

Id. Cendoj: 28079120012015201741
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Tipo de Resolución: Auto

Fecha de resolución: 09/09/2015

Nº Recurso: 20490/2015

Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Idioma: Español

Recurso N° 20490/2015

Recurso N° 20490/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Várela Castro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Várela Castro

En la Villa de Madrid, a nueve de Septiembre de dos mil quince.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 15 de junio pasado tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, Exposición Razonada y testimonio de las Diligencias Previas 275/08 (Pieza separada denuncia Ayuntamiento de Jerez -Tomos 1 a 17), que en soporte digital se acompañan, elevada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en el marco de las referidas diligencias que se siguen en dicho Juzgado al existir indiciaría responsabilidad penal de la ex alcaldesa de Jerez DOÑA Elisa que ostenta la condición de Senadora de Las Cortes Generales en la presente X Legislatura, como consta acreditado, por la posible comisión de delitos de prevaricación y falsificación en documento oficial en relación con determinados contratos administrativos para el desarrollo de los servicios de FITUR 2004 llevados a cabo por el IPDC -Instituto de Promoción y Desarrollo de la ciudad de Jerez-1, y, en concreto, por la Alcaldesa de Jerez que lo presidía, en cuanto era el órgano administrativo competente para la adquisición de bienes y servicios del Ayuntamiento de Jerez.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/ 20490/2015 por providencia de 19 de junio se designó Ponente para conocer de la presente causa y

conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Luciano Várela Castro y se interesó del Ilmo. Sr. Secretario de Gobierno de este Tribunal, certificación acreditativa de la condición de aforada de la Sra. Elisa. Acreditada la cual, como ya se dijo, se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la Exposición.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 24 de julio de 2015 en el que dice:

"...que admita su competencia sobre la aforada conforme a lo establecido en los arts. 71.3 CE y 57.1.2 de la LOPJ y no sobre el resto de personas relacionadas en el Exposición. Por otro lado, en cuanto al contenido baste indicar por ahora que los hechos revisten indiciariamente caracteres de delito continuado de prevaricación e incluso de delito continuado de falsificación en documento oficial del art. 390 CP, habiendo alcanzado los indicios de la aforada el nivel de cualificados. Por ello procederá continuar con la tramitación de la causa, por aquellos delitos y respecto de la persona aforada exclusivamente, no respecto de las personas no aforadas, designando Magistrado Instructor...".

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- 1.- Sobre el fundamento de la admisión de la competencia conforme a la exposición razonada remitida por el Juzgado Central de Instrucción nº 6.

La admisión a trámite de una querrela con carácter general se impone en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando "sea procedente" (artículo 312 de aquella norma), para lo que debe tenerse en cuenta la remisión del artículo 306, que encabeza el capítulo segundo del título IV, al capítulo anterior en el que el artículo 299 señala la finalidad de la instrucción y la formación del sumario por el Juez respecto del delito "de que

conozca". Tal conocimiento puede adquirirse, no solamente de oficio sino en virtud de acto de parte constituido por la mera denuncia o, con más razón, por la querrela. Pues bien la admisibilidad a trámite de éstas depende del umbral que determina el artículo 269 y que se corresponde por la manifiesta falsedad o no del hecho comunicado, además de por la falta de relevancia penal del mismo. Con admonición al Juez o Tribunal de responsabilidad si omitiera la admisión a trámite de la noticia que supera tal línea delimitadora.

Ciertamente la asunción de la competencia para instrucción y enjuiciamiento por el Tribunal Supremo, conforme al artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando el imputado es un aforado, ha venido siendo condicionada una menos laxa regla, siquiera más amplia que la diversa a que se refiere el artículo 309 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, como señala la exposición razonada, y la allí citada STS 277/2015 de este Tribunal Supremo: La jurisprudencia ha evolucionado hacia un nivel de indicios cualificado. Se opta por un criterio restrictivo a la hora de aceptar la competencia por implicación de un aforado especialmente cuando se trata de causas seguidas también contra no aforados. No se fija la competencia de la Sala Segunda más que cuando se comprueba que existen indicios sólidos de responsabilidad frente a un aforado. No basta cualquier sospecha o conjetura. No son suficientes las posibilidades, más o menos cercanas, o las alusiones indirectas.

Y es que, tal como deriva de cohonestar lo dispuesto en los artículos 21, 23 y 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cese de competencia por el Juzgado Central (en este caso) y correlativa asunción por el Tribunal Supremo, exige que aquél exponga las razones por las que cree que éste es competente, lo que exige la existencia de indicios contra el aforado que, precisamente por la condición pública de la función de éste, exige ponderar los efectos de la imputación que se admite con las consecuencias de ello en los intereses públicos objetivos, de suerte que la probabilidad de lo imputado sea más exigente ya que, en

definitiva el retraso en asumir la competencia el Tribunal Supremo en modo alguno supone cese en la investigación criminal del hecho imputado.

En todo caso, la valoración de las razones para asumir la competencia se llevará siempre en clave de razonable posibilidad de veracidad de la imputación, sin otra función que la de justificar la existencia misma de la investigación, pero nunca prejuzgando, no ya una culpabilidad, sino ni siquiera la probabilidad que puede ser considerada, incluso implícitamente, en la adopción de ulteriores medidas cautelares o que afecten a derechos fundamentales.

2.- Pues bien la detallada, y bien articulada, exposición que nos remite el Juzgado Central de Instrucción nº 5 destaca como hechos imputados a la persona aforada más sobresalientes, junto con otros de menor entidad, los siguientes:

a) La consciente adopción de resoluciones por la aforada, en relación a la participación del Ayuntamiento de Jerez en el evento FITUR 2004, consistentes en aprobar los pliegos de condiciones de concursos para el otorgamiento de determinados contratos, que ella acabó suscribiendo, a sabiendas de su falta de competencia al efecto;

b) ordenar un procedimiento de contratación, negociación sin publicidad, que excluía la posibilidad de competencia, y que, aunque funcional a su interés en seleccionar la empresa beneficiaría, era notoriamente contrario a Derecho;

c) conocía y permitió que la documentación aportada a los expedientes -pliegos de condiciones, y ofertas de otras empresas adjudicatarias- se confeccionaron y aportaron en fecha posterior a la que se hizo constar en aquellos expedientes. Aún más la suscripción con su firma por la imputada sería posterior a la culminación del evento FITUR 2004.

Sería la propia imputada la que habría ordenado la confección de los expedientes después de la ejecución de los servicios por las adjudicatarias, a las que hizo el encargo sin condición alguna.

d) Una vez construida esa aparente realidad contractual administrativa, la imputada dictaría las nuevas resoluciones necesarias para que se llevaran a cabo los pagos, resoluciones cuya ilicitud administrativa estaba ineludiblemente vinculada a la de la ilicitud de las apariencias así generadas.

3.- Esa narración fáctica de la exposición que nos remite el Juzgado Central nº 5 de los de Instrucción, por más que con los efectos limitados a la admisión de la investigación de esos concretos actos atribuidos a tal imputada, se hace acompañar de los razonamientos que tan limitado alcance exige:

1º.- De la prolija enumeración de documentos obrantes, puede inferirse como dice la exposición, en la causa (subapartado 20 de la exposición razonada). Incompetencia orgánica de quien dicta las resoluciones, la modalidad contractual ilícita con exclusión de competencia frente a los adjudicatarios - beneficiados incluso con relevación de obligatorias fianzas-, y la falta de objetividad selectiva;

2º.- la constatación de que los adjudicatarios ya habían pactado con terceros incluso antes de adquirir tal condición;

3º.- y el postergamiento en el tiempo de la elaboración de los documentos luego unidos al tardío expediente iniciado incluso tras la ejecución de lo acordado en la supuesta contratación administrativa. Cabe compartir con el Instructor la trascendencia de los indicios -correos electrónicos entre los particulares beneficiados y el documento Word hallado en el disco duro de soporte informático aportado por D. Julio- enunciados en el subapartado 22 y 24 de la exposición que se nos remite.

A ello añade la resolución el valor indiciario de los documentos admirativos -enumerados en el subapartado 26- ocupados en los archivos municipales, que

acreditan la secuencia del comportamiento inferido a partir la posterioridad de la "justificación administrativa" que simula un inexistente previo procedimiento al efecto;

4º.- finalmente la vertiente subjetiva del tipo penal de prevaricación, y la consciencia de aquella simulación y secuencia administrativa, es también construida racionalmente, a los limitados efectos de justificar una investigación, partiendo de datos como: el cargo de Alcaldesa y de presidenta del IPDC de la imputada que presupone conocimientos eliminales de Derecho administrativo, los informes de la intervención municipal, la falta de acreditación de las adjudicatarias beneficiadas de su correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias, exigencia de conocimiento presumible también en la imputada, y, con especial relevancia, el conocimiento de que toda la simulación procedimental se construyó ex post incluso a la ejecución de los servicios contratados;

5.- la valoración jurídica de los hechos posibles descritos y atribuidos a la AFORADA son susceptibles de ser calificados como constitutivos de un delito de prevaricación continuada. Incluyendo como resolución a insertar en dicha continuidad, las decisiones aprobando efectuar los pagos y ordenando que fueran hechos, actos estos que exigen una nueva resolución por muy determinada que venga por los antecedentes.

También pueden ser constitutivos del delito de falsedad en documento público.

Ambas calificaciones han sido extensa y atinadamente justificadas en la exposición del Juzgado Central.

SEGUNDO.- 1.- Por el contrario no cabe compartir la decisión de dicho Juzgado de reenviar la competencia a este Tribunal Supremo en relación con las personas no aforadas partícipes en dichos delitos.

Se funda ese reenvío en el concepto de "conexión material inescindible con los imputados a la persona aforada".

2.- La conexión es un concepto procesal que se refiere al objeto del proceso, a diferencia de los conceptos de derecho material relativo ya al concurso de delitos ya a la pluralidad de partícipes en los mismos.

Sin entrar a valorar ahora las tesis que, en el debate de la dogmática, identifican el "objeto" del proceso penal con la "pretensión" ejercitada en el mismo, para resolver los problemas de aplicación de la ley procesal, a los efectos de dilucidar las cuestiones de competencia o la de unidad de procedimiento aquel objeto, entendido como aquello sobre lo que "versa" se constituye por el hecho justiciable en cuanto atribuido a una persona concreta. De tal suerte que, incluso en los casos de unidad procedimental, habrá tantos objetos y, por ende, procesos, cuantos sean los hechos o cuantas sean las personas partícipes en un solo hecho. La competencia y el procedimiento se determinan en función del objeto así entendido.

Por ello, cuando son varios los partícipes, aunque el hecho sea el mismo, la unidad procedimental no es una excepción necesaria de la regla del artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ésta parte del término delito con equivocidad técnica. De tratarse de un concurso ideal, según el Derecho penal, la regla, conforme a ese precepto sería la pluralidad de "procesos", expresión ésta también discutible ya que, debiera referirse a "procedimientos. Pues, adviértase, concurso de delitos no equivale a conexidad. Aquél es un concepto del derecho penal y ésta del procesal.

3.- Por otra parte, como dijimos en nuestra STS nº 471/2015 de 8 de julio: La unificación de procedimiento tiene una funcionalidad de mera facilitación de tramitación o de resolver los problemas derivados de la inescindibilidad del enjuiciamiento.

Ésta puede estimarse, en principio, en los casos de unidad de delito y pluralidad de partícipes, que, como dijimos, puede no constituir un caso de conexidad. Existe ésta en los casos 1º y 2º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El apartado 5º se condiciona a la unidad de persona imputada por pluralidad de hechos delictivos.

Lo relevante es que la conexidad que obliga a reunificar los plurales objetos procesales en un único procedimiento, tiene un alcance utilitario funcional para el remedio de la inescindibilidad.

Por ello, como dijimos en aquella sentencia de esta Sala: cuando la unidad procedimental se erige en escollo, causa de dificultades, o cuando desaparece esa inescindibilidad, la unidad de procedimiento es relevada por la misma ley, como ocurre en el caso del artículo 762 y a salvo de las específicas excepciones dirigidas a mantener la competencia específica previstas en la ley, que no la unidad procedimental (artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) cuando establece la prevalencia de la jurisdicción ordinaria frente al aforamiento, (artículo 272 de la misma que atribuye la competencia al tribunal al que uno de los querellados estuviere sometido por disposición especial de la ley, ó artículo 5 de la LOTJ).

La unidad procedimental resulta especialmente poco plausible cuando se asienta en la hipótesis del nº 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ello sin correlato en otras normas como la reguladora del Tribunal del Jurado o de la justicia militar. Una poco leal interpretación de tal norma ha venido dando lugar a una voracidad oficiosa de algunas instrucciones que recuerdan la implicación arrastrante de los ramos de cerezas y que podría poner incluso en cuestión la compatibilidad de tal oficiosidad con la percepción de imparcialidad de los órganos judiciales que así actúan.

Desde nuestra STS nº 990/2013 de 30 de diciembre hemos reflexionado sobre esa práctica originadora de los conocidos como macroprocesos de dudosa pertinencia, postulando que la nada escasa indeterminación del criterio de conexidad establecido en el nº 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debe impedir la ponderación de intereses contrapuestos en el trance de decidir la acumulación de procesos, con sendos y diferenciados objetos, en un único procedimiento. Más si cabe, cuando las pretendidas ventajas de dicha acumulación son de relevancia muy inferior a la de los perjuicios que conlleva.

Por un lado por la complejidad que redunda en dilaciones de la tramitación. Dilaciones que no se acarrearían en el caso de plurales procedimientos e intervención de pluralidad de órganos jurisdiccionales.

La disparatada prolongación de las sesiones de juicio oral, con separaciones en el tiempo de pruebas que versan sobre hechos diversos, en la medida de la flaqueza de la humana memoria, se puede traducir, en un debilitamiento de los deseables beneficios de la inmediación.

No son desdeñables los perjuicios que implica trasladar a algunos de los sujetos pasivos del procedimiento las consecuencias gravosas inherentes a la dilación, que encuentra su causa en las exigencias temporales de las actuaciones seguidas respecto de otros sujetos, en nada relacionados con los demás intervinientes.

Por otra parte los supuestos beneficios de la acumulación no parecen siempre de obligada renuncia, en caso de tramitación autónoma del procedimiento. Incluso cuando algunos de los sujetos tengan participación en todos los hechos objeto de cada uno de los procesos acumulados. Ni en cuanto a la prueba, pues siempre será menos oneroso la parcial reiteración de la misma en diversos procedimientos de los concretos aspectos comunes, que subordinar la duración de lo sencillamente enjuiciable a la demora exigida por lo de enjuiciamiento dificultoso. Ni en cuanto a los beneficios penológicos para el reo, a cuyos efectos la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé los mecanismos necesarios (artículo 988).

4.- Esta doctrina de la STS 990/2013, se ha reiterado en el Auto de 13 de noviembre de 2014, en el recurso 20619/2014, en el que se ratifica para un supuesto específico en el que en que, de los plurales imputados, solamente alguno es aforado.

Se recordó en tal ocasión que sin olvidar la importancia que puede presentar la visión de conjunto, procede señalar la conveniencia de que se respete en la máxima medida posible el derecho al juez ordinario respecto de cada una de las personas a las que se imputan hechos punibles (Autos de 29 de junio de 2006 y 23 de junio de 2009).

En consecuencia, la extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los imputados a las personas aforadas, lo cual puede apreciarse, en algunos casos, desde un primer momento, y, en otros, ser resultado de la investigación, lo que determinará, en este último supuesto, que la Sala adopte las pertinentes resoluciones sobre el particular, a propuesta del instructor.

A tales resoluciones cabe añadir la cita de las invocadas por el Ministerio Fiscal en su informe.

Que la participación en un mismo hecho no es insalvable para plurales enjuiciamientos se pone bien de manifestó con recordar que la ausencia de uno de ellos al tiempo del juicio oral no determina sin más la suspensión de éste, (artículo 746). Bastará que existan elementos suficientes para juzgarles con independencia.

La inescindibilidad no deriva de la evitación de duplicación de actividades probatorias, ya que aquélla ni es un concepto económico ni se equipara a mera dificultad. Menos aún de la inexistente, como regla general, extensión en el posterior juicio de los efectos de cosa juzgada, derivada de la previa sentencia, a la decisión del juicio posterior.

5.- En el presente caso la prevaricación es un delito especial propio por lo que la imputación al aforado difiere en esencia de la que pueda atribuirse a aquellos en quienes no concurren las circunstancias típicas del sujeto activo y cuya responsabilidad deriva de actos diversos del de dictar una resolución injusta.

La falsedad, por más que atribuibles a diversos sujetos, y entre ellos a los que no la materializan, se imputa también en función de los diversos papeles asumidos en la ejecución del delito, diversidad de conductas que son ajenas a la inescindibilidad que determina la unidad de enjuiciamiento. Incluso siendo reconocible la concurrencia de conexidad procesal.

Por ello la asunción de competencia que llevaremos a cabo en la parte dispositiva se circunscribirá a los actos imputados a la persona aforada.

TERCERO.- Incluso cuando la prescripción puede ser apreciada de oficio y en cualquier momento, es claro que siendo presupuesto de la misma el transcurso de determinado tiempo entre las fechas de cómputo legalmente determinadas, parece más oportuno partir, en principio, de la conveniencia de condicionar su estimación al resultado de la investigación respecto a la concurrencia de aquellos elementos de naturaleza histórica.

La aforada se ha dirigido a este Tribunal alegando la concurrencia de esa causa de extinción de responsabilidad, con cierta precipitación procesal en la medida que tal decisión por este Tribunal no puede preceder a la asunción de competencia.

Ello no impide entrar a valorar lo que, en todo caso, podríamos valorar de oficio sobre dichos particulares fácticos presupuesto de la prescripción en la medida que puedan extraerse de la exposición razonada que se nos remitió.

Entiende la aforada que el delito se consumó, a lo sumo en enero de 2004, ya que los actos relativos al pago a la adjudicataria los estima de "agotamiento" del delito. Y fija en diez los años a transcurrir para producirse la prescripción.

Pues bien, los pagos son fruto de sendas resoluciones -aprobación y orden de efectuarlos- que, pese a su relación con el procedimiento de adjudicación, son diversas de éstas. Y que, como bien indica el Ministerio Fiscal tienen su específica regulación administrativa. Para el caso el RD legislativo 2/2004 de 5 de marzo.

El tiempo de su ejecución hace aplicable la posibilidad de pena superior en grado en mitad inferior -prevista en el artículo 74 del Código Penal para el delito continuado, tras la reforma por Ley Orgánica 15/2003-, pues aquél se sitúa después del 1 de octubre de 2004 en que tal norma entró en vigor. Es decir de inhabilitación hasta doce años y seis

meses de inhabilitación. Por ello la prescripción exige quince años desde el último acto de comisión del delito continuado. La pena prevista en el artículo 404 tras la reforma de la prevaricación por la Ley Orgánica 1/2015 llegaría a quince años

De ahí que, sin perjuicio de ulteriores decisiones amparadas en el resultado de la instrucción o prueba en juicio oral, por el momento no cabe declarar la prescripción de las infracciones imputadas a la aforada.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1º) Declarar la competencia de esta Sala para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento con respecto a la aforada Elisa. 2º) La apertura del procedimiento, designando Instructor, conforme al turno establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Antonio del Moral García, a quien se le comunicará dicha designación a los efectos oportunos.

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.