

*Recurso N°: 20632/2014*

*Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta*

*Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo*

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**AUTO**

**Excmos. Sres.:**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. Julián Sánchez Melgar**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

---

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil quince.

**I. HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de Abril de 2015, el Excmo. Sr. Magistrado Instructor de la presente causa, dictó auto en cuya parte dispositiva dice:

**“...DISPONGO: El SOBRESEIMIENTO LIBRE por no ser los hechos constitutivos de infracción penal. 2) El Archivo de las actuaciones...”**

Dicho auto fue recurrido en reforma y subsidiario de apelación por el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular, dictándose por el Magistrado Instructor en fecha 28 de abril de 2015 Auto, en cuya parte dispositiva, dice:

*"...DISPONGO: desestimar los recursos de reforma interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del SINDICATO COLECTIVO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS MANOS LIMPIAS y la ASOCIACION LIBRE DE ABOGADOS DE MELILLA, contra el auto de fecha 6 de abril de 2015, resolución que queda así confirmada, con declaración de oficio de las costas del recurso. SE ADMITE el recurso de apelación subsidiariamente formulado por el Ministerio Fiscal y la acusación popular, a quien, y de conformidad con lo preceptuado en el art. 766.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se les dará traslado por el plazo de CINCO DIAS para que formulen alegaciones y puedan presentar, en su caso, los documentos justificativos de sus pretensiones..."*

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 22 de mayo de 2015 interesando de la Sala que dé lugar al recurso de apelación formulado.

*La Acusación Popular*, representada por el Procurador Sr. Campal Crespo por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el pasado 27 de mayo, interesa se revoque la resolución impugnada en base a las alegaciones que en él se contienen.

**TERCERO.-** Dado traslado a la defensa, de conformidad con lo preceptuado en el art. 766.3 de la LECrm, ésta por escrito de 9 de junio mostró su oposición a ambos recursos, solicitando su desestimación y la confirmación del auto recurrido.


**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 9 de julio, designada como Sala de recursos frente a las resoluciones del Instructor, por Acuerdo de la Sala de Gobierno de 22 de octubre de 2013, se tuvo por recibido testimonio de los

particulares señalados por las partes, se designó Ponente al Magistrado Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta y se señaló para deliberación y resolución sin vista, el 10 de julio de 2015.

## II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Analizamos la exposición razonada del Juez de instrucción para comprobar un dato de relevancia en esta resolución, el inicio de la investigación de cara a conformar la prescripción de los hechos, pues no debe olvidarse que, como el Tribunal Constitucional tiene proclamado, la prescripción del delito *“...encuentra fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal”* (STC 17/1987). Así como que *“En la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de seguridad jurídica y las de justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas”* (STC 157/1990). Esta Sala también ha dicho que las causas que justifican la existencia de la prescripción, principios o razones de orden público, de interés general o de política criminal, *“...pueden ser conducidas al principio de necesidad de la pena, que se inserta en el más amplio de intervención mínima: el derecho del Estado a penar justamente, el ius puniendi, depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico. Y es obvio que transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades”* (STS de 23 de Noviembre de 1989). O que *“...Cuando el tiempo fijado por la Ley ha transcurrido con paralización del proceso, cualquiera que sean sus motivos, la sociedad ha perdido ya la autoridad moral para castigar y, por consiguiente –y ésta es la filosofía que inspira la prescripción penal-, no puede hacerlo”* (STS de 10 de Febrero de 1993).

Del contenido de la exposición del juez de instrucción, razonado y completo, destacamos dos hechos y sus fechas: la incoación de una pieza



separada, el 16.05.2014, para la investigación de “la regularidad de la contratación del letrado D. Juan Jesús Olivares” que ocurrió el 27.04.2001.

El informe pericial de la intervención general del Estado es claro y preciso en la constatación de las irregularidades existentes en la referida contratación, que parten de la inobservancia de las prevenciones legales, contenidas en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de la ley de contratos de las administraciones públicas, y la inobservancia de los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir en las contrataciones realizadas desde la administración, máxime cuando dichas prevenciones en su contenido esencial habían sido objeto de advertencia en un informe de la asesoría jurídica de 13 de marzo de 1998.

El supuesto de la cuestión objeto de nuestro conocimiento, aún existiendo indicios de un delito de prevaricación, el mismo debe considerarse prescrito.

Si la prevaricación tiene su base fáctica en la contratación irregular, ha de partirse para analizar esta cuestión de la legislación vigente en el momento de los hechos (año 2001). Debiendo destacarse dos artículos:

1.- El artículo 131 del CP, en su redacción originaria (anterior a la reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) y vigente hasta el 30 de abril de 2004, establecía que:

*«1. Los delitos prescriben:*

*A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.*

*A los quince, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.*


*A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años.*

*A los cinco, los restantes delitos graves.*

*A los tres, los delitos menos graves.*

*Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.*

*2. Las faltas prescriben a los seis meses.*



3. *Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.*

4. *El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso ».*


2.- El artículo 404 del CP que regula la prevaricación administrativa, castiga este delito con una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

En este caso, la presunta contratación irregular, con omisión del procedimiento establecido que se atribuye al aforado y que constituiría, de quedar acreditada, el delito de prevaricación que se le imputa, tuvo lugar en el mes de mayo del año 2001.

Conforme al artículo 131 del CP citado, el plazo de prescripción que debería aplicarse a este delito sería de 10 años. Es cierto que existía una incongruencia entre el plazo de prescripción de 15 años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación «por más de diez años», y el plazo de 10 años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años «y menos de diez». Por lo que resultaría que la pena máxima de inhabilitación de 10 años no puede incluirse ni en el plazo de 15 años (no es pena por más de 10 años) ni en el plazo de 10 años (no es pena por menos de 10 años). Esta incongruencia debe resolverse a favor de reo e interpretar que el plazo de prescripción es el de 10 años.

Por lo tanto, ya se tome como referencia para interrumpir la prescripción la Exposición Motivada, ya sea el Auto que declara la competencia de esta Sala, órgano competente conforme al art. 272 de la ley procesa penal, de fecha 2 de febrero de 2015, el delito estaría prescrito en ambos casos, pues en los dos supuestos habrían transcurrido sobradamente los 10 años que fija la ley para la apreciación de esta figura legal.

Ha de tenerse en cuenta que el Auto de esta Sala que ordenó la incoación de la causa sólo la acuerda para el delito de prevaricación, desechando otras



subsunciones posibles en el delito de malversación o de fraude, toda vez que los Decretos que ordenan el pago de honorarios profesionales no tienen autonomía propia sino que son actos de ejecución sometidos al control propio de esa naturaleza de acto de ejecución.

El acto injusto objeto de la investigación, lo dice la exposición razonada y a él se refiere el auto de incoación de las presentes diligencias, es el nombramiento fuera del procedimiento dispuesto en la ley de un asesor externo en los términos que hemos expuesto anteriormente. Ese hecho ocurrió hace 14 años y está prescrito. Sólo desde la consideración de actos posteriores que supongan una reiteración de las resoluciones injustas podría entenderse que los hechos no han prescrito y esa consideración, aunque no se recoja en la exposición razonada de forma expresa ni en los recursos, se pretende conferir a las órdenes de pago de los servicios prestados por el contratado. De acuerdo a nuestra jurisprudencia cabe la prevaricación continuada respecto de realización sucesiva de actos arbitrarios de contratación municipal de una misma persona (STS878/02, de 17 de mayo), sin que sea resolución a efectos de la tipicidad en el delito de prevaricación la mera ejecución de anteriores resoluciones. En este sentido las ordenes de pago, o las nóminas correspondientes a un contratado, son actos de trámite y de ejecución de una resolución pues “en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material o sobre el fondo del asunto” (STS 411/2013, de 6 de mayo). El abono de los emolumentos de un contratado externo, convenientemente fiscalizado y comprobada la efectiva realización del servicio por el que fue contratado, no es una nueva resolución autónoma respecto del nombramiento no ajustado al ordenamiento sino acto de mero trámite respecto al anterior que sí constituye resolución.

### **III. PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA: SE DESESTIMA** el recurso de apelación subsidiariamente formulado por el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular contra el auto de 6 de abril de 2015 dictado por el Excmo. Sr. Magistrado



Instructor de la presente causa decretando el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, resolución que por consiguiente queda así ratificada.

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.