

# JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 TOLEDO

AUTO: 00068/2017

-

C/MARQUES DE MENDIGORRIA Teléfono: 925 39 60 44-48

Equipo/usuario: 01

Modelo: 426500

N.I.G.: 45168 41 2 2015 0074812

## DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000904 /2015

Delito/Delito Leve: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Denunciante/Querellante: ASOCIACION DE ABOGADOS DEMOCRATAS POR EUROPA (A.D.A.D.E), ASO. LIBRE DE ABOGADOS (ALA), ECOLOGISTAS EN ACCION, IZQ.UNIDA, FEDE.LOS VERDES , ASOCIACION OBSERVATORI DE DRETS HUMANS (DESC)

Procurador/a:  $D/D^a$  MARIOLA HIPOLITO GONZALEZ, EVA MARIA FRANCES RESINO , ANA MARIA LOPEZ FRIAS Abogado/a:  $D/D^a$  FRANCISCO JOSE MONTIEL LARA, ALEJANDRO GAMEZ SELMA , GONZALO BOYE TUSET

Contra: MARIA PAZ RUIZ GONZALEZ, FERNANDO SANZ DOMINGUEZ , FERNANDO FERNANDEZ GAITAN , MARIA JOSEFA RIVAS RIVAS , FERNANDO CIRUJANO GUTIERREZ , LUIS FERNANDO DEL RIVERO ASENSIO , MANUEL MANRIQUE CECILIA , JOSE ANGEL CAÑAS CAÑADA , LAMBERTO GARCIA PINEDA , JOSE MANUEL MOLINA GARCIA

Procurador/a: D/Dª CRISTINA VILLAMOR LOPEZ, , CRISTINA VILLAMOR LOPEZ , , , TERESA DORREGO RODRIGUEZ , , ROSA MARIA GOMEZ CALCERRADA GUILLEN , ROSA MARIA GOMEZ CALCERRADA GUILLEN , ANA ISABEL VIRTUDES GONZALEZ

Abogado/a: D/Dª RAUL GOMEZ RAMIREZ, VICTOR JOSE SANCHEZ BEATO OÑORO , RAUL GOMEZ RAMIREZ , VICTOR JOSE SANCHEZ BEATO OÑORO , CARLOS GOMEZ-JARA DIEZ , , JESUS IGNACIO SANTOS ALONSO , MARIA MASSO MOREU , VICTOR JOSE SANCHEZ BEATO OÑORO

#### AUTO

En Toledo, a 6 de junio de 2017

#### **HECHOS**

**ÚNICO.-** Mediante auto de fecha 23 de marzo de 2015 el magistrado del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional acordó remitir testimonio de sus diligencias previas 275/2008 al Juzgado decano de Toledo.

Una vez remitida la causa a este órgano jurisdiccional se han practicado las siguientes diligencias: se ha librado oficio a D. Fernando Arredondo Sánchez de la Poza, economista municipal, D. Jerónimo Martínez García, secretario de gobierno en 2008, y D. Juan Suardíaz Álvarez, jefe del Servicio de Obras, Infraestructuras y Medio Ambiente en 2008, a fin de que emitieran informe que explicitare si "el



acuerdo de ejecución y mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión", de fecha 15 de noviembre de 2007 (suscrito por D. Francisco Javier Marín Cabeza, quien fue concejal de Hacienda del Ayuntamiento de Toledo y D. Ignacio Triana Gracián), el acuerdo final que fue adoptado por decreto del Alcalde-presidente del Ayuntamiento de Toledo y el posterior acuerdo de ratificación del mismo aprobado por la Junta de Gobierno de la ciudad de Toledo, en fecha 24 de enero de 2008, tenían un contenido y consecuencias similares al "protocolo" que fue celebrado el día 21 de mayo de 2007; se acordó librar oficio al Sr. secretario del Excmo. Ayuntamiento de Toledo, al efecto de que remitiera testimonio del acta de la reunión de la Junta de Gobierno de la ciudad de Toledo celebrada el día 23 de mayo de 2007; se dispuso librar oficio al Excmo. Ayuntamiento de Toledo para que, por el concejal de régimen interior del Ayuntamiento, se remitiera informe en el que se enumeraren las personas que desempeñaron sus servicios en el Ayuntamiento de Toledo, en el Servicio de Obras, Infraestructuras y Medio Ambiente y en el Servicio de Contratación durante 2007 y enero 2008; se acordó librar oficio al jefe del Negociado de Información y Registro del Ayuntamiento de Toledo, al efecto de que informara si existía asiento en el Registro General del Ayuntamiento, en el que se hubiera hecho constar la presentación o recepción del "protocolo" de 21 mayo de 2007; se dispuso librar oficio al presidente de la Junta de Contratación (concejal de patrimonio), al efecto de que informara si, con ocasión de la celebración de la Junta de Gobierno local del 23 de mayo de 2007, se emitió informe por parte de este Junta de Contratación (o la antigua Mesa de Contratación) o por otra comisión municipal para informar sobre la procedencia de aprobar el "protocolo" suscrito el 21 de mayo de 2007. Se ha recibido declaración en calidad de testigos a: D. Fernando Arredondo Sánchez de la Poza, D. Jerónimo Martínez García, D. Juan Suardíaz Álvarez, D. Francisco Javier Sánchez Rubio, D. Rosa María Cojo Martín, D. Pedro Sigüenza Hernández, D. Ignacio Triana Gracián y a D. Francisco Javier Martín Cabeza. Finalmente, se acordó la declaración, en calidad de investigados, de los concejales que asistieron y participaron en la Junta de Gobierno Local, celebrada el 23 de mayo de 2007. Tales diligencias deben ser integradas por la totalidad de las ya practicadas en el Juzgado Central número 5, cuyo testimonio ha quedado unido a las presentes actuaciones.



## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La jurisprudencia del TS ha descrito detalladamente los elementos o requisitos, que han de concurrir, con carácter general, para que se aprecie el delito de prevaricación. Concretamente, la STS de 19 de noviembre de 2008, los enumera del siguiente modo: "Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (véanse SSTS de 5 de marzo de 2003, 4 de diciembre de 2003 y 25 de septiembre de 2007 ó de 28 de marzo de 2006)".

En cuanto al concepto de "resolución", viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio y que afecta a los derechos de los administrados o a la colectividad en general (STS de 1 de julio de 2008). A la resolución como declaración de voluntad de contenido decisorio se refiere la STS de 8 de junio de 2006 en los siguientes términos: "... Como ha declarado esta Sala, por todas la STS de 22 de septiembre de 1993, 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. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales (lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos), como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparecía definido en el art. 89 de la Ley 30/92 del



Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente cuando los hechos investigados acaecieron), como "acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo".

En relación con el requisito relativo a la arbitrariedad de la resolución, el Alto Tribunal determina: "esta Sala viene repitiendo constantemente, tanto para la prevaricación administrativa como para la judicial, que no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. También es muy reiterada la doctrina de esta Sala a la hora de concretar el contenido de esa injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma o trámite esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento o fundamento, en el propio contenido sustancial de lo resuelto..." (de 19 de febrero de 2006), "... bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o porque suponga una desviación de poder..." (STS número 727/2000, de 23 de octubre) o si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero)". En este mismo sentido, la STS de 25 de septiembre de 2007.

Por tanto, "no basta que sea contraria a derecho (el control de legalidad administrativa corresponde al orden contencioso-administrativo). Para que constituya delito se requiere que sea injusta, lo que supone un "plus" de contradicción con el derecho. Es preciso que la ilegalidad sea evidente, patente, flagrante y clamorosa. El art. 404 del Código Penal ha puesto el acento en el dato más objetivo y seguro de la arbitrariedad" (STS de 21 de julio de 2005).

La STS de 17 de noviembre de 2005 describe en qué consiste técnicamente la arbitrariedad de la resolución cuando afirma: "Conforme resulta de bien conocida jurisprudencia (por todas, SSTS 257/2005, 28 de febrero, 1274/2004, 5 de



noviembre, 1720/2003, 23 de diciembre y 1526/1999, de 2 de noviembre) el elemento de "injusticia" -central en la configuración de la infracción de que se tratase cifra en el coeficiente de "arbitrariedad" de la decisión. Y 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. Es, por tanto, en la patente subversión de la *ratio legis* donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. "Injusta", pues, en sentido técnico jurídico ha de entenderse como claramente "arbitraria". Se exige, así, que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que, además, no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley (SSTS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, 8 de junio de 2006). La decisión, por tanto, se ha de basar en la tergiversación del derecho aplicable, que es reemplazado por la voluntad del funcionario.

Más concretamente, respecto de la omisión del procedimiento establecido para la adopción de una resolución administrativa como fórmula para la conducta prevaricadora, la STS de 28 de marzo de 2006, afirma: "Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). 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, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, entonces vigente).

Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este



sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992 (vigente cuando se produjeron los hechos aquí investigados), en el ámbito administrativo, disponía que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento. Otra cosa ocurrirá 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 sujete 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 núm. 331/2003, de 5 de marzo)".

La STS de 25 de septiembre de 2007, incluso, determina: "Tampoco, como se desprende de lo dicho hasta ahora, es decisivo el que el fondo de la cuestión pueda ser considerado conforme a Derecho. El carácter arbitrario de la resolución se deriva de la falta de competencia y de la omisión del procedimiento establecido, en cuanto causan la desaparición de las posibilidades de control por parte del Pleno del Ayuntamiento, al que correspondía finalmente decidir si aceptaba o no el reparo formulado por la intervención en uso de sus legítimas atribuciones, según la ley".

Respecto del dolo, el TS ha precisado: "Dolo es la actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa" (STS de 19 de noviembre de 2008). Ello no sólo elimina la posibilidad de comisión culposa sino también la comisión por dolo eventual (SSTS 1629/2000 de 19.10, 867/2003 de 22.9). De conformidad con lo expresado en la STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con



la locución "a sabiendas", se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración".

Ahora bien, en la comprensión del elemento subjetivo la jurisprudencia de la Sala Segunda ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario respecto de la resolución administrativa, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Así, se integra la prevaricación cuando "queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata" o cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución (STS de 8 de junio de 2006). Asimismo, el TS, en su STS de 22 de abril de 2004, nos recuerda que las razones políticas no pueden justificar la arbitrariedad: "El delito de prevaricación no queda excluido, en absoluto, por el hecho de que una resolución administrativa injusta se adopte por razones de índole política, pues la motivación política no es lo relevante sino la injusticia de la decisión y su adopción a sabiendas".

**SEGUNDO**.- Para analizar el modo en que se desarrolló la adjudicación del contrato de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y transporte, en régimen de concesión administrativa de la ciudad de Toledo es preciso considerar las valoraciones que, sobre aquél, extendió la Intervención General del Estado a través del informe que obra en los folios 323 y siguientes de las actuaciones. Este informe incluye, como aspectos singulares apreciables en el expediente, los siguientes:

- No se aporta al expediente la justificación de la elección del procedimiento de contratación elegido ni se motiva su necesidad. Tampoco se aporta un certificado de insuficiencia de medios que justifique la contratación.
- Concurre una falta de motivación en el informe de la consultora (que fue contratada ad hoc por el Ayuntamiento para la elaboración de un informe técnico que valorara las distintas ofertas presentadas) sobre los criterios en virtud de los cuales se incluyeron los vehículos y la maquinaria en cada



categoría. Asimismo, el valor económico de las mejoras no se otorgó por la comisión de valoración.

- La oferta de Sufi no incluyó las diferencias de salario que se producirían en los años sucesivos, ponderando únicamente la variación previsible del IPC en los gastos laborales. Consta que se requirió a esta sociedad para que presentara un informe sobre la viabilidad económica de su oferta, que fue aportado por la misma un día después de la emisión de la resolución por la que la instaba a adjuntar dicha documental.
- En el expediente de contratación no obra la resolución de la Concejalía de Hacienda en la que se adjudicó a la empresa Consultoría de Gestión de Empresa SL un contrato para asistir técnicamente a la Comisión de Valoración.

Las incidencias afectantes a la justificación del procedimiento de adjudicación y a la falta de motivación de criterios vinculados con el uso de los vehículos no gozan de la relevancia necesaria para ostentar repercusión jurídico-penal, conforme se desprende de la doctrina jurisprudencial relativa al delito de prevaricación, anteriormente expuesta. Tampoco la concerniente a la no inclusión en el expediente de adjudicación de la resolución por la que se designó a una empresa especializada para asesorar técnicamente a la Comisión de Valoración en la ponderación de las diferentes ofertas, puesto que consta acreditado por las diligencias practicadas y por el contenido del citado expediente que ello efectivamente sucedió, sin que obre dato alguno que permita concluir que esta adjudicación no se guió por parámetros legales. ΕI informe de la Intervención General, asimismo, pormenorizadamente el modo en el que la empresa consultora evaluó las diferentes ofertas en relación con los criterios de valoración incluidos en el pliego, sin detectar ningún tipo de anomalía o desviación en la labor de la consultora. Incluso, en lo concerniente a la viabilidad económica de la oferta de Sufi SA., consta que la empresa consultora, una vez que recibió documentación complementaria de Sufi, emitió informe en el que llegó a la conclusión de que existía una correlación entre los gastos directos y los precios unitarios descompuestos ofertados por Sufi SA. Es por ello por lo que las incidencias anteriormente enumeradas no gozan de la entidad y



relevancia para integrar el concepto de arbitrariedad propio del Derecho Penal, sin perjuicio de la repercusión que pudieran ostentar en el ámbito estrictamente administrativo.

Hemos de destacar, asimismo, que, tras la firma del contrato, la Junta de Gobierno de la ciudad de Toledo, en la sesión plenaria convocada por vía de urgencia y celebrada el 23 de mayo de 2007, ratificó un "protocolo" que implicaba una modificación del precio del contrato. Este "protocolo", según la denominación que las partes firmantes otorgaron al propio documento, está datado el día 21 de mayo de 2007. Se suscribió por D. Lamberto García Pineda, en calidad de vicealcalde y concejal de Hacienda y Empleo del Ayuntamiento, D. Manuel Fueris Beltrán, en representación de la empresa Sufi SA., y D. Balduino Martín-Forero Calvo, como presidente del comité de empresa. En él se establecieron dos estipulaciones: en la primera se pactó la modificación del convenio colectivo que iba a regir entre trabajadores y empresa; y en la segunda, se acordó una modificación del precio del contrato de limpieza (el precio que debía abonar el Ayuntamiento por la gestión de ese servicio público), el cual experimentaría un incremento anual del IPC del año anterior, más cinco puntos el primer año del nuevo convenio colectivo, e IPC del año anterior más seis puntos para el resto de los años. La Junta de Gobierno, en su sesión del día 23 de mayo de 2007, acordó ratificar este protocolo. Concretamente, en el acta de la sesión consta el siguiente texto: "En fecha de 21 de los corrientes se firma el documento de que se deja hecha referencia en el epígrafe, en orden a la modificación del convenio colectivo, según anexo adjunto. La Junta de Gobierno de la ciudad acuerda ratificar el mismo."

La ratificación del referido "protocolo" tuvo lugar el día 23 de mayo de 2007, unos meses después de que se concertara el contrato que motivó la incoación del expediente de contratación. Así, la adjudicación del contrato se acordó en la sesión de la Junta de Gobierno de la ciudad de Toledo de 21 de diciembre de 2006 y la suscripción del contrato tuvo lugar el 15 de enero de 2007.

La resolución de la Junta de Gobierno que aprobó el "protocolo", en los términos en los que este último estaba redactado, supuso, en la práctica, la modificación del precio del contrato. Concretamente, según consta en el informe elaborado por el economista municipal a este Juzgado, implicaba una diferencia al



alza de 9.186.005,05 euros adicionales respecto de la cantidad inicialmente ofrecida por el Ayuntamiento al adjudicatario como precio de la concesión. La ratificación del mencionado "protocolo" se produjo sin que fuera incoado expediente administrativo alguno ni se expidiera ningún tipo de informe por los técnicos y funcionarios del Ayuntamiento, aunque no alteró la competencia última del órgano competente para asumir la resolución adoptada, dado que fue la Junta de Gobierno municipal la que ratificó el mencionado "protocolo". Estas circunstancias han justificado que el informe elaborado por la Intervención General del Estado sobre el expediente de contratación haya calificado como nulo el acuerdo municipal que ratificó el tantas veces aludido "protocolo".

Los concejales que formaron parte de la Junta de Gobierno municipal durante el mandato del PP justificaron su comportamiento en las excepcionales circunstancias en las que se produjo la ratificación del "protocolo". Así, mencionaron que, poco tiempo después de que se celebrara el contrato por el Ayuntamiento, los trabajadores del servicio de limpieza anunciaron la realización de una huelga para solicitar a la empresa Sufi una mejora de sus condiciones laborales. Huelga que se pretendía desarrollar durante la celebración del Corpus, fecha en la que se preveía una afluencia numerosa de turistas a la ciudad de Toledo. No obstante, como ya se ha expuesto, nuestra jurisprudencia no elimina la tipicidad de la conducta en base a la concepción personal o subjetiva que cada funcionario mantenga sobre lo justo o lo injusto de la resolución dictada, sino que sostiene un criterio objetivista sobre tal elemento del tipo.

En segundo lugar, los concejales adujeron que la decisión por la que se aprobó el "protocolo" mantuvo un tenor meramente declarativo, es decir, que realmente no imponía la automática modificación del precio del contrato, sino que efectuaba una mera declaración de intenciones a través de la cual la corporación se obligaba a sustanciar el pertinente expediente administrativo para modificar el precio del contrato ulteriormente, a través de los cauces legales. Sobre tal cuestión, es evidente que los artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, entonces vigente, determinaban que los actos administrativos se presumirían válidos y producirían efectos desde la fecha en que se dictaren. Sin embargo, como corroboración de la versión ofrecida por los concejales investigados, es innegable que no consta que se



emitiera instrucción u orden alguna desde los integrantes de la corporación municipal, ya escrita, ya verbal, para que algún funcionario o empleado del Ayuntamiento procediera a ejecutar el tan mencionado "protocolo". Es decir, ninguno de los concejales investigados efectuó actuación alguna de ningún tipo en orden a procurar la ejecución del "protocolo" o a garantizar su ejecución. Tampoco consta que se incoara expediente o procedimiento alguno para ejecutarlo, de modo que el acuerdo de la Junta de Gobierno no llegó a generar consecuencias económicas para el municipio de Toledo, en la medida en que no se efectuó ningún tipo de actuación administrativa ulterior para su aplicación. Los concejales manifestaron que fue el propio secretario del Ayuntamiento el que informó a los asistentes en la Junta de que el acuerdo que iba a adoptarse carecía de efecto ejecutivo alguno. Este dato permite matizar en el presente supuesto el necesario elemento subjetivo que se exige en la comisión de este delito, es decir, el dolo y la conciencia de la antijuridicidad de la resolución administrativa.

Además, es constatable que, poco tiempo después de que fuera aprobado el "protocolo" (concretamente, el 15 de noviembre de 2007), la nueva Junta de Gobierno de la ciudad de Toledo, vinculada al PSOE, partido vencedor de las elecciones municipales que se celebraron el 27 de mayo de 2007, acordó, ya sí, incoar un nuevo expediente, relacionado con el mismo contrato de recogida de residuos, que se denominó "Acuerdo de Ejecución y Mantenimiento del Equilibrio Financiero de la Concesión". Dicho expediente comenzó con un documento suscrito por D. Francisco Javier Marón Cabeza, en calidad de concejal de Hacienda del Ayuntamiento de Toledo, y D. Ignacio Triana Gracián, como representante de Sufi SA. En este expediente, tras la emisión de los informes preceptivos provenientes del economista municipal, el secretario general de gobierno, el personal dependiente del Servicio de Obras, Infraestructuras y Medio Ambiente y el viceinterventor municipal, la nueva Junta acordó también un incremento del precio inicial pactado para el contrato de limpieza.

La nueva Junta de Gobierno, de esta forma, incoó un expediente que supuso un incremento del precio del contrato de servicio que tenía que abonar el Ayuntamiento a la adjudicataria Sufi SA., justificando tal decisión en la concurrencia de idénticas circunstancias a las que, con anterioridad, ponderó la Junta de Gobierno



anterior para ratificar el denominado "protocolo", cuales fueron las nuevas reivindicaciones laborales que formularon los empleados del servicio de limpieza poco tiempo después de que se formalizara el nuevo contrato con la sociedad Sufi SA., con motivo del vencimiento del convenio colectivo que regulaba sus relaciones laborales.

Es preciso reconocer que concurren algunas diferencias entre el contenido del "protocolo" y la resolución que puso término al expediente que se tramitó cuando la nueva junta, del PSOE, accedió al gobierno municipal. Las mismas se pueden centrar en los siguientes aspectos. El primero de ellos, que la nueva Junta tramitó esta modificación del precio del contrato bajo una figura jurídica diferente, mantenimiento del equilibrio de la concesión, regulado en el artículo 163 del Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (entonces vigente), en lugar de como una estricta modificación del precio del contrato.

El segundo, que mientras que el incremento del precio del contrato se dispuso, en el caso del "protocolo", desde la primera anualidad, ello no concurrió en la decisión que asumió el equipo de gobierno del PSOE, que decidió no alterar el precio durante el primer año del contrato, lo que era conforme con el artículo 30 del pliego de cláusulas económico-administrativas, que establecía que los precios unitarios no serían revisables durante el primer año. Esta diferencia conllevó que la resolución que aprobó la Junta de Gobierno del PSOE implicara, finalmente, un coste para la hacienda municipal menor del que hubiera podido comportar el acuerdo que fue aprobado por la del PP, en la medida en que este último, si se hubiera aplicado, hubiera supuesto un gasto para las arcas municipales que hubiera excedido en 2.754.054,20 euros el importe que, finalmente, fue asumido por el Ayuntamiento en el posterior expediente que fue sustanciado bajo el gobierno del PSOE (todo ello según se extrae de los datos obrantes en el informe elaborado a instancias de este Juzgado por el economista municipal).

La tercera discrepancia reseñable reside en los criterios que, para la modificación del precio del contrato, fueron empleados por cada equipo de gobierno. Así, en el "protocolo" se decidió incrementar su precio mediante un aumento anual calculado mediante el IPC correspondiente al año anterior más 5 puntos en el primer



año y un incremento del porcentaje del IPC del año anterior más 6 puntos para el resto de los años. En el caso de la decisión adoptada por el gobierno municipal vinculado al PSOE se pretendió mantener el método de revisión de precios del apartado noveno del contrato, acordándose que las actualizaciones que se llevaran a cabo sobre la base del IPC real del año anterior se compensaran en la repercusión que ostentaba en la revisión de precios el índice nacional de costes laborales del sector servicios, adoptando como referencia las tablas salariales del anexo que incluía el informe elaborado por el economista municipal aportado al expediente.

No obstante, ambas decisiones, tanto la asumida por la junta vinculada al PP como la posterior del PSOE, admitieron la posibilidad de que, bajo las circunstancias concurrentes, se alterara el precio del contrato y ambas consideraron que ello, además, era coherente con una recta interpretación del artículo 98 del Decreto Legislativo 2/2000 entonces vigente (principio de riesgo y ventura del contratista) y del artículo 19.1 del pliego de las cláusulas administrativas. Estipulación —esta última- que, en síntesis, imponía la obligación de que el contratista asumiera la total responsabilidad en el ajuste de las condiciones de trabajo del personal, según lo dispuesto en la legislación y en los convenios colectivos vigentes, dejando exento totalmente al Ayuntamiento sobre las cuestiones atinentes a las relaciones entre el contratista y su personal. Todo ello con el amparo de los servicios jurídicos del Ayuntamiento, que —en el seno del expediente ya sustanciado durante el mandato de la Junta adscrita al PSOE- consideraron adecuado a derecho el incremento del precio del contrato.

Esta última constatación impide sostener que la resolución analizada en este procedimiento (adoptada por la junta municipal el 23 de mayo de 2007) goce de las notas que caracterizan a la arbitrariedad, exigida por nuestra jurisprudencia para apreciar el delito de prevaricación, en la medida en que el contenido sustancial de la resolución administrativa dictada por la Junta vinculada al PP fue corroborada, en gran medida, por otra resolución ulterior aprobada por un posterior y diferente equipo de gobierno, incluso de diferente adscripción política, tras la incoación del pertinente expediente y con el informe favorable, entre otros, de los servicios jurídicos municipales.



Podemos evidenciar, en virtud de estas apreciaciones, que el acuerdo que adoptó la comisión municipal vinculada al PP, amén de que se dictó por el órgano competente para resolver la cuestión suscitada, en la medida en que fue la Junta de Gobierno la que lo aprobó, tuvo un contenido decisorio relativamente similar al que, con posterioridad, aprobó la corporación vinculada al PSOE, con las salvedades ya expuestas.

Se ha de inferir, por tanto, que en el presente supuesto no concurre en la conducta desplegada por los integrantes de la Junta de Gobierno municipal investigados en la presente causa por la posible comisión de un delito de prevaricación, ni el elemento subjetivo del injusto (el dolo de vulnerar el derecho aplicable) ni el objetivo, concerniente a la supuesta ilegalidad y arbitrariedad de la resolución administrativa, en la medida en que el resultado concreto que suponía la resolución aprobada el 23 de mayo de 2007 fue ratificada, implícitamente, por la Junta de Gobierno que se constituyó con posterioridad a la celebración de las elecciones municipales que tuvieron lugar en mayo de 2007.

Los argumentos expuestos en los párrafos precedentes permiten también desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Libre de Abogados, Ecologistas en acción, Izquierda Unida, Federación Los Verdes, frente a la providencia de fecha 3 de marzo de 2017, que denegó la solicitud formulada por esta acusación para citar en calidad de investigado a Jerónimo Martínez García, secretario general de gobierno del Ayuntamiento de Toledo. El mismo manifestó en su declaración en sede judicial que él consideraba que la aprobación del "protocolo" no gozaba de efecto ejecutivo propio, sino que implicaba un mero compromiso de la corporación municipal de tramitar el pertinente expediente para, en su caso, alterar las condiciones iniciales de la concesión, afirmación que es coherente con la actuación que desplegaron los integrantes de la Junta de Gobierno con posterioridad a la celebración del pleno municipal del 23 de mayo de 2007, como ya se ha expuesto. No obstante, el principal argumento por el que no se aprecia la comisión del delito de prevaricación en la conducta del funcionario municipal mencionado es por la consideración de que el contenido del acuerdo de la Junta de Gobierno que ratificó el "protocolo" no puede calificarse como arbitrario, al mantener un contenido decisorio muy similar al que asumió la Junta de Gobierno municipal, vinculada al



PSOE, que se constituyó tras la celebración de las elecciones municipales que se celebraron en mayo de 2007. Hay que resaltar que la resolución que adoptó el gobierno del PSOE fue avalado por el informe que diferentes funcionarios municipales emitieron en el seno del expediente que se sustanció, entre los que se hallaban el economista municipal, el jefe del Servicio de Obras e Infraestructuras y el jefe de los servicios jurídicos municipales, quien era el propio Sr. Martínez García. Este último informe amparó la modificación de dicho precio en la consideración de que dicha eventualidad podía encuadrarse en la figura jurídica de la alteración del equilibrio económico de la concesión y que la modificación del convenio colectivo podía constituir una circunstancia sobrevenida e imprevisible, en la interpretación de la normativa que, sobre contratación pública, estaba entonces vigente (Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Contratos de las Administraciones Públicas). Por consiguiente, considerándose que la cuestión relativa a la alteración del precio del contrato era interpretable en este supuesto, no procede calificar como arbitraria la resolución administrativa dictada por la Junta de Gobierno del PP. Estas afirmaciones también justifican la denegación de las diligencias de investigación que la misma parte recurrente solicitó mediante su escrito de fecha 28 de marzo de 2017.

**TERCERO.-** Los artículos 419 y siguientes del Código Penal, en la redacción que mantenían con carácter previo a la modificación introducida en su contenido por la Ley Orgánica 1/2015, sancionan a las autoridades o funcionarios públicos que recibieran o admitieran dádiva, favor o retribución por la realización de actos, ya contrarios a las funciones propias de su cargo, ya para la ejecución de actuaciones propias de dicho cargo. También sancionan a los particulares que ofrecieren o entregaren dádiva o retribución de cualquier índole a autoridad o funcionario público para que estos realizaran actos propios de su cargo o actos contrarios al mismo o para que no realice o demore el que debiera realizar.

En relación con la conducta típica, la misma ha de estar vinculada necesariamente con el ejercicio del cargo de la autoridad o cargo público, si bien no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando que el mismo se vea



facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho (STS 504/2003, de 2 de abril). Por tanto, los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que a la autoridad o funcionario le es posible la realización del acto requerido con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser, precisamente, un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ellas relacionado.

En relación a la posible comisión de un delito de cohecho en esta causa, consta en las actuaciones un documento con la firma y rúbrica de D. José Ángel Cañas Cañada, quien fue gerente del PP de Castilla La Mancha desde 2007, que contiene la siguiente declaración: "He recibido de Luis Bárcenas con fecha de 12/02/2007 100.000 euros y con fecha 28/3/2007 100.000 euros. Madrid, 28 de marzo de 2007". En su margen inferior derecho consta también anotado en sendos líneas: "Luis del R." y "M. Manrique".

D. Luis Bárcenas manifestó durante su declaración ante el Juzgado Central de Instrucción Número 5, que el Sr. Cañas, antes aludido, firmó este documento como consecuencia de la entrega que él efectuó personalmente a D. José Ángel Cañas de 200.000 euros, dinero que –previamente- el Sr. Bárcenas había recibido de la sociedad Sacyr, en cuyo grupo empresarial está integrada Sufi SA., adjudicataria del contrato de limpieza. Y todo ello tras la celebración de una supuesta reunión acontecida en el año 2007 (en la que participó D. Luis Bárcenas), en la que concurrieron representantes del PP y de la sociedad Sacyr y en la que los primeros solicitaron una ayuda económica a la aludida sociedad constructora con el objetivo de que auxiliara al PP en la financiación de la campaña electoral que estaba en aquel momento desarrollándose.

La existencia de la referida reunión fue negada por las personas que fueron citadas por el Sr. Bárcenas en la declaración que este último prestó ante la Audiencia Nacional. El propio Sr. Cañas, cuando declaró ante el Juzgado Central de Instrucción número 5, negó también hacer recibido dinero alguno de manos del Sr.



Bárcenas o cualquier otro que estuviera relacionado con la percepción o cobro de comisiones ilegales en calidad de gerente del PP castellano-manchego. Ahora bien, D. José Ángel Cañas sí admitió que él firmó y escribió de su propio puño y letra el texto que contiene el recibí. Dato que fue corroborado por la prueba pericial caligráfica que fue acordada por el Juzgado Central de Instrucción número 5. Es evidente que en este recibí el Sr. Cañas declaró haber percibido de D. Luis Bárcenas una cuantía económica notable (200.000 euros). En su declaración en sede judicial matizó que, aunque lo firmó, no percibió suma económica alguna. Para justificar tan extraño comportamiento, el Sr. Cañas expresó que el Sr. Bárcenas le exigió, como superior suyo, que suscribiera ese documento para poder justificar así su gestión económica ante otras instancias del partido.

Ciertamente, es ilógico que una persona como el Sr. Cañas, licenciado en Derecho que desde el año 2003 asumió funciones de cierta relevancia en el Partido Popular (primero como gerente provincial de Cuenca y, a partir de 2007, a título de gerente regional de Castilla La Mancha del PP), firmara un recibí declarando percibir una suma de dinero de relevante cuantía (200.000 euros) sin que, realmente, existiera ninguna contraprestación económica correlativa a la declaración que en tal documento se efectuaba. Pero, aunque se pudiera considerar acreditada la entrega de esta suma de dinero, no se ha aportado a los autos prueba, ya directa, ya indiciaria, en virtud de la cual pueda establecerse con rigor el origen de esta cuantía económica (más allá de las abreviaturas que se contienen en aquel documento) ni la vinculación que esta supuesta entrega pudiera mantener con el contrato de recogida de residuos objeto de esta instrucción.

Es necesario recordar que, para que se pueda apreciar el delito de cohecho, no es sólo necesario que se acredite la entrega de una determinada suma económica a una autoridad o funcionario público, sino que es imprescindible que se acredite una relación causal y una vinculación entre dicha partida económica y las funciones y el cargo que desempeña la autoridad o funcionario perceptor de la prestación o promesa económica. Sin embargo, este elemento del tipo, como lo ratifica lo expuesto en los precedentes razonamientos jurídicos de esta resolución, no ha quedado acreditado por el resultado de las diligencias probatorias practicadas en la presente causa, al no haberse obtenido prueba a través de la cual pudiera



inferirse no sólo que concurrió una entrega económica de dinero, sino que dicha suma estaba destinada a concretos funcionarios o autoridades públicas, en orden a recompensarlos por una determinada actuación vinculada con la esfera de sus competencias.

Asimismo, aun en el supuesto en el que se entendiera probada esta entrega de 200.000 euros al Sr. Cañas, tampoco cabría apreciar un posible delito de financiación ilegal de partidos políticos (tipificado en los artículos 304.bis y 304.ter del Código Penal) en la medida en que dichos tipos penales entraron en vigor el día 1 de julio de 2015, mediante la reforma que se efectuó en el Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015, es decir, en una fecha muy posterior al momento en el que tuvo lugar la firma del recibí que se ha aportado a las actuaciones.

Por todo lo expuesto, procede acordar el sobreseimiento de las actuaciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 637.2 LECrim.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

### **PARTE DISPOSITIVA**

**SE DESESTIMA EL RECURSO** interpuesto por la Asociación Libre de Abogados, Ecologistas en acción, Izquierda Unida, Federación Los Verdes frente a la providencia de 3 de marzo de 2017, que se confirma en su integridad.

#### SE ACUERDA EL SOBRESEIMIENTO LIBRE de la presente causa.

Notifíquese a las partes, con indicación de que contra el pronunciamiento relativo a la desestimación del recurso interpuesto cabe interponer recurso de apelación a interponer en este órgano en el plazo de 5 días. El pronunciamiento concerniente al sobreseimiento de la causa es susceptible de ser recurrido en: reforma ante este órgano en el plazo de tres días desde la notificación de la presente; o en apelación, ya subsidiariamente (en el mismo plazo de tres días), ya de forma directa (en el plazo de cinco días desde la notificación).



