folio 247, Tomo Segundo, se acompaña fotocopia como documento nº 3), consta materializado en orden firmada igualmente por la aforada con fecha 3 de diciembre de 2004.

2).- En el CONTRATO DE ACONDICIONAMIENTO DE LA PLAZA MAYOR DE MADRID el pago se efectuó el 3 de diciembre de 2004, sin que en dicho acto



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

administrativo se hiciera retención alguna para sustituir la obligación de constituir la fianza definitiva, tal y como venia establecido. Esta nueva resolución administrativa presuntamente prevaricadora, que sería el último de este expediente y que como en el caso anterior, determinaría el " dies a quo" , consta al folio 360, Tomo Segundo y se acompaña fotocopia como documento nº 4. La orden fue igualmente firmada por la aforada, dirigida a la entidad bancaria, para que realizara la pertinente transferencia a favor del adjudicatario la empresa DOWM TOWN CONSULTING, orden como en los casos anteriores firmada en su calidad de presidente, con fecha 3 de diciembre de 2004

3).- En el CONTRATO MENOR PARA MONTAJE DEL ESPECTÁCULO DE FLAMENCO, RESPECTO AL MISMO, no existe constancia de la fecha de pago, pues el Ayuntamiento solo envió una relación de gastos de FITUR 2004 (folios 7 y 8 del tomo II) en la que se incluía la factura de este evento, pero nada más. En los registros de las sedes se encontró el contrato y la factura. La fecha de emisión de la factura (20.2.2004) no puede ser la que oficialmente consta, porque hay dos correos de 24.2.2004 de Isabel Jordán a Isidro Cuberos (folios 63.957 y 63.864 del R.13 bis) preguntando por qué conceptos y a nombre de quién se factura lo de Cecilio Rodríguez.

Aunque en este tercer expediente no consten actuaciones posteriores al 1



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

de octubre de 2004, fecha de entrada en vigor de la reforma del CP por ley orgánica 15/2003, es evidente que tampoco habrían prescrito las resoluciones administrativas de este expediente, pues su conexidad con las prevaricaciones de los dos primeros expedientes debe anudar el efecto de que las prevaricaciones del tercer expediente prescriban con las de los delitos de los dos primeros expedientes. En los supuestos de conexidad todos los delitos prescriben con el tiempo del más grave -artículo 131.5 CP-. Y todos estos delitos, aunque desde el punto de vista material constituyan un delito continuado, desde el prisma procesal son conexos.

El pago de los contratos administrativos celebrados, constituye un "acto administrativo" regulado entre otras disposiciones, en los artículos 186 y siguientes del RD Legislativo 2/2004 de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales y a nadie escapa que si en dicho acto, se ordenara por la Autoridad administrativa que se otorgue una cantidad superior a la debida, (aunque la orden fuera verbal), podría ser constitutivo de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP.

" Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno



así como los denominados actos de trámite (vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva” , (STS 597/2014 de 30 de julio)

El delito de prevaricación es delito de mera actividad, y por lo tanto se consuma, en el mismo momento de dictar u omitir la resolución injusta, sin necesidad que la misma llegue a ejecutarse (STS 773/2014 de 28 de octubre), ahora bien, incluso manteniendo la tesis de encontrarnos en cada expediente en un supuesto de unidad natural de acción, diversas resoluciones presuntamente prevaricadoras recaídas en un mismo expediente), el “ dies a quo” , a los efectos de prescripción, al encontrarnos ante una continuidad delictiva, vendría determinado por el último acto realizado, que fueron los pagos realizados con posterioridad al 1/10/2004, en los que no se hizo la preceptiva retención del 4% para asegurar el cumplimiento del contrato.

En cuanto a la obligación de constituir garantías en los contratos celebrados por la administración, sería de aplicación lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, vigente en el momento de comisión de los hechos, que establecía en su Título III, (artículos 35 y siguientes), una minuciosa regulación de las mismas, resultando obvio que el incumplimiento de los preceptos

mencionados fue meritorio, pues ni se exigieron ni se prestaron en ningún momento en los expedientes y es más, dicho incumplimiento lo fue hasta el final, pues constando en el informe de la Interventora Municipal, que debían cumplirse las normas de contratación y que debía constituirse la fianza del 4%, ni se exigió ni se prestó y constando expresamente en el contrato firmado con SPECIAL EVENTS SL que para responder del cumplimiento del contrato la empresa solicita la retención en precios en concepto de fianza definitiva del correspondiente al 4% del contrato, circunstancia esta permitida por el artículo 41.3 del RD 2/2000, en el pago que se ordenó por la presidenta el 3 de diciembre de 2004 (fotocopia presentada junto a este escrito como documento nº 1) no se retuvo cantidad alguna.

En cualquier caso no es verdad que las resoluciones prevaricadoras sean exclusivamente las de aprobación de los pliegos y adjudicación de contratos, perteneciendo las demás a la fase de agotamiento del delito. En absoluto. La resolución prevaricadora es toda aquella, verbal o escrita, que siendo de carácter decisorio, contenga una declaración de voluntad que afecte a los derechos y deberes de los ciudadanos o al interés general y cuyo contenido sea arbitrario. En este sentido, las órdenes que acuerdan materializar el pago de los contratos adjudicados, son evidentemente resoluciones administrativas de contenido decisorio que afectan descaradamente a los derechos y deberes de los administrados y al interés general. No pertenecen a fase alguna de agotamiento del



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

delito previo. No. Son nuevas resoluciones prevaricadoras con la misma entidad típica y antijurídica que la aprobación de pliegos o adjudicación de contratos. Y todo ello con independencia de que se hubiera dejado de retener como fianza definitiva el 4% del precio del contrato no exigido en su día para garantizar el cumplimiento de la obligación al adjudicatario. Lo que ocurre es que además de ello y para sobreabundar en las órdenes de pago de la Alcaldesa y en contra de lo estipulado en el contrato se deja de retener del precio final la cantidad del 4% correspondiente a la fianza no exigida en su día a los adjudicatarios. Es decir, la resolución administrativa de ordenar el pago incrementa su contenido decisorio y su afectación a los intereses generales cuando como colofón de las irregularidades exime de la obligada retención del 4% del precio total de la contratación, cantidad que no es baladí y en la que se perjudicó a los intereses del Ayuntamiento de Jerez.

En cuanto al tiempo de prescripción, recapitulando, dado que las órdenes de pago son posteriores a la entrada en vigor de la reforma de la ley 15/2013, que aconteció el 1 de octubre de 2014, y puesto que en el artículo 74.1 CP, tras esa reforma se permitía aplicar la pena superior en grado hasta su mitad inferior en el delito continuado, es evidente que siendo la pena de la prevaricación de 7 a 10 años, la exasperación facultativa penológica nos coloca en una pena de 10 a 12 años y 6 meses de inhabilitación especial, lo que con arreglo al artículo 131 CP



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

determinaba un plazo de prescripción de 15 años. Por ello y siendo de diciembre de 2004 las últimas órdenes de pago es evidente que el delito no prescribirá hasta diciembre de 2019. En consecuencia, las prevaricaciones de los tres expedientes no han prescrito.

IV.- ARGUMENTACIÓN DE LA DEFENSA.

Descartada la prescripción y en cuanto al contenido se afirma por la representación procesal de la aforada, que la intervención de la misma en los expedientes fue la siguiente:

a)- Estuvo por una parte amparada por los informes del Secretario de la Corporación en lo relativo al procedimiento a seguir.

b) En cuanto a su concreta actuación, estuvo limitada a los actos que por ley, su intervención era imperativa, firma de contratos, que los mismos fueron por delegación al concejal del ramo.

c) Nada se dice por la representación procesal de la aforada, de las órdenes de pago dadas por la misma o bien se les asigna puro carácter accesorio o declarativo, no decisorio.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

d) Y que en todo caso, se critica por la representación de la aforada, la afirmación que realiza la presente Exposición de que la Alcaldesa firmó cada uno de los anteriores documentos con posterioridad a la realización de Fitur, es decir que se adjudicaron los contratos sin expediente alguno y solo después se fingió el expediente para dar amparo a lo que se había ejecutado. Tal afirmación, se argumenta, estaría en contra de la intervención del Secretario Municipal de la Corporación, cuya firma figura en todas las resoluciones de la Alcaldesa y que da fe de que las mismas se firmaron en la fecha que consta, y por lo tanto estaría amparadas en la fe pública administrativa, sin que contra el Secretario se haya dirigido imputación alguna.

Pues bien, frente a lo alegado, hay que resaltar, pues es determinante cuando menos a nivel indiciario de la existencia de la falsedad y por ende de la prevaricación, que dicha afirmación, (que los documentos fueron generados con posterioridad al acto administrativo de adjudicación), resulta, no solo de una declaración voluntarista del Instructor o del cúmulo de irregularidades observadas, (documentos en el expediente administrativo sin fecha ni firma, carencia de registro de entrada de los escritos o de las notificaciones, no determinación de los criterios de valoración de ofertas, incluso aún admitiendo que fuera procedimiento de urgencia, ausencia de las tres ofertas preceptivas, pues se adjudicaron directamente, actividades realizadas con anterioridad a la adjudicación por las



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

empresas beneficiadas y concertación de seguros incluso adelantando pagos a subcontratados antes de la adjudicación), sino también, como pone de relieve la detallada Exposición razonada, (folios 21 y 22 de la misma), de los correos intervenidos, de la pericial que al final citaremos y de la documental que se detalla y que acredita tal cuestión.

V.- DOCUMENTACIÓN. A lo dicho por el Instructor se pueden añadir algunos datos más incontestables, que revelan la construcción ex post de los expedientes, cuales son:

EXPEDIENTE REFERIDO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PARA
EL DESARROLLO DE LA FERIA INTERNACIONAL DE TURISMO FITUR 2004

LOTE ADJUDICADO A SPECIAL EVENTS

En la escritura de constitución incluida en el sobre A consta sello de 26.2.2004, es decir, posterior a la adjudicación que fue en enero de 2004- de la Oficina de Atención al Ciudadano del Ayto de Jerez en la que se hace constar que " la fotocopia concuerda con el original" . Lo mismo respecto de la escritura de aceptación de dimisión y nombramiento de cargo.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

El bastanteo del poder también es de 27.2.2004, posterior a la adjudicación (folio 138, 139 tomo II).

Además, la certificación de la AEAT es de 10.2.2004 (folio 142 del tomo II), lo mismo que la de la TGSS (folio 143 del tomo II) y ambas tienen sello del Ayto. de Jerez de 26.2.2004. E incluso el informe de que no tiene ninguna deuda pendiente de acuerdo con los antecedentes en JEREYSSA es de 26.2.2004 (folio 144 del tomo II).

Todos los documentos llevan el sello del Ayuntamiento de 26.2.2004, incluso los documentos firmados por Pablo Crespo supuestamente el 12.1.2004 y dirigidos al Ilmo. Sr. Presidente de la mesa de contratación (folios 149 a 153, etc.).

Esto se ve confirmado por el registro de ventanilla única que al folio 222 hace constar que el 24.2.2004 SPECIAL EVENTS solicitó certificado de estar al corriente de los pagos.

-Sobre B (a partir del folio 155).

En este caso no tiene ni siquiera registro la proposición supuestamente firmada el 12.1.2004 por Pablo Crespo (folio 156)

-Sobre C (a partir del folio 158) y referido a los documentos técnicos: no existe ni un solo sello del Ayuntamiento.

LOTE ADJUDICADO A TELEANUNCIO

En cuanto a la oferta de TELEANUNCIO el certificado de JEREYSSA es de 4.3.2004 (folio 183). Como se sabe el contrato se firmó en enero de 2004.

Es más, a los folios 218 y ss. Del Tomo II consta certificados del Ayto de Jerez de la oficina de registro en la que se concreta que la documentación de TELEANUNCIO consta presentada el 4.3.2004, el 8.3.2004 e incluso el 11.1.2005. Repetimos, el contrato se firmó en enero de 2004.

Por si no bastara lo afirmado, apelamos ahora al informe pericial *realizado sobre los expedientes administrativos y archivos digitales, y en el que se concluye que efectuado por la Unidad de Auxilio de IGAE, un examen de propiedades y meta datos de los documentos intervenidos*, esta Unidad de Auxilio Judicial a la Intervención General del Estado, concluye que *en relación con los documentos aportados por el Excelentísimo Ayuntamiento y que por lo tanto son los aportados en el expediente, su fecha de creación fue muy posterior a la que figura en los documentos y ante esta*



afirmación, se deriva que las certificaciones expedidas por el Sr. Secretario, tampoco encontrarían explicación, lo que podría involucrar a éste en los delitos de falsedad.

Por lo expuesto el Fiscal considera que existen indicios más que suficientes, siempre con el carácter de provisionales, pero especialmente cualificados, de la comisión por parte de la aforada de los delitos que se le imputan, pues amén del cúmulo de violaciones a las normas que rigen la contratación de los entes públicos cometidas en las adjudicaciones y que se detallan en la Exposición Razonada, (lo que ya sería suficiente para dar por cumplido el tipo penal imputado de prevaricación), existen datos más que suficientes, para mantener en este momento de la investigación, que las referidas adjudicaciones fueron realizadas sin expediente administrativo alguno, lo que por sí solo constituiría delito de prevaricación,(*STS 406/2004 de 31 de marzo*), pues como afirma esa Excelentísima Sala en (*Sentencia 743/2013 de 11 de octubre*), " concretamente cuando se trata de infracciones del procedimiento, la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se cumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales. 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. 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, otra 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" (STS 1658/2003). 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. Son, en este sentido, trámites esenciales". (STS 331/2003)" (subrayado nuestro).

Consta también, según la Exposición, que con posterioridad a la adjudicación se procedió a " crear" mediante documentos falsos, la apariencia de unos expedientes administrativos, con el fin de dar cobertura legal a las infracciones cometidas.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Por lo expuesto,

El MINISTERIO FISCAL SUPLICA a la SALA, que admita su competencia sobre la aforada y no sobre el resto de personas relacionadas en la 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 artículo 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.

OTROSÍ:

Se acompañan los Documentos 1, 2, 3 y 4 para su incorporación a autos.

Madrid, a 24 de julio de 2015

Fdo: FIDEL ÁNGEL CADENA SERRANO
FISCAL DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO