



Roj: ATS 515/2016 - ECLI:ES:TS:2016:515A
Id Cendoj: 28079120012016200128

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 20810/2015

Nº de Resolución:

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN

Tipo de Resolución: Auto

Recurso Nº 20810/2015

Recurso Nº 20810/2015

Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

Secretaría de Sala: Iltra. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil dieciséis.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 11 de Noviembre pasado se recibió en el Registro General de este Tribunal, Exposición Razonada que eleva el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla en el marco de las Diligencias Previas 162/13 que se siguen en dicho Juzgado, por presuntos delitos de prevaricación administrativa (art. 404 CP) y de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) y en las que se encuentra implicado DON Avelino , Presidente de la Ciudad autónoma de Melilla y Senador de las Cortes generales en la presente XI Legislatura, conforme consta acreditado en autos, y que hacen referencia, a los convenios de colaboración firmados por el Sr. Avelino con diferentes medios de información, a fin de proveerse la Ciudad Autónoma de Melilla de publicidad institucional.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/ 20810/2015, por providencia de 12 de noviembre de 2015, se acuerda la sustitución del Magistrado Excmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre, que ha causado baja por enfermedad, por el Magistrado Excmo. Sr. Maza Martín, que ostentará la ponencia.- Publicado en el BOE de 27 de octubre pasado el Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, y acreditada mediante diligencia la condición de miembro titular de la Diputación Permanente del Senado del Sr. Avelino se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la Exposición recibida.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 24 de noviembre pasado, por el que interesa que por el Sr. Secretario de Gobierno, se certifique oportunamente, que el Sr. Avelino es miembro titular de la Diputación Permanente del Senado.- Acreditada la cual, se remitieron nuevamente las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal en este nuevo trámite, evacuó traslado con fecha 19 de enero en el que dice:

En cuanto a la competencia, corresponde a esta Excm. Sala, habida cuenta de la condición de Senador electo por Melilla en la XI Legislatura del Sr. Avelino (art. 57.2 LOPJ). Y en cuanto al fondo y por lo expuesto en su escrito interesa, se decrete el sobreseimiento libre de las actuaciones y su posterior archivo.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En la Exposición Razonada remitida a esta Sala se hace referencia a la participación en hechos que pudieran ser delictivos, de una persona que ostenta la condición de Senador de Las Cortes Generales, lo cual determina la competencia de esta Sala conforme al artículo 71.3 de la Constitución y 57.1.2º de la LOPJ .

SEGUNDO.- En este momento procesal le corresponde a esta Sala, exclusivamente, verificar si en la Exposición que le ha sido remitida se consignan hechos que, según una valoración muy provisional, pudieran ser delictivos, y si existen indicios consistentes o, dicho de otra forma, principios de prueba de la participación en ellos de la persona aforada (Autos de 21 de mayo de 2009, de 23 de junio de 2009 y de 13 de noviembre de 2014). Tal como se decía en el Auto de 2 de octubre de 2013, "basta la posibilidad razonable de que los hechos que describe la exposición razonada, justificando la imputación, hayan ocurrido, para que proceda la apertura de la fase de investigación que constate los elementos necesarios para determinar la concurrencia o no del comportamiento delictivo que en aquélla se indica .

De lo expuesto en la Exposición Razonada remitida a esta Sala, resulta que el objeto de la investigación de las Diligencias Previa 162/13 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla, en relación con el aforado ante esta Sala D. Avelino , "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. Avelino , 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. Las diligencias de investigación practicadas en la presente causa son las siguientes: Se ha recabado de la Ciudad Autónoma de Melilla diferente documentación relativa a los citados convenios de colaboración, así como éstos mismos y todo lo referente 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...".

Tras las diligencias de investigación practicadas "...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...". Y el Instructor tras relacionar los hechos de aparente significación delictiva que a su entender resultan atribuibles al aforado, en relación con los delitos de prevaricación y malversación, concluye: "...que los indicios aquí expresados acerca de la concurrencia de los dos delitos indicados y de su imputación al aforado se entiende que son suficientes 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...".

TERCERO.- Los indicios que, según la Exposición Razonada, resultan de la investigación respecto a la participación en los hechos del Senador aforado ante esta Sala, se refieren a los convenios de colaboración firmados por el Sr. Avelino con diferentes medios de información, a fin de proveerse la Ciudad Autónoma de Melilla de publicidad institucional. Considera el Instructor en su exposición razonada que los referidos Convenios de Colaboración, habida cuenta de su contenido y forma de suscribirse, podrían integrar los delitos

de prevaricación y malversación. Ello porque el aforado investigado, en su condición de primer gestor de la Ciudad de Melilla, suscribió (en la mayor parte de las ocasiones personalmente, y en otras encomendando tal labor a un tercero por orden directa suya), un número indeterminado de lo que denominaba Convenios de Colaboración con distintos medios de comunicación locales, sin ajustarse a las prescripciones de la legislación reguladora de la contratación pública, (en la actualidad Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que refundió la anterior Ley 30/2007 y el Decreto Legislativo 2/2000). Los referidos Convenios de Colaboración así suscritos, al no estar sujetos a norma habilitante alguna, y por consiguiente realizarse sin previa licitación pública, suponen una quiebra importante del principio de igualdad, y comportaron en la práctica la imposibilidad de acceso a dicha contratación, con las ventajas que de ello pudieran derivarse, a aquellos medios informativos hostiles o cuando menos discrepantes, con las líneas marcadas por el Órgano Administrativo. Es cierto que nuestra jurisprudencia ha venido sujetando la incorporación de recursos informativos a unos específicos principios de transparencia e igualdad de oportunidades en relación con los medios de comunicación que llevan consigo, sea la inclusión en las campañas de todos los medios de comunicación que cumplan los requisitos generales de tiradas y precio (STS de 13 de marzo de 1991), la exigencia de causas excepcionales y justificadas para excluir a un medio de comunicación por razones de opinión (STS 2 de julio de 1994) o las consecuentes responsabilidades patrimoniales que pudieran derivarse de comportamientos que impliquen el incumplimiento de los citados principios (STS de 7 de julio de 1995). Por ello, como destaca el Informe nº 904 del Tribunal de Cuentas partiendo del principio de igualdad entre los distintos medios y soportes, debe modularse el porcentaje de publicidad institucional que deba insertarse en cada uno de ellos, de acuerdo con los intereses generales, en relación con cada campaña publicitaria concreta, las características objetivas de ámbito territorial y difusión del medio o soporte y las características del grupo poblacional al que se pretende hacer llegar. Para ello, debería atenderse a las cifras de tirada y venta o audiencia efectiva de los medios o soportes en virtud de sistemas de valoración y medición fiables, antes de procederse a la correspondiente contratación, y todo ello en virtud de los principios de eficacia y eficiencia que debe regir la actuación administrativa. Y además tal Informe nº 904 del Tribunal de Cuentas proclama que el notable incremento de las partidas de publicidad y propaganda en los presupuestos municipales y la significación de su importe por comparación con otras partidas relevantes en la actual coyuntura económica, hace necesario reconducir la finalidad de la publicidad y comunicación institucional a la inicial y legalmente prevista, esto es, de información útil a los ciudadanos y carente de cualquier connotación política o propagandística. La publicidad y comunicación institucional deben estar al estricto servicio de las necesidades e intereses de los ciudadanos, facilitar el ejercicio de sus derechos y promover el cumplimiento de sus deberes, y no deben perseguir objetivos inadecuados al buen uso de los fondos públicos. Y no deja de ser menos cierto que la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y comunicación institucional, que establece el régimen jurídico de las campañas institucionales de publicidad y comunicación de toda la Administración General del Estado y sus Entes Locales y Autónomos, en su art. 8 proclama que los contratos se someterán a los principios de igualdad y concurrencia, aquí no respetados.

CUARTO.- Tiene razón el Ministerio Fiscal, tanto el de la instancia (ver dictamen de 22/9/15) como el de ante esta Sala, cuando no comparten que nos encontremos en presencia de los delitos de prevaricación ni de malversación que menciona el Instructor en la exposición de motivos que eleva a esta Sala. Así:

Delito de prevaricación:

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

Como hemos indicado el posible delito de prevaricación se fundamentaría en que el aforado suscribió (personalmente en la mayor parte de las ocasiones y en otras encomendando tal labor a un tercero, por orden directa suya) un número indeterminado de Convenios de Colaboración con distintos medios de comunicación locales, sin ajustarse a las prescripciones de la Ley reguladora de la contratación pública.

En este punto, cabe señalar que cuando se trata de infracciones del procedimiento, decíamos en la STS 743/2013, de 11 de octubre, que la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales.

En este sentido, como recordábamos en la STS 18/2014, de 13 de enero, 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 la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. 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.

En esta misma línea, respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añadía la STS 743/2013, de 11 de octubre, que el mismo, 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, una finalidad 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. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución.

Por tanto, es factible que una omisión del procedimiento pueda dar lugar a un delito de prevaricación. Ahora bien, ello será así sobre la base, determinada previamente, de cuál es el procedimiento concreto que se ha soslayado, a fin de concretar cuáles son los trámites de los que se prescinde y cuáles son los controles que se eluden. Sin embargo, en autos, ese procedimiento concreto no resulta evidente y patente, en la medida en que se discute qué naturaleza jurídica tienen los Convenios de Colaboración concertados entre la administración y los medios de comunicación que poseen perfiles de convenio, contrato y subvención pública al mismo tiempo y la reconocida laguna de regulación normativa que el Tribunal de Cuentas denuncia en su informe 904 sobre fiscalización de los contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por las principales entidades locales durante los años 2005, 2006 y 2007.

En efecto, en las conclusiones de dicho informe, el Tribunal de Cuentas pese a señalar que "la publicidad y comunicación institucional deben estar al estricto servicio de las necesidades e intereses de los ciudadanos, facilitar el ejercicio de sus derechos y promover el cumplimiento de sus deberes" sin embargo, constata (conclusión 4ª) "...la utilización de procedimientos contractuales que implican una restricción de la libre competencia y la realización de procedimientos contractuales que resultan ajenos a la finalidad de la publicidad institucional", observando que a menudo "se contratan servicios de agencias mediadoras para que interesen las inserciones regulares o puntuales a cambio de un porcentaje del coste en concepto de comisión, sin que en ninguno de los casos conste una justificación sobre la conveniencia económica o de eficacia que tales contrataciones comportan".

Es pues, evidente, que para el Tribunal de Cuentas, la variedad (de fondo y forma) de contratos fiscalizados, lo único que aconseja es una "homogenización de la regulación de la materia", pero en modo alguno la criminalización de los contratos hasta ahora celebrados.

En el presente supuesto no cabe apreciar una contradicción patente y grosera con el Derecho, basada en la omisión palmaria de los trámites procedimentales referidos a un contrato específico; en la medida en que se discute y existen discrepancias interpretativas sobre cuál era la naturaleza del contrato que se suscribió. Esto es, si existen discrepancias sobre cuál era la naturaleza del contrato, también existirán sobre cuáles eran los trámites procedimentales que se debían seguir, lo que impide hablar de una ilegalidad evidente flagrante y clamorosa o de una desviación o torcimiento del derecho, por cuanto era discutido qué normas jurídicas se debían aplicar al citado contrato. No corresponde a esta Sala determinar cuál es la naturaleza del contrato y el procedimiento que debió seguirse, ya que no es la jurisdicción competente, pero sí es factible afirmar que precisamente la disparidad de criterios sobre normas jurídicas y procedimiento aplicable elimina los indicios de una posible prevaricación. Allí donde hay duda sobre el Derecho aplicable no puede entenderse presente una desviación del Derecho que deba considerarse delictiva, porque precisamente falta la base en la que sustentarla. Esta Sala en el Rollo de Casación 1216/2012 sentencia de 15/7/2013 dictada para resolver un asunto análogo al que nos ocupa (trabajos realizados por periodista para el Presidente de la Comunidad Autónoma de Baleares) decíamos que las resoluciones en cuestión "en modo alguno pueden ser calificadas de prevaricadoras, ya que se dictaron en el marco de un contrato administrativo para cumplir un servicio público que efectivamente se prestó".

Y por último decir que el Derecho Penal es la última ratio y solo entra en juego cuando han fracasado los demás sectores del ordenamiento jurídico o se revelan insuficientes por la naturaleza arbitraria de la resolución dictada. Las SSTs de 24.2.2015 y de 23 de enero de 2014 recalca ese principio de aplicación subsidiaria del derecho penal, precisando 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.

Delito de Malversación de Caudales Públicos:

2. En cuanto al delito de malversación de caudales públicos, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1374/2009, de 29 de diciembre , que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) El autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del Código Penal o resultar asimilado a la condición de funcionario por la vía del art. 435. b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales, en todo caso de naturaleza mueble, han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma, c) El tercer elemento se refiere a la especial situación en que debe encontrarse el funcionario respecto de tales caudales o efectos públicos. Estos deben estar "...a su cargo por razón de sus funciones...", dice el propio tipo penal. La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido (SSTs 2193/2002, de 26-12 , y 875/2002, de 16-5), refiriéndose también a las funciones efectivamente desempeñadas (STS 1840/2001, de 19-9). d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar consiste en "sustraer o consentir que otro sustraiga", lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva -quebrantamiento del deber de impedir- que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tinte la acción como esencialmente dolosa - elemento subjetivo del tipo-, y una actuación en la que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro.- Aplicado al supuesto que nos ocupa, no existe tal delito de malversación pues la redacción de esos contratos no ha supuesto sustracción o consentimiento de sustracción de bienes o caudales públicos, sino simple cumplimiento de los contratos celebrados, al margen de sus posibles irregularidades administrativas subsanables en la vía contenciosa.

Por todo lo expuesto, y visto que los hechos denunciados no son constitutivos de prevaricación ni de malversación, solo procede el sobreseimiento libre de las actuaciones y su archivo, poniendo en comunicación del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla esta resolución.

III. PARTE DISPOSITIVA



LA SALA ACUERDA: 1º) Declarar la competencia de esta Sala para conocer de las Diligencias Previas 162/2013 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla, seguidas contra Don Avelino . 2º) Acordar el SOBRESEIMIENTO LIBRE de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno y su ARCHIVO. 3º) Remítase testimonio de esta resolución al citado Juzgado para su conocimiento y demás efectos.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ