



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N. 3 MELILLA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

TORRE NORTE EDIFICIO V CENTENARIO PLANTA 9
Teléfono: 952699049 952699048 Fax: 952699044
083500

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000162 /2013

N.I.G: 52001 41 2 2013 1048765

Delito/Falta: PREVARICACION ADMINISTRATIVA

Denunciante/Querellante:

Procurador/a:

Abogado:

Contra:

Procurador/a:

Abogado:

EXPOSICIÓN RAZONADA

En Melilla, a 23 de octubre de 2015

Que formula y eleva a V.E., Fernando Germán Portillo Rodrigo, magistrado del **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Melilla**, en relación con las Diligencias Previas nº 162/13, que se tramitan en este Juzgado e inicialmente por los siguientes indicios, que pudieran ser constitutivos de un **delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal (en adelante CP) y un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el art. 432 CP**, sin que esta valoración inicial tenga carácter vinculante y sobre los que seguidamente se argumentará, sin perjuicio de la calificación que corresponda en el momento procesal oportuno y por si procediera llevar a cabo la instrucción de la causa que resulta dirigida, principalmente, contra D. JUAN JOSÉ IMBRODA ORTIZ, **Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla y Senador de las Cortes Generales, al tratarse de persona aforada.**

El aforamiento de D. Juan José Imbroda Ortiz, deriva de su condición de Senador de las Cortes Generales, al estar en posesión del acta que acredita dicha dignidad, tal y como se puede consultar en la página *web* del Senado www.senado.es.

En atención a los razonamientos fácticos y jurídicos expuestos más adelante, considero y así lo expongo a V.E., que la competencia objetiva para la instrucción y enjuiciamiento de esta pieza separada corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que V.E. preside, salvo Su mejor criterio.

Siguiendo los trámites previstos en el **art. 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** (en adelante LECR), elevo a V.E., la presente exposición razonada por si considerase procedente asumir la competencia para el conocimiento de la causa.

PRIMERO. LEGISLACIÓN Y DOCTRINA APLICABLES AL CASO CONCRETO

I. Esta exposición motivada se eleva a V.E., al amparo de lo dispuesto en el **art. 71.3 de la Constitución Española** (en adelante CE) y el **art. 57.1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial** (en adelante LOPJ), que establece que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá de «*la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía*».

II. En nuestro ordenamiento jurídico procesal no se contempla la inhibición directa a favor de un órgano superior, sino que es preciso, conforme a lo previsto en el **art. 759.2º LECR**, que el órgano inferior que considere que se deba inhibir eleve la correspondiente Exposición Motivada, ya que «*ningún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, podrá promover cuestiones de competencia a las Audiencias respectivas, sino exponerles, oído el Ministerio Fiscal por plazo de un día, las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento del asunto*».

III. Dispone el ATSJ Madrid de 31 de marzo de 2009 (rollo nº 8/2009) que «*a fin de restringir la intervención, siempre excepcional, del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia en el enjuiciamiento de conductas delictivas, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo exigiendo en estos casos, no sólo la concreción de las personas aforadas, sino la presencia inicial de un principio de indicios relevantes que permitan deducir una cierta consistencia de la imputación que habría de realizarse a continuación a tales personas*»

En este sentido, el ATS de 11 de mayo de 2006 (Sala Segunda), destaca que en estos casos posibles de aforados en una causa penal «*el deber del Instructor de investigar todo lo relativo al hecho delictivo, en especial lo concerniente a la individualización de las personas responsables de los delitos que pudieran haberse cometido y, en función del carácter excepcional de las normas que atribuyen competencia al Tribunal Supremo para conocer de las causas criminales contra las personas aforadas por razón de los cargos que desempeñan, justifica el que venga exigiendo cuando se imputan actuaciones criminales a un grupo de personas y alguna de ellas tiene el carácter de aforado, no sólo que se individualice la conducta concreta que respecto a ese aforado pudiera ser constitutiva de delito, sino también que haya algún indicio o principio de prueba que pudiera servir de apoyo a tal imputación (v. autos de esta Sala dictados en causas especiales: de 26/1/1998 [RJ 1998, 2421] núm. 4120/97; de 7 y 29 de octubre de 1999 núm. 2030/99 y 2960/99; de 2/1/2000 número 2400/99; de 5/12/2001 núm. 6/01; de 6/9/2002 núm. 36/02, entre otros), de ahí que para que proceda declarar su competencia sea menester que existan suficientes indicios de responsabilidad contra la persona aforada (v. art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912 [LEG 1912, 11])»*

Debe concluirse que cuando la investigación penal se dirige contra aforados y no aforados, el Juzgado de Instrucción habrá de agotar la instrucción en todo lo que fuera posible, sin dirigir el procedimiento contra el aforado, con el límite de su toma de declaración (ATSJ Andalucía de 12 de noviembre de 2012), ya que, como señaló el ATSJ Madrid de 16 de mayo de 2012, es este Tribunal (a través del Magistrado nombrado para instruir la causa) quien debe decidir sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio del aforado.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, como señala el ATSJ Comunidad Valenciana de 23 de febrero de 2012, que «*con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico procesal un órgano jurisdiccional de grado inferior no puede determinar en ningún caso la competencia de un tribunal de grado superior, ni puede, por tanto, inhibirse del conocimiento de un asunto a favor de este último. La inhibición sólo es procedente entre órganos de igual grado. En especial, para el*

procedimiento abreviado, el artículo 759, 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que ningún juez de instrucción podrá promover cuestión de competencia a un órgano superior - literalmente dice "a las Audiencias respectivas", que es el caso normal, pero debe entenderse que el precepto se refiere a todo órgano de grado jurisdiccional superior, incluyendo, obviamente, a los Tribunales Superiores de Justicia y al Tribunal Supremo-, lo que supone que no es procedente inhibirse y remitir lo actuado. La norma dispone que lo que se debe hacer por el Juez de instrucción, oídas las partes y el Fiscal, es dictar una resolución acordando lo procedente y exponer luego al órgano de grado superior las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento de un asunto (naturalmente sin remisión de las actuaciones originales que deben permanecer en el Juzgado, aunque sí del testimonio de aquello que sea necesario para resolver sobre la competencia), siendo este Tribunal el que decidirá lo procedente, comunicando la resolución al Juzgado para su cumplimiento y ordenándole, en su caso, la remisión de las actuaciones»

Continua señalando esta resolución citada que «esa exposición razonada, no puede consistir en una mera relación de los episodios procesales acontecidos durante la sustanciación del procedimiento, sino que debe contener, necesariamente, una relación de los hechos concretos de aparente significación delictiva de los que se ha tenido conocimiento por el Instructor y que resulten atribuibles, en términos de imputabilidad, a la persona aforada, pues sólo en ese caso puede este Tribunal fijar su competencia para el conocimiento de esos hechos determinados, y si, por cualquier eventualidad, ese escrito inicial que contuviera una expresa imputación fáctica contra persona aforada, se presentara indebidamente ante un órgano jurisdiccional diferente, éste deberá proceder, sin más, a su inmediata remisión al que resulte ser su único destinatario (sin pronunciarse sobre la denuncia o querrela y sin poder inhibirse del conocimiento de unos hechos respecto de los que carece de competencia objetiva). El tribunal ante el que esté aforado el denunciado o querrellado resolverá, en primer lugar, sobre la asunción de su propia competencia para el conocimiento de los hechos expuestos en la denuncia o querrela y, luego, sobre su admisión o no a trámite y la incoación, en su caso, del procedimiento que corresponda»

IV. Entiende quien suscribe que en este momento procesal la continuación de la instrucción de este procedimiento requiere dirigirla, definitivamente, contra la persona aforada, a fin de tomarle a ésta declaración y demás diligencias de investigación que procedan, por lo que es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la competente para dirigir la instrucción y enjuiciamiento de la misma, por ser a juicio del que suscribe la legalmente competente para la continuación de la instrucción.

SEGUNDO. ANTECEDENTES DE HECHO DEL PROCEDIMIENTO

I. La presente causa se incoó en virtud de denuncia de **D. Julio Liarte Parrés**, personándose posteriormente en la misma el partido político de la Ciudad **Populares en Libertad** del que el primero era entonces Presidente. Con posterioridad, se personó en la presente causa el sindicato **Colectivos de Funcionarios Públicos Manos Limpias**, y más tarde se acumuló a las presentes las Diligencias Previas nº 224/14 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Melilla, iniciada en virtud de denuncia de **D. Emilio Bosch Borrero** y relativa a los mismos hechos.

II. El objeto de esta instrucción ha consistido en averiguar si los convenios de colaboración suscritos por la Ciudad Autónoma de Melilla con los diferentes medios de comunicación que desarrollan su función en la ciudad, convenios firmados en su mayoría por D. Juan José Imbroda Ortiz, se han realizado de manera contraria a lo previsto en la legislación aplicable y, si esto fuera así, si dicha forma de proceder pudiera estar expresamente prevista y penada en el Código Penal.

III. Las **diligencias de investigación** practicadas en la presente causa son las siguientes:

- Se ha recabado de la **Ciudad Autónoma de Melilla de Melilla** diferente **documentación** relativa a los citados convenios de colaboración, así como éstos mismos y todo lo referentes a su aprobación.
- Se ha recabado de los diferentes **medios de comunicación implicados**, las **facturas** de los pagos realizados por la Ciudad Autónoma de Melilla en cumplimiento de dichos convenios de colaboración.
- Se ha ordenado la elaboración de un **informe pericial** (dividido en dos partes) por parte de la **Intervención General de la Administración del Estado** (en adelante IGAE), recabándose para dicho informe la **documentación interesada** por dicha Intervención a diferentes organismos oficiales (agencia Tributaria, por ejemplo) y habiéndose librado oficio a la **Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil de Melilla** para que auxilie a ésta en las labores que necesitaba, con el correspondiente informe.
- Se ha interesado de las **partes personadas**, informe sobre la conveniencia de elevar la presente causa al Tribunal Supremo, habiendo informado todas favorablemente a ello ante la posible concurrencia de un delito de prevaricación administrativa y un delito de malversación de caudales públicos, siendo que el **Ministerio Fiscal** ha informado en sentido negativo al no apreciar indicios de delito. Reseñar que el Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias ha interesado, junto con la elevación de la presente exposición razonada, la práctica de diligencias de investigación que no es posible practicar independientemente de la valoración que merezcan las mismas, en orden a su oportunidad o utilidad, dado que, asumida la convicción interna de que corresponde al Tribunal Supremo la instrucción de la presente causa al ir la misma dirigida contra una persona aforada, este juzgado estaría usurpando al mismo las competencias que por Ley Orgánica le corresponden.

TERCERO. RELACIÓN DE HECHOS CONCRETOS DE APARENTE SIGNIFICACIÓN DELICTIVA Y QUE RESULTAN ATRIBUIBLES, EN TÉRMINOS DE IMPUTABILIDAD, A LA PERSONA AFORADA, ASÍ COMO SU SIGNIFICACIÓN JURÍDICA

Con la provisionalidad propia del momento procesal en el que nos encontramos, sin que esta enumeración de hechos e indicios sea vinculante y sin que en modo alguno puedan considerarse hechos probados, se desprenden los siguientes respecto de los delitos que vamos a referir:

A) DELITO DE PREVARICACIÓN

Dispone el art. 404 CP que «*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años*»

Aunque puede resultar superfluo referir a continuación de forma extensa los elementos que, según reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal, deben concurrir para que una conducta pueda quedar encuadrada en este tipo penal, conviene tener presente que la

reciente STS de 30 de julio de 2014 (Sala Segunda), en su Fundamento de Derecho Segundo, expresamente indica que «*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, 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*»

Asimismo, una Jurisprudencia reiterada de esta Sala - STS 1021/2013, de 26 de noviembre, 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho”.

Analicemos en términos de imputabilidad de la persona aforada cada uno de estos cinco requisitos en relación con los hechos de apariencia delictiva expuestos:

1. Que concurra una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo.

En el presente caso, con la provisionalidad del momento procesal en el que nos encontramos, pocas dudas pueden existir a cerca de que D. Juan José Imbroda Ortiz, Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla y Senador de las Cortes Generales, al firmar los distintos convenios de colaboración con los medios locales que son objeto de investigación (enumerados en el anexo I de la primera parte del informe pericial de la IGAE¹ y en el anexo II de la segunda parte de dicho informe²), resolvía asuntos administrativos, pues no hay que olvidar el objeto de dichos convenios era proveerse la Ciudad Autónoma de Melilla, ente administrativo local, de publicidad institucional.

¹ folio nº 1.930

² folio nº 2.251

Toda vez más si se tiene en cuenta que usando la forma de convenio de colaboración se ha eludido, presuntamente y tal y como ahora veremos, la aplicación de la legislación estatal en materia de contratación administrativa, materia ésta de la contratación pública que nadie duda que conforma actos administrativos susceptibles de quedar encuadrados en el delito de prevaricación administrativa que nos ocupa, caso de firmar dichos contratos a sabiendas en contra de la ley.

La concurrencia de este elemento no ha suscitado ninguna controversia.

2. Que sea objetivamente contraria al derecho, es decir, ilegal.

Igualmente, con la provisionalidad propia del momento procesal en que nos encontramos, existen indicios de que la firma de los convenios de colaboración con los medios de comunicación locales ha vulnerado la legislación estatal en materia de contratación pública, esto es, el vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que ha refundido la anterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y el más antiguo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), desarrollado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), y ello según la fecha del convenio en cuestión.

En este sentido, la primera parte del informe pericial de la IGAE es demoledor, y a sus conclusiones nos remitimos³.

Así, adoptando la forma de una figura jurídica poco regulada, los convenios de colaboración, y de una forma muy burda (como luego referiremos), se ha eludido la aplicación de la referida legislación en materia de contratación pública, pues parece claro que con dichos convenios la Ciudad Autónoma de Melilla, a través de su Presidente, concertaba con empresas privadas su publicidad institucional bajo precio (esto es, onerosamente), lo que coincide abiertamente con la definición de contrato administrativo sujeto a la ley específica (art 5 TRLCAP, art. 2 TRLCSP y art. 2 LCSP). Son contratos administrativos, sí, pero a los que se le ha dado "forma" de convenio de colaboración, eludiéndose así los principios propios de la legislación contractual pública, esto es, los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, pues para su firma, repetimos, no se ha seguido ningún tipo de procedimiento.

No se comparten, pues, las afirmaciones del Ministerio Fiscal acerca de la legalidad de este modo de proceder con base en que los convenios de colaboración tienen cobertura legal. Claro que la tienen, pues los convenios de colaboración no son ilegales *per sé*. El problema surge cuando se recurre a esta difusa figura, cuyo origen en todo caso se encuentra en la colaboración entre administraciones (de ahí su nombre), para realizar contratos sin sujetarse a la legislación específica, que es lo que se concluye con base en el informe de la IGAE.

Ya lo advirtió el Tribunal de Cuentas, «el convenio de colaboración es una figura de escasa regulación en nuestro ordenamiento jurídico que genera prácticas que soslayan la aplicación de legislación contractual o de subvenciones, discurriendo la gestión de fondos públicos por cauces jurídicamente inseguros», habiendo advertido su uso creciente por las distintas administraciones para concertar pagos de dinero con otras administraciones o, incluso, con particulares. En este sentido, el Pleno del Tribunal de Cuentas de 30 noviembre 2010 en el que propone a las Cortes Generales la configuración de un marco legal adecuado y suficiente para el empleo del convenio de colaboración, y que dio lugar a la Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión

³ folios nº 1.918 y siguientes

Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con la Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas, que quedó en nada⁴.

Los informes del Tribunal de Cuentas en esta materia han sido siempre claros: en la mayoría de las ocasiones estos convenios de colaboración se celebran sin norma habilitante específica y sin promover la publicidad o la concurrencia de distintos sujetos, encontrándonos en ocasiones que bajo su forma se llevan a cabo auténticos contratos administrativos o se llevan a cabo de facto subvenciones sin sujetarse, en un caso y en otro, a su respectiva regulación.

Por ello, así mismo, no puede compartirse el informe del Ministerio Fiscal que, poniendo al mismo nivel los informes jurídicos de la propia Ciudad Autónoma de Melilla que obran en la causa con el informe pericial de la IGAE, sin duda más objetivo, concluye que cuanto menos es discutible que estos convenios de colaboración sean ilegales.

Porque es que parece que esta duda no la tiene ya ni siquiera la misma Ciudad Autónoma de Melilla, la cual ha promovido en este año 2015, posiblemente a consecuencia de la presente causa, la licitación pública de los contratos de publicidad institucional, dejado así claro que con la firma de estos convenios de colaboración durante todos estos años no se ha ajustado a la Ley, sino que lo adecuado en derecho es, tal y como hace ahora, celebrar contratos administrativos siguiendo el procedimiento establecido en la legislación de contratos públicos^{5 6}.

Como curiosidad indicar que finalmente los pliegos de dichas licitaciones del contrato de publicidad institucional han sido anulados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del Gobierno de España^{7 8}.

En definitiva, este modo con el que la Ciudad Autónoma de Melilla, por medio de su Presidente, ha concertado la publicidad institucional es contrario a la legislación de contratos públicos a la que debería haberse ajustado, tal y como ella misma ha venido a reconocer con este modo proceder en el presente año 2015.

A mayor abundamiento, no se entiende que el Ministerio Fiscal enumere algunas sentencias del Tribunal Constitucional a cerca del reparto equitativo de publicidad institucional para justificar la legalidad de este modo de hacer, no obstante, repetimos, la fulminante conclusión del informe pericial de la IGAE, y sin embargo soslaye que esta misma jurisprudencia exige que este reparto respete los principios de transparencia, igualdad, objetividad, publicidad y libre concurrencia, advirtiendo incluso que la violación de los mismos pone en peligro la independencia o incluso supervivencia de los medios de comunicación social (STS 104/2014, FJ 4). Es decir, el Tribunal Constitucional, en las sentencias transcritas por el Ministerio Fiscal, no defiende la legalidad de los convenios de colaboración, sino la necesidad de que los poderes públicos repartan equitativamente la publicidad de acuerdo con unos principios que son precisamente los que garantiza la legislación de contratos públicos (estas mismas sentencias hablan de "contratación publicitaria") y los que, parece evidente, no se han respetado en la firma de ninguno de los convenios objeto de investigación, de ahí la conclusión alcanzada.

⁴ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-2853

⁵ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2015-4490

⁶ <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/18/pdfs/BOE-B-2015-8494.pdf>

⁷ <https://www.documentcloud.org/documents/2086585-resolucion-pliegos-publi.html>

⁸ http://www.melilla.es/melillaportal/contratante/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_13565_1.pdf

Con ello, además, entendemos que queda superada cualquier apariencia de legalidad que pudiera resultar del Auto del Tribunal de Cuentas de 5 de marzo de 2013⁹ y del previo Acta de liquidación provisional del mismo Tribunal de Cuentas de 8 de enero de 2013¹⁰, pues tal y como explica convenientemente la IGAE en la segunda parte de su informe pericial, no es posible confundir la función de meramente fiscalizadora o contable del Tribunal de Cuentas con la función de investigación de los delitos que corresponde a los juzgados de instrucción, habiendo dejado el primero sin analizar aquellos aspectos que, precisamente, son objeto de investigación en las presentes, como el ajuste de los convenios a la legalidad¹¹. Por ello, en definitiva, el citado Auto acuerda «no incoar *procedimiento de reintegro por alcance*», y lo hace con base en un Acta que expresamente dice que el enjuiciamiento de la regularidad del procedimiento seguido para tramitar los contratos/convenios «excede de las competencias de la presente jurisdicción contable», Acta que, recordemos, se llama “de liquidación provisional” y que concluye que los hechos denunciados no reúnen los requisitos establecidos «para generar *responsabilidad contable por alcance*».

3. 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 el presente caso, y siempre en términos de estricta provisionalidad, existen indicios de que la infracción del ordenamiento jurídico, en concreto de la legislación en materia de contratación pública, ha sido tan flagrante y manifiesta que no puede por menos que llenar el tipo de prevaricación que nos ocupa.

El primer indicio de ello lo hayamos en lo expuesto en el punto anterior acerca de cómo la misma Ciudad Autónoma de Melilla ha modificado su criterio y ha pasado de firmar convenios de colaboración con los medios de comunicación local a licitar la contratación pública de la publicidad institucional, echando por tierra todos aquellos argumentos técnicos-jurídicos esgrimidos desde el propio ente local acerca de la corrección de dichos convenios¹², pudiendo afirmarse que se ha quitado la razón a sí misma en este punto (y al Ministerio Fiscal, al haber basado el Ministerio público su petición de archivo en dichos informes de la Ciudad Autónoma de Melilla).

Además, esa infracción ha sido muy burda, tal y como concluye la señalada primera parte del informe pericial de la IGAE. Así, como queda dicho en el punto anterior, la misma definición que el ordenamiento jurídico ofrece sobre lo que sea un contrato público administrativo incluye sin duda la contratación onerosa de la publicidad institucional. Pero es más evidente todavía, puesto que el mismo art. 10 LCSP (Anexo II, categoría 13), el art. 10 TRLCSP (Anexo II, categoría 13), el art. 206 TRLCAP o el art. 37 RGLCAP (grupo T, subgrupo 1) incluyen expresamente entre los contratos públicos, sujetos por tanto a su legislación específica, los contratos de servicios de publicidad en los que, a cambio de dinero, el ente administrativo obtiene eso, publicidad. Ni más ni menos que lo que aquí nos ocupa.

Entonces ¿cómo la Ciudad Autónoma de Melilla, su Presidente, eluden la natural aplicación de esta legislación? Pues por el sencillo modo de poner en el encabezamiento “convenio de colaboración” y de señalar en su articulado que al presente convenio no le es de aplicación la legislación de contratos públicos, remitiéndose a un precepto de exclusión de contratos (dependiendo de la legislación vigente cuando se firmó el convenio) entre los que, sin embargo y por muchas lecturas que se les dé (art. 3 TRLCAP, art. 4 TRLCSP y art. 4 LCSP), no se mencionan los contratos de servicios de publicidad.

⁹ folios nº 153 y siguientes

¹⁰ folios nº 161 y siguientes

¹¹ concretamente en los folios nº 2.234 a 2.237

¹² folio nº 169, folio nº 205, folio nº 1.456, folios nº 2.129 y siguientes, entre otros

No pueden mencionarlos, pues, como decimos, estos contratos están expresa y literalmente incluidos en su ámbito de aplicación.

La primera consecuencia de este flagrante modo de proceder, por tanto, es la absoluta ausencia de procedimiento alguno para, en definitiva, pagar a unas empresas privadas por la gestión de un servicio de interés público, con todo lo que ello conlleva en relación a la gestión de fondos públicos y a cerca de la afectación de los citados principios de publicidad, igualdad, transparencia, eficiencia económica, etc. De hecho, los convenios de colaboración se caracterizan precisamente por la ausencia de procedimiento para su celebración.

Así, y salvo la firma del Presidente de los convenios en cuestión, no consta cómo y por qué se han llegado a firmar los mismos, qué trámites o pasos se han dado dentro de la Administración para ello (salvo un primer acuerdo sobre esta materia del Consejo de Gobierno de 3 de mayo de 2004, tres años más tarde de la firma del primer convenio, para simplemente "dar conocimiento de los convenios hasta ahora celebrados", lo que no se ha cumplido, y sin indicar más que unas someras justificaciones a su existencia, sobre las que luego insistiremos¹³) y sin que, en definitiva y como concluye la primera parte del informe de la IGAE, existan estudios previos sobre las necesidades a satisfacer ni previsiones económicas consecuentes a ellas.

Es más, basta una somera lectura de los convenios objeto de investigación para observar que los mismos son la mínima expresión en lo que a su redacción se refiere, limitándose a decir aquí una parte, aquí la otra, y a fijar la suma de dinero a cambio de unas inserciones de publicidad, sin mayor justificación que genéricas referencias normativas y alguna explicación puntual y específica, cuando la hay. Las referencias normativas que hacen, como queda dicho, no se sostienen mínimamente con la Ley en la mano.

Destaca sobre manera en este punto la ausencia de fiscalización previa por parte del Interventor General de la Ciudad Autónoma de Melilla (no consta en los expedientes remitidos por la Ciudad Autónoma de Melilla ni en los archivos de la propia Intervención informe de fiscalización previa alguno¹⁴), fiscalización previa preceptiva de acuerdo con los arts. 214 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), lo que ha impedido, de acuerdo con los citados preceptos, la detección de irregularidades existentes y que de las mismas se informe al Pleno de la Asamblea, órgano que acoge a todos los partidos políticos con representación democrática en Melilla.

Esta ausencia de fiscalización previa parece que se ha pretendido soslayar con la emisión de informes favorables por parte de un asesor jurídico de la misma Ciudad Autónoma de Melilla (con el rango de Secretario Técnico), informes favorables que el propio ente se da así mismo, realizados por Secretarios Técnicos adscritos a la Consejería de Presidencia¹⁵ y dependientes orgánicamente, por tanto, de aquél que ha firmado estos convenios, esto es, del Presidente de la Ciudad¹⁶. Estos informes, como decimos, parece ser que concluyeron que los convenios no se sujetaban a la legislación estatal en materia de contratación pública, lo que, como hemos visto, se añadió tal cual al articulado de los convenios. Sin embargo, se trata ésta de una conclusión tan carente de base jurídica, como queda dicho, que nos lleva a pensar que su verdadera función ha consistido en servir de coartada a la firma de los convenios, simplemente, lo que corrobora el hecho de que la Ley no requiera de este tipo de informes jurídicos, en absoluto. En todo caso, este informe de un asesor jurídico, recordemos que dependiente directamente del aforado, nada tiene que ver con la imprescindible fiscalización previa que corresponde al Interventor General, una de cuyas consecuencias, como decíamos, es el hecho de que se

¹³ folios nº 16 y nº 128 y siguientes (en particular los folios nº 138 y 139)

¹⁴ folio nº 1.926 de la primera parte de la pericial de la IGAE

¹⁵ folio nº 2.129

¹⁶ así la propia Ciudad Autónoma de Melilla, folio nº 2.125

hurte al resto de partidos políticos el conocimiento completo de estos convenios, o incluso su misma existencia.

De hecho, podemos observar cómo muchos de estos convenios de colaboración no constan en publicación oficial alguna, ni se ha dado publicidad oficial a sus adendas (esenciales modificaciones de los mismos) ni a sus prórrogas ni, en ocasiones, a los acuerdos de gobierno en virtud de los cuales se procede a su firma (sólo extractos parciales que no informan del contenido del convenio), todo lo cual se entiende que es muy grave. Oscurantismo que alcanza aún cotas superiores si, tal y como indica la segunda parte del informe de la IGAE, se constata la existencia de convenios de colaboración con medios de comunicación (Dial Melilla y 40 principales), vigentes desde el año 2011 pero de los que no se ha podido saber ni contenido, ni autoridad que los firma, ni procedimiento para su celebración, ni cuantías, nada, al no constar documentación alguna al respecto de ellos ni, por tanto, haberlos podido unir a las presentes¹⁷. O aún más si se tiene en cuenta la existencia de campañas especiales por las que se ha atribuido a algunos medios de comunicación importantes sumas de dinero (en cantidad superior a los 330.000 euros¹⁸) pero de las que se desconoce la forma en que dichas sumas se han pagado a dichos medios, si por convenio o por contrato, pues, como señala la IGAE en la segunda parte de su informe, no existe documentación alguna al respecto de éstos. Esta absoluta falta de publicidad de cómo se ha gastado el dinero público pone de manifiesto, una vez más, el carácter flagrante de las infracciones jurídicas que estamos señalando, la gravedad de las mismas.

De este oscurantismo se han hecho eco también el mismo Tribunal de Cuentas o la Guardia Civil al auxiliar a la IGAE en su labor pericial. Así, el primero, en la citada Acta de liquidación provisional, expresamente refiere cómo la Ciudad Autónoma de Melilla le "facilitó" para realizar su labor de fiscalización contable 19 cajas conteniendo cientos de periódicos y diversos CD-ROM con la peculiaridad de que «no identifican de forma detallada las publicaciones concretas que se corresponden con los distintos pagos efectuados a los diversos medios de comunicación»¹⁹. Con este mismo problema se las ha visto la Guardia Civil, cuya Policía Judicial, al realizar su informe²⁰, ha advertido que en la información facilitada por la Ciudad Autónoma de Melilla era incompleta. Todo esto pone de manifiesto la inexistencia, además de un control previo, de un control posterior sobre cómo se ha gastado por los medios de comunicación el dinero que recibían en virtud de estos convenios.

Como queda dicho líneas arriba, destaca sobre manera cómo en la gestión de los fondos públicos, a la hora de decidir con qué medios se celebraban estos convenios, en qué suma y con qué fin, no se han realizado estudios previos sobre eficiencia económica y necesidades a satisfacer. Es más, tal y como concluye la segunda parte del informe pericial de la IGAE²¹, no existe constancia documental alguna de qué criterios se seguían para determinar qué difusión se quería y en qué suma, más allá de la "experiencia contrastada de hace más de veinte años" o "las necesidades concretas de cada momento"²². En definitiva, no consta por qué con unos medios se celebraban convenios y con otros no, aunque con el paso de los años se extendió la práctica de estos convenios con casi todos los medios de comunicación local, casi, e incluso con alguna agencia internacional de noticias como la agencia EFE (aunque sólo en el año 2004, procediéndose los años siguientes a instrumentalizar dichos pagos mediante contratos públicos²³). Y tampoco consta por qué a unos grupos de comunicación se les pagaba una cantidad de dinero y a otros medios otras cantidades bien distintas, ni en virtud de qué criterio esas sumas se incrementaban de un año a otro, o no se incrementaban. Ni por qué las inserciones que a unos se pagaban no estaban limitadas y a otros se limitaban a una cifra concreta. En definitiva, nada de nada.

¹⁷ folio nº 2.243

¹⁸ folios nº 2.248 y 2.249

¹⁹ folio nº 166

²⁰ folios nº 2.158 y siguientes

²¹ folios nº 2.231 y siguientes

²² folio nº 2.238

²³ anexo I de la primera parte del informe de la IGAE, folio nº 1.930

Puede pretenderse que todo ello se explica con el informe de medios de comunicación elaborado por la empresa Iberconsulta que, aportado a la causa por la Ciudad Autónoma de Melilla, parece querer dar respuesta a estos interrogantes²⁴. O bien con el más completo estudio de medición de audiencias de los medios de comunicación en Melilla elaborado por la empresa IMC S.L., igualmente aportado por la Ciudad Autónoma de Melilla²⁵.

Sin embargo estos estudios sólo explicarían por qué unos medios de comunicación recibían en pago de su publicidad más dinero que otros medios, pero no por qué se les pagaban esas sumas en concreto y no otras distintas. O por qué esas sumas se incrementan según el paso de los años. O por qué se "contrata" la publicidad institucional con unos medios pero no con otros. Pero sobre todo, como queda dicho, no consta documento alguno que, con base en criterios técnicos y apoyo en dichos estudios (siguiendo las proporciones resultantes, por ejemplo), se fijen importes a pagar y se concreten las inserciones de publicidad necesarias. Nada. Y puesto que es la persona aforada quien firma la mayoría de los convenios, habrá que entender entonces que es ella misma la que ha decidido todos estos extremos, y que estos estudios, dado que no consta en ningún sitio cómo se han aplicado sus resultados a los convenios firmados, han servido de bien poco, salvo todo lo más de coartada.

Y ello sin contar con que el informe de Iberconsulta en concreto es muy parcial, ya que se limita a tres diarios de difusión escrita, dejando fuera el resto de periódicos o a la totalidad de los medios de comunicación radiofónica o televisiva. Y se trata de un informe de octubre de 2007, con lo que ni por asomo pudo haber sido tomado en consideración para celebrar la práctica totalidad de los convenios objeto de investigación, existentes desde el año 2001. Por su parte, el estudio de IMC S.L. sí es de diciembre del año 2000, pero debido a su falta de actualización su eficacia queda desvirtuada en relación a convenios firmados en los años 2004 en adelante, por ejemplo, que no son pocos, y porque muchos de estos convenios se han celebrado con medios de comunicación que no fueron tomados en cuenta en dicho estudio, con lo que ni siquiera es posible intuir conforme a qué criterios se les paga.

Indicar que también hay unidos a las actuaciones unos estudios generales de medios²⁶, pero los mismos no pueden ser tomados en consideración pues en ningún momento se refieren a los medios locales de Melilla firmantes de los convenios de colaboración. Ni tampoco el barómetro del CIS que, centrado en Melilla, es del año 2012 (muchos años después que la fecha de firma de los convenios en cuestión) y cuya referencia a los periódicos de la ciudad que reciben los fondos públicos es meramente testimonial²⁷, muy alejado de lo que debe ser un estudio de mercado.

Acabar este punto señalando que no afecta a la apreciación del delito de prevaricación administrativa que nos ocupa, ni a la gravedad de las infracciones apreciadas, que la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil de Melilla haya concluido en su citado informe que los precios con los que se contrató la publicidad institucional están por debajo de los precios de mercado²⁸. Luego desgranaremos dicha conclusión, pero lo que ahora interesa destacar es que el tipo de la prevaricación no tiene entre sus elementos el ánimo de lucro propio o de terceros ni tampoco el perjuicio o empobrecimiento de la Administración. Dicho de otro modo, si el responsable de una Administración decide, a sabiendas de su ilegalidad, contratar unos servicios públicos amparándose en una forma que le permite eludir cualquier tipo de procedimiento para así contratar a sus amigos, por ejemplo, estará cometiendo delito de prevaricación aunque finalmente se paguen dichos servicios a precio de mercado.

²⁴ folios nº 1.271 y siguientes

²⁵ folios nº 1.764 y siguientes

²⁶ folios nº 1.497 y siguientes

²⁷ folio nº 1.741

²⁸ folios nº 2.158 y siguientes

4. Que ocasione un resultado materialmente injusto.

Con la provisionalidad del momento procesal en que nos encontramos, existen indicios, dado todo lo expuesto hasta el momento, de que los pagos de importantes sumas de dinero autorizados por el Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla a empresas privadas de comunicación, al tratarse de dinero público abonado fuera de los cauces del procedimiento administrativo correspondiente, ha dañado los derechos de los administrados y de la colectividad en general.

Como queda dicho, y ha concluido la IGAE, la inexistencia de procedimiento alguno, con la consiguiente ausencia de fiscalización previa, de estudios previos de viabilidad económica y con la falta de publicidad o transparencia, ha impedido que para prestar el servicio de publicidad institucional hayan concurrido una pluralidad de empresas con sus correspondientes ofertas conforme a unos criterios previamente fijados y conocidos, impidiéndose dar satisfacción al principio de igualdad y no discriminación e, incluso, afectando al mercado.

5. 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, es decir, la concurrencia del dolo.

Sin duda estamos aquí ante el elemento generalmente más controvertido, el que en muchas ocasiones permite distinguir si estamos ante una mera infracción administrativa o, por el contrario, ante un delito de prevaricación. Es cierto que la determinación de su concurrencia corresponde realizarla al juez o tribunal sentenciador, tras el correspondiente juicio y la práctica en el mismo de las pruebas pertinentes y útiles a tal fin. De hecho, las inicialmente señaladas sentencias del Alto Tribunal que han definido el marco jurídico del delito de prevaricación se refieren a las exigencias que son necesarias para condenar a alguien por delito de prevaricación, no para dirigir contra él un procedimiento penal; lo contrario llevaría al absurdo de exigir con carácter previo al juicio la prueba de condena del sujeto, desvirtuando el fin y la naturaleza de las distintas fases del proceso penal, recordemos que dividida esencialmente en fase de instrucción y fase de enjuiciamiento.

Pero no es menos cierto que la existencia de este elemento subjetivo del tipo debe quedar al menos indiciariamente señalada para poder dirigir la instrucción con éxito hacia la fase de juicio, como modo de evitar la criminalización indiscriminada de meras infracciones administrativas y el uso partidista o interesado que de las mismas pueda hacerse.

Pues bien, en el presente caso caso, los hechos expuestos y los indicios que de ella se derivan, llevan a este juzgador a entender que existen elementos que suponen un principio de prueba de que la persona aforada pudo actuar de manera arbitraria, esto es, a sabiendas de que al firmar los convenios de colaboración objeto de investigación iba en contra de la ley. Esos indicios son, concretamente, los siguientes:

1) El carácter tan **flagrante**, según se ha expresado en los puntos anteriores, de la **infracción de la legislación aplicable** en materia de contratos públicos.

Conviene recordar que estamos hablando de entregar importantísimas cantidades de dinero público a empresas privadas sin procedimiento administrativo alguno que merezca llamarse por este nombre, con gran oscurantismo y sin ningún tipo de fiscalización ni previa ni posterior, valiéndose además de una forma, la de los convenios de colaboración, caracterizados precisamente por la ausencia de procedimiento para su firma, de escueta redacción, insuficiente justificación y equivocados argumentos jurídicos.

Tan evidente es la infracción del ordenamiento jurídico, en definitiva, tan burda (según se ha explicado), que es difícil entender cómo ha podido suceder si no es con voluntad y conocimiento de ello.

2) En relación con lo anterior, parece poco probable que alguien con la **dilatada experiencia en la gestión de los asuntos públicos** como la que tiene el Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla, no supiese que para disponer del dinero público, para, como en este caso, concertar el pago a empresas privadas con fondos públicos, es necesario algún tipo de procedimiento, más allá del sentarse en un despacho frente a la otra parte y firmar.

De hecho, esta experiencia que sin duda tiene el aforado puede ser tomada como indicio de lo contrario.

Peor aún, el hecho ya indicado de que se recurra como única coartada de legalidad a un informe previo de un asesor jurídico dependiente de la misma Presidencia de la Ciudad Autónoma de Melilla, es expresiva del modo en que querían hacerse las cosas.

3) El hecho de que los convenios de colaboración objeto de investigación **son los únicos** de los cientos de convenios firmados por la Ciudad Autónoma de Melilla que han sido concertados con empresas privadas, propiamente dichas.

Así, del listado presentado por la Ciudad Autónoma de Melilla²⁹ resulta que los convenios de colaboración celebrados en su seno se han firmado para eso, tal y como su nombre indica, para colaborar con otras administraciones públicas, pero también con organismos públicos, con federaciones deportivas, con entidades de fines sociales o culturales, con entidades sin ánimo de lucro, etc., pero no se han firmado convenios de colaboración con empresas privadas como tales, esto es, con empresas cuyo fin inmediato es la obtención de un beneficio económico; salvo precisamente los convenios celebrados con los medios de comunicación local, celebrados de hecho con sociedades mercantiles en su forma de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada.

Ello lleva a pensar que se escogió específicamente la forma de convenio para estos supuestos, y sólo en estos supuestos, lo cual a su vez conduce a una decisión deliberada, entendemos que consciente de que éste era el modo de eludir formalmente la aplicación de la legislación contractual, de evitar cualquier procedimiento a la hora de disponer de fondos públicos.

Hacerlo reiteradamente y a lo largo de sucesivos años, como ha sido el caso, no hace sino incidir en esa intencionalidad. Así, tal y como ya se ha apuntado, con la agencia EFE se han venido celebrando contratos públicos, no convenios, y ello aunque hubo un inicial convenio de colaboración del año 2004, forma de proceder que sin embargo no se siguió empleando³⁰, lo que demuestra que la firma del resto de convenios no puede achacarse a un desconocimiento sobre la Ley, sino a una voluntad de hacerlo así y no de otro modo.

4) El hecho de que **se ha dejado fuera del reparto de dinero público** a los medios de comunicación propiedad del grupo de comunicación Cablemel (que dispone de un diario escrito, La Luz de Melilla, una cadena de televisión, Cablemel TV, una emisora de radio, Radio Vinilo, y un periódico digital, www.digitalmelilla.es). Ello es muy significativo por cuanto son los únicos medios locales que no reciben fondos públicos y son, precisamente, con los que el Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla tiene una notoria y pública animadversión^{31 32}

El mismo Presidente los tilda de “advenedizos” en sus declaraciones públicas realizadas durante la cena celebrada en noviembre de 2013 con motivo de los cien años de la Asociación de Prensa de Melilla³³

²⁹ folios nº 227 y siguientes

³⁰ folio nº 1.930

³¹ <https://www.youtube.com/watch?v=Bcb2HXq3VA4> (octubre 2014)

³² <https://www.youtube.com/watch?v=HhrMagkh-F0> (agosto 2014)

³³ folio nº. 2149, la grabación que recoge dicha intervención, minuto 03:55

De ello puede desprenderse una intención evidente del Presidente, individualizada y personal, acerca de quién debe recibir fondos públicos y quién no.

Ello cobra aún mayor relevancia si atendemos a las sentencias del Tribunal Constitucional señaladas por el Ministerio Fiscal en su informe y que, dijimos, concluyen que la información emanada de los poderes públicos tiene un evidente interés general y debe canalizarse en términos de igualdad y no discriminación a través de los distintos medios de comunicación social, procurando un reparto equitativo de la publicidad (STC 104/14, FJ 3 y 4). Ello significa que las razones dadas para firmar los convenios, según se desprende del citado acuerdo de Consejo de Gobierno de 3 de mayo de 2004³⁴ y según se ha expresado en voz alta por el propio Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla³⁵, esto es, garantizar la pluralidad informativa, la libertad de prensa, el derecho a la información y la imparcialidad de los medios de comunicación, quedan en meras manifestaciones vacías contenido si, como es el caso, se deja fuera del "reparto" precisamente al grupo empresarial de comunicación que, por decirlo suavemente, menos complaciente se ha mostrado con el gobierno local y la persona que lo dirige.

Desde este punto de vista, el argumento de insuficiencia de fondos, que puede esgrimirse y que de hecho esgrime el mismo Presidente en la citada intervención, también se revela manifiestamente insuficiente, entre otras cosas porque para dar cabida a más medios, si es lo que de verdad se quiere y lo que parece que exige el Tribunal Constitucional, no necesariamente tendría que aumentarse la partida de dinero (como ahora veremos, en el año 2015 la suma presupuestada para este fin es bastante inferior a la de otros años³⁶), sino repartir de mejor modo el dinero ya reservado a dicho fin.

5) El hecho de que el mismo Presidente haya defendido públicamente que el fin de los convenios era otro muy distinto al que los mismos convenios reflejan.

Tras haber analizado las justificaciones o explicaciones al por qué se han firmado convenios con casi todos los medios locales, lo cierto es que, cualquiera que sea la conclusión alcanzada, resulta que la misma no está reflejada en dichos convenios, los cuales se limitan, simplemente, a indicar que se está contratando la prestación de un servicio de publicidad a cambio de un precio.

Sí que en algún acuerdo de consejo de gobierno (el citado de 3 de mayo de 2004, por ejemplo) se recogen razones para la firma de estos convenios, pero son razones alejadas del verdadero propósito del convenio según resulta de su lectura, cual parece ser, como decimos, la de pagar a cambio de un servicio de publicidad institucional (tanto dinero por tantas inserciones de publicidad), alegándose que dichos convenios son necesarios para sostener unas empresas locales que de otro modo no podrían subsistir por sí mismas, y para procurar la igualdad de todos los medios evitando el favoritismo de unos sobre otros. Ello coincide con las citadas declaraciones públicas que el propio Presidente hizo durante la referida cena por los cien años de la Asociación de la Prensa de Melilla, y en las que expresamente dice que si no fuera por esos pagos no habría tantos medios de comunicación en Melilla, e incluso, como también queda dicho, justifica que no se pague a los "medios advenedizos", literalmente, porque no son "lo clásico y lo tradicional", añadiendo que de lo que se trata en verdad es de que no haya desempleados ni crisis en el sector y de garantizar a la prensa que pueda seguir siendo testigo de la democracia³⁷.

Se crea o no en la bondad de dichos argumentos (que, en cualquier caso y como queda dicho, son refutables, pues siguen sin explicar convincentemente por qué se deja fuera a un grupo de medios de comunicación en concreto, y no a cualquier otro), ello supone el

³⁴ folios n° 16 y n° 128 y siguientes (en particular los folios n° 138 y 139)

³⁵ folio n°. 2149, grabación que recoge dicha intervención

³⁶ segunda parte del informe pericial de la IGAE, folio n° 2.239

³⁷ así en la grabación adjunta a la causa, folio n° 2.149

expreso reconocimiento de que se firmaba una cosa (servicios a cambio de precio) pero en verdad se acordaba algo distinto. Y si el mismo aforado manifiesta que firma el pago de un dinero público para una cosa cuando en verdad la intención es dar el dinero para otra muy distinta, convirtiendo los convenios en papel mojado, además de encontrar así explicación a esa ausencia de fiscalización posterior a que nos referíamos, no podemos por más que suponerle un conocimiento de lo que hace y una intención cruzada u oculta, todo ello encuadrable en el delito de prevaricación que nos ocupa, salvo mejor criterio de Su superioridad.

B) DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

El art. 432 CP castiga a «*La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público*», precepto que establece que serán punibles «*los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*»

No es necesario exponer aquí pormenorizadamente los elementos que configuran este tipo delictivo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STSS 9 febrero 1993, 9 febrero 1995, 25 mayo 1995, 10 mayo 1999, 5 octubre 1999, 20 julio 1998, 25 febrero 2000, 25 marzo 2002, 17 noviembre 2003, etc.), esto es, la cualidad de funcionario público o de autoridad del sujeto activo, la disponibilidad material sobre el caudal o los efectos públicos, el carácter público de los fondos afectados, la infracción de las normas para la administración de los mismos, el elemento subjetivo del dolo (no confundir con el ánimo de lucro) y el perjuicio efectivo a los fondos públicos.

De hecho, dado lo analizado hasta ahora sobre los hechos investigados, sólo cabría analizar la afectación de los fondos públicos por la conducta consistente en firmar unos convenios de colaboración al margen de la legislación de contratos públicos y al margen de cualquier procedimiento administrativo, sin fiscalización interna previa ni posterior, en los términos ya expuestos. De hecho, precisamente el Ministerio Fiscal pone en duda la existencia de este daño patrimonial.

Pues bien, con la provisionalidad propia del momento en que nos encontramos, este juzgador estima que existen indicios de que la conducta que se atribuye el aforado podría suponer una forma arbitraria de disponer de dinero público, con el consiguiente perjuicio al erario.

Dejando de lado las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Cuentas (que ya hemos visto que sólo lleva a cabo una fiscalización de tipo contable, esto es, comprueba la realidad de los pagos respecto de lo acordado, no obstante lo cual el Ministerio Fiscal apoya parte de su argumentación en el mismo), dejando de lado éstas, decíamos, es cierto que la segunda parte del informe pericial de la IGAE³⁸, que hace suyo a su vez el informe de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil de Melilla³⁹, concluye que las sumas que la Ciudad Autónoma de Melilla, por orden de su Presidente, ha pagado a los medios de comunicación local por publicidad institucional ha sido inferiores a los precios de mercado, cuatro o cinco veces inferiores, nada menos.

³⁸ folios n° 2.231 y siguientes

³⁹ folios n° 2.158 y siguientes

Ahora bien, dicho informe se ha limitado a estudiar las inserciones publicitarias de los años 2012 y 2013, y aunque ha servido para extraer una muestra que se ha extrapolado a la totalidad de los años de vigencia de los convenios de colaboración, hay que reconocer que se trata de eso, de una extrapolación, no de un análisis exhaustivo, sobre todo porque, además de tratarse de un estudio sesgado en el tiempo, lo ha estado también en cuanto a los medios analizados, habiéndose limitado el estudio a tres periódicos locales, pero dejando de lado el resto de medios de comunicación, tanto escritos como radiofónicos o televisivos, que han suscrito los convenios objeto de investigación.

Así mismo, ya ha quedado dicho que ni siquiera los miembros de la Guardia Civil han podido realizar un análisis de la totalidad del espectro objeto de estudio, pues la Ciudad Autónoma de Melilla no ha facilitado a los agentes actuantes todos los periódicos en cuestión correspondientes a esos dos años, tal y como consta.

Finalmente, es de señalar que se toma como "precio de mercado" el que los mismos medios analizados manifiestan que cobran a "organismos oficiales y financieros", pero quedaría realmente por comparar esos precios con los que tales medios cobran a personas privadas que requieren de servicios de publicidad, y comparar a su vez esos precios con los correspondientes a otras ciudades de semejante tamaño y población a Melilla, o incluso otras de mayores dimensiones físicas y demográficas. A este respecto, y tal y como apunta una de las acusaciones populares, es muy significativo que el dinero invertido por la Ciudad Autónoma de Melilla en publicidad institucional, sumando los importe de los convenios, es similar o incluso mayor al que en determinados años han gastado ayuntamientos de ciudades tales como Sevilla, Valencia o Zaragoza, tal y como resulta del Informe de Fiscalización sobre los contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por las principales entidades locales durante los años 2005, 2006 y 2007 elaborado por el Tribunal de cuentas⁴⁰.

Y es que, en cualquier caso, y tal y como concluye la segunda parte del informe pericial de la IGAE, una adecuada gestión de los fondos públicos exige una definición previa de cuáles son las necesidades a satisfacer, de los medios necesarios para alcanzarlas y una evaluación posterior de los resultados obtenidos, nada de lo cual ha existido en este caso, tal y como quedó expresado líneas arriba; recordemos, los criterios que la Ciudad Autónoma de Melilla reconoce que se siguen son la "experiencia contrastada de hace más de veinte años" y "las necesidades concretas de cada momento", tal cual⁴¹.

Es más, como dice el mismo informe pericial, la suma que por ejemplo se gastó la Ciudad Autónoma de Melilla en publicidad institucional en el año 2010, es decir en plena crisis, fue la de 2.072.076 euros, mientras que la licitación de los contratos de publicidad institucional que ha tenido lugar en este año 2015 ha presentado un presupuesto de 1.560.000 euros, es decir, casi medio millón de euros menos⁴², por lo que, sin que nadie sea capaz de decir por qué antaño esa suma y no otra, parece que los

⁴⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2014/08/21/pdfs/BOE-A-2014-8849.pdf>
(específicamente página 67.452)

⁴¹ folio nº 2.238

⁴² folio nº 2.239

servicios de publicidad pretendidos por la Ciudad Autónoma de Melilla podrían haberse satisfecho con una suma bastante inferior.

Y ello sin contar las campañas especiales. Como analiza la IGAE⁴³, y se ha señalado antes, a parte de estos convenios, la Ciudad Autónoma de Melilla ha pagado a los medios locales importantes sumas de dinero por una serie de campañas publicitarias que, al parecer y por su especial naturaleza, no estaban incluidas en dichos convenios. Sin embargo, ninguna previsión existía en los convenios a cerca de esas "campañas especiales" (sólo el citado acuerdo de Consejo de Gobierno de 3 de mayo de 2004 que dice que en los convenios no se incluyen determinadas campañas especiales), pero sobre todo no consta el contrato, acuerdo o convenio en el que se han firmado esas campañas especiales con los medios beneficiarios, ni justificación de que el dinero fuese efectivamente empleado en ello (expresamente la Ciudad Autónoma de Melilla, en fecha 6 de mayo de 2015, señala que no se ha encontrado documentación al respecto⁴⁴). Y si tenemos en cuenta que algunos medios, en virtud de su convenio de colaboración, cobraban por inserciones publicitarias sin límite, resulta que no parece que tenga mucho sentido económico pagar nuevamente por inserciones que debe entenderse que ya estaba siendo pagadas, según su propio convenio.

También llama la atención, desde el punto de vista de la eficiencia económica, que el Presidente comprometa los fondos de la Ciudad para pagar un precio por un número de inserciones publicitarias previamente desconocido, por "ilimitadas"; es decir, se paga un precio a cambio de un objeto incierto, que puede ser una inserción, dos, cuatro, cien o mil. Y ello es aún más grave si se tiene en cuenta la indicada falta de control administrativo posterior acerca de cómo y dónde se gastaba el dinero así pagado.

En conclusión, se puede afirmar que existen indicios de que el erario público ha resultado gravemente perjudicado y de que, por tanto, concurren los elementos del tipo de malversación de caudales públicos, delito imputable al Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla a consecuencia de la firma de los citados convenios de colaboración.

Y ello aunque este juzgador es consciente de que una adecuada apreciación de este delito exige la realización de nuevas diligencias de investigación que permitan confirmar, en su caso, esta inicial conclusión, diligencias (como las apuntadas por alguna acusación popular) que, dada la convicción íntima que se ha alcanzado a cerca de la implicación del aforado en los hechos delictivos y la consiguiente competencia del Tribunal Supremo para su instrucción, no procede se practiquen por este juzgado mixto, so pena de invadir las competencias atribuidas por la LOPJ a dicho Alto Tribunal, como queda dicho.

Para ir terminando, decir que los indicios aquí expresados a cerca de la concurrencia de los dos delitos indicados y de su imputación al aforado se entiende que son suficientes

⁴³ anexo I de la segunda parte del informe, folio n° 2.248

⁴⁴ folio n° 2.240

para acordar la apertura de un proceso penal en el Alto Tribunal, en su fase de instrucción, y ello sin perjuicio del resultado a que finalmente conduzca dicha instrucción.

Dicho sea todo esto con el máximo respeto que merece el Alto Tribunal y quienes desempeñan en él, y por tanto en este país, las más importantes funciones de Magistratura.

Por todo lo expuesto,

ACUERDO

Elevar esta **Exposición Razonada** a la **Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, sometiendo a su consideración la asunción de la competencia para la continuación de la instrucción de la presente causa y acerca de la competencia sobre la persona aforada, D. JUAN JOSÉ IMBRODA ORTIZ, Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla y Senador de las Cortes Generales, y ello por un presunto delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, y un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en los artículos 432.1 del Código Penal, sin que esta calificación tenga carácter vinculante.

La presente Exposición Razonada se cursará inmediatamente y sin más trámite, acompañada de testimonio de toda la causa y de copia digitalizada de la misma.

Para el caso de que se aceptara la competencia, se remitirán en formato papel y originales cuantos documentos integran esta causa.

D. Fernando Germán Portillo Rodrigo
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Melilla



**AL EXCELENTÍSIMO SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA DE LO PENAL DEL
TRIBUNAL SUPREMO**