

ES COPIA

Recurso N°: 20077/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. Joaquín Giménez García
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil quince.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 29 de enero pasado se recibió en el Registro General de este Tribunal, Exposición Razonada que eleva el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Sevilla en el marco de las Diligencias Previas 6894/2013 que se siguen en dicho Juzgado, incoadas en virtud de denuncia formulada por la Fiscalía de Sevilla por presuntos delitos de malversación de caudales públicos

del art. 432.1 CP, y prevaricación del art. 404 CP, contra DON JUAN CARLOS CAMPOS JABALQUINTO, DON ELOY FLORENTINO CARMONA y DOÑA MERCEDES FUENTES PANIAGUA a tenor de unos hechos que se centran en la facturación abonada al Sr. Campos Jabalquinto por el Excmo. Ayuntamiento de Tomares en el periodo comprendido entre 1/10/07 a octubre de 2009 en base al soporte contractual y documental obrante en las actuaciones, así como en referencia a la actividad desarrollada por el Sr. Campos Jabalquinto en el periodo comprendido entre enero de 2010 al 18/4/2010 y de mayo de 2010 a junio de 2011 en trabajos contratados por el Ayuntamiento de Tomares del que es Alcalde-Presidente DON JOSÉ LUIS SANZ RUIZ quien también ostenta la condición de Senador en la presente X Legislatura conforme consta acreditado en autos.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/ 20077/2015, por providencia de 30 de enero se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Presidente de esta Sala Excmo. Sr. Don Manuel Marchena Gómez y se interesó del Ilmo. Sr. Secretario de Gobierno de este Tribunal certificación acreditativa de la condición de aforado del SR. SANZ RUIZ. Acreditada la cual como ya se dijo se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 3 de marzo pasado interesando que, procede no aceptar, por ahora, la competencia del procedimiento incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Sevilla, con remisión a dicho Juzgado de testimonio de la presente resolución para que continúe el mencionado procedimiento conforme a Derecho, procediendo como aconseje la investigación sumarial, y solo en el supuesto de que se acredite y concrete participación de la que pudiera derivarse alguna responsabilidad de persona aforada en los hechos denunciados, entonces se

eleven todas las actuaciones a este Tribunal a los efectos correspondientes.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Sevilla elevó a esta Sala Exposición Razonada, en relación con los hechos investigados en las DP 6849/2013, incoadas en virtud de denuncia formulada por el Ministerio Fiscal, por los delitos de prevaricación del artículo 404 del CP y malversación de caudales públicos del artículo 432 del mismo texto legal. Ello por una presunta facturación irregular del Ayuntamiento de Tomares a Juan Carlos Campos Jabalquinto, en el período comprendido entre octubre de 2007 y octubre de 2009, figurando como imputados Juan Carlos Campos Jabalquinto, Eloy Florentino Carmona Enjolras (Concejal Delegado de Presidencia) y Mercedes Fuentes Paniagua (Concejal Delegada de Medioambiente, en la fecha de los hechos).

En la denuncia también se hace referencia a la actividad desempeñada por el Sr. Campos, entre enero de 2010 y junio de 2011, para la empresa “Guerra I 21 servicios, SL”, a su vez contratada por el Ayuntamiento de Tomares; hechos que podrían ser constitutivos de los delitos antes citados y que se imputan al Sr. Campos, a los administradores solidarios de la empresa, a Eloy Florentino Carmona Enjolras (Concejal Delegado de Presidencia) y a Alfonso Barrios Cardona (Interventor del Ayuntamiento).

Concluye la Exposición que pueden existir, en los dos hechos descritos, indicios contra el Alcalde de Tomares, José Luis Sanz Ruiz, Senador en la presente legislatura, por lo que dada su condición de aforado, se remiten las actuaciones a esta Sala.

2.- La Exposición Motivada describe que, en un primer periodo, comprendido entre octubre de 2007 y octubre de 2009, existen indicios del pago de una retribución al Sr. Campos sin justificarse soporte contractual suficiente y sin acreditarse la efectiva prestación de servicios.

Así, consta celebrado un “contrato menor de consultoría y asistencia”, de fecha 10 de octubre de 2007, que aparece suscrito por el Sr. Campos y el Alcalde del ayuntamiento, José Luis Sanz Ruiz (aforado), para el periodo de 1 de octubre de 2007 a 30 de septiembre de 2008, estableciendo unos honorarios mensuales fijos de 975 euros y la cantidad de 150 euros por informes de especial complejidad.

Los servicios de asesoramiento y consultoría consistían en: inspección de servicios de limpieza, supervisión de los trabajos propios del área de vías y obras, compra e inventario de existencias, inspección de red de saneamiento, control de mantenimiento y conservación de edificios municipales, control del mantenimiento de parques y jardines, supervisión y coordinación del funcionamiento y mantenimiento del parque móvil y cualquier otra función complementaria de las anteriores, relacionada con la Delegaciones de Vías y Obras y Medio Ambiente.

Según la Exposición, existen indicios de que los informes aportados, además de carecer de complejidad alguna, han sido realizados con posterioridad al periodo de contratación, según se deriva de las pruebas practicadas (intervención de los ordenadores, judicialmente autorizada, y pruebas testificales).

En relación con la aprobación del gasto para la cobertura de este contrato, se aporta un documento suscrito por el Sr. Carmona, el Sr. Alcalde y el Sr. Interventor, fechado el 6 de mayo de 2008, en virtud del cual se propone la contratación, solicitando la aprobación del gasto, que aprueba el Sr. Alcalde por

importe máximo de 18.000 euros más IVA. De lo que se deduce que no existe aprobación del gasto para el periodo anterior desde octubre de 2007 a mayo de 2008, y que se superó ampliamente el límite de dinero establecido, habiéndose abonado al Sr. Campos un total de 52.454,88 euros; y si nos limitamos al periodo al que se circunscribe el contrato, 24.525,88 euros.

Las propuestas de gasto sucesivas las firma el Sr. Carmona, como Concejal de Presidencia y la última la Sra. Fuentes, como Concejal Delegada de Medio Ambiente.

Por su parte, las facturas presentadas y abonadas durante la ejecución del contrato fueron firmadas por el propio Sr. Campos, quien las presentó en el Registro del Ayuntamiento, y tras ello pasan al concejal de área, que las firma con un sello del siguiente tenor literal: “certifico que la prestación/el servicio/suministro efectuado, se ha realizado de conformidad con el artículo 59 del RD 500/90”. Por último, pasan a Intervención del Ayuntamiento.

La Concejal de área, la Sra. Fuentes, admitió en su declaración que no verificó que las facturas se correspondieran con informes efectivamente realizados, y el Interventor sostuvo que las facturas se recibían con el visto bueno del Concejal, que desde Intervención exigían el sello de conformidad y la firma de garantía y que ambos requisitos concurrían en las facturas referidas.

Se concluye en la Exposición elevada que estos hechos pudieran ser constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 404 del CP y de malversación de caudales públicos del artículo 432 del mismo texto legal, al constar el pago de una retribución al Sr. Campos sin justificar soporte contractual suficiente y sin acreditarse la efectiva prestación de “servicios”; resultando imputados, como se indicó, el propio Sr. Campos, el Sr. Carmona Enjolras y la Sra. Fuentes, y apuntando que existirían indicios que pudieran determinar la imputación del propio Alcalde, D. José Luis Sanz Ruiz

Respecto al segundo periodo recogido en la Exposición remitida a esta Sala, el Sr. Campos prestó servicios para el Ayuntamiento contratado por la empresa “Guerra I 21 servicios S.L” que, a su vez, había firmado un contrato con el Ayuntamiento de Tomares, suscrito por el Alcalde y un administrador de la citada empresa, en fecha 1 de mayo de 2010, siendo el objeto de dicho contrato la externalización del servicio de supervisión del “Plan E 2010”. Supuestamente, fue el Concejal Sr. Carmona quien propuso la contratación del Sr. Campos y fue el Interventor Sr. Barrios quien estaba encargado de la gestión del Plan E, si bien ambos imputados niegan estos hechos.

El Sr. Campos fue contratado en dos periodos. El primero (7 de enero de 2010), como supervisor a tiempo parcial; y el segundo (21 de mayo de 2010), a tiempo completo -a pesar de que después de finalizar este contrato continúa prestando sus servicios-. En cualquier caso, no consta qué concretas funciones realizó, siendo las facturas presentadas en este periodo, presuntamente, firmadas por Dña. Pilar Domínguez Sierra, Concejal de Urbanismo y Vías y Obras; excepto dos de ellas, que son firmadas por D. Eloy Carmona.

Se concluye en la exposición que estos hechos podrían ser también constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del CP y de malversación de caudales públicos del artículo 432 del mismo texto legal, y que los imputados, serían, como se apuntó, el Sr. Campos, los administradores de la empresa, el Concejal Eloy Florentino Carmona Enjolras y el Interventor Alfonso Barrios. Pudiendo existir, como en el caso anterior, indicios que pudieran determinar la imputación del propio Alcalde D. José Luis Sanz Ruiz.

3.- La competencia para la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Diputados y Senadores, corresponde a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (v. arts. 71.3 CE y 57.1.2º LOPJ). Hemos reiterado 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. Pero no es menos cierto el carácter excepcional de las mencionadas normas, que atribuyen competencia al Tribunal Supremo para conocer de las causas criminales contra las personas aforadas por razón de los cargos que desempeñan. Y tal carácter excepcional justifica el que esta Sala venga exigiendo, cuando se imputan actuaciones criminales a un grupo de personas y alguna de ellas tiene el carácter de aforado, no solo 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 (cfr. autos de esta Sala dictados en causas especiales: de 27/1/1998, 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 sea menester que existan suficientes indicios de responsabilidad contra la persona aforada (v. art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912).

4.- Examinada la Exposición Motivada, en ella se describen los hechos investigados, pero no se mencionan en la misma los concretos indicios de criminalidad existentes contra el aforado, el Alcalde del Ayuntamiento de Tomares.

Inicialmente la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal no se dirige contra el Alcalde y en la Exposición remitida a esta Sala, tras explicar los hechos objeto del procedimiento, únicamente se dice que pudieran existir indicios contra el mismo, pero sin concretar cuáles.

En el periodo comprendido entre octubre de 2007 y octubre de 2009, únicamente se imputa al Alcalde la firma del contrato con el Sr. Campos, de fecha 10 de octubre de 2007, a propuesta del Concejal Sr. Carmona, y la firma del documento inicial de aprobación de gasto, de 6 de mayo de 2008. Las facturas presentadas, que supuestamente no se corresponden con ningún servicio

prestado y que no obstante son abonadas, son firmadas por el Concejal de área y visadas por el Interventor, sin que conste participación o intervención alguna del Alcalde en estas funciones de control y verificación en la ejecución del contrato.

En cuanto al segundo periodo, igualmente figura la firma del Alcalde en el contrato con la empresa en la que presta sus servicios el Sr. Campos, pero en este caso, como ocurría anteriormente, no es el aforado quien firma las facturas presentadas durante la ejecución del contrato -presuntamente “vacías de contenido”, por no corresponder a ningún trabajo realizado-, siendo las mismas firmadas por dos concejales y visadas por el Interventor.

5.- La conducta de José Luis Sanz Ruiz, según el relato de hechos y los indicios relacionados, no es susceptible de subsumirse indiciariamente en el delito de prevaricación y tampoco en el tipo penal de malversación de caudales públicos.

De un lado, el artículo 404 del Código Penal, que regula la prevaricación, establece que la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala -STS 1021/2013, de 26 de noviembre o 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.

Las resoluciones dictadas por el Alcalde que podrían incardinarse en este precepto, según la Exposición remitida, serían: 1) el contrato celebrado con el Sr. Campos, en fecha 10 de octubre de 2007; 2) el documento de aprobación de gasto, de 6 de mayo de 2008; y 3) el contrato celebrado con la empresa “Guerra I 21 servicios, S.L”.

1) En cuanto al primer contrato, no existen indicios de que sea contrario a Derecho: se aplicó la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el alcalde es el órgano competente para su celebración y no se ha omitido el procedimiento legalmente establecido. Por lo tanto no existen indicios de que estemos ante una resolución arbitraria. Cuestión distinta es que después de celebrado el contrato se vulnere la norma citada, en cuanto a su duración y cuantía, pero se trata de actuaciones posteriores e independientes a la contratación propiamente dicha.

No se acredita indiciariamente tampoco que el Alcalde tuviera conocimiento de los informes presentados por el Sr. Campos o de la ausencia de los mismos, ni de su contenido o de la fecha de su elaboración, pues no consta su intervención en el control de la ejecución del contrato, sino que es el Concejal de área quien supuestamente realiza esta función, según parece derivarse de la Exposición remitida.

2) En lo que se refiere al documento de aprobación de gasto, existe previa propuesta del Concejal y posterior ratificación del Interventor. El alcalde pues no realiza ninguna conducta aparentemente irregular y además establece una limitación económica, conforme con la legislación aplicable, siendo como

indicamos un hecho posterior e independiente la vulneración de ese límite previamente fijado.

3) Por último, en relación con el contrato celebrado con la empresa “Guerra I 21 servicios, S.L”, consta como objeto la externalización del servicio de supervisión del “Plan E 2010” y no presenta tampoco, al menos indiciariamente, las características de una resolución arbitraria, no consta que se haya efectuado infringiendo la ley u omitiendo el procedimiento legalmente establecido. Existen dudas sobre qué persona concreta propuso la contratación, pero en cualquier caso se refieren a personas distintas del aforado.

Tampoco en este supuesto se señalan concretos indicios de que el Alcalde controlara la ejecución de este contrato y conociera de la actuación desarrollada en su cumplimiento por el Sr. Campos.

En cuanto al delito de malversación, regulado en el artículo 432 del CP, se refiere a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones .

La STS 228/2013, de 22 de marzo establece que:

«El delito de malversación exige para su comisión los siguientes elementos: 1. Que el agente sea un funcionario público. 2. Que el mismo tenga una detentación material de los caudales o una facultad de decisión jurídica sobre los mismos. 3. Que los caudales tengan la consideración de "públicos", aunque no sea necesario que estén realmente incorporados al patrimonio público, bastando con que sea su destino que pasen a engrosar ese patrimonio. Y, 4. Que la conducta del agente consista con ánimo de lucro, en "sustraer" o "consentir que otro sustraiga" tales caudales (SSTS. 132/2010 de 18.2, 1374/2009 de 29.12, 252/2008 de 22.5)».

Según se ha expuesto, José Luis Sanz Ruiz no ha firmado las facturas presentadas supuestamente relativas a trabajos no realizados, ni consta que haya tenido conocimiento de que, presuntamente, se estaban pagando facturas por trabajos inexistentes. Como se ha indicado anteriormente, en la Exposición remitida no se mencionan indicios de que el Alcalde interviniera en la ejecución de los contratos, y por lo tanto, de que fuera conocedor del posible mal uso del erario público al efectuarse los abonos mencionados.

Efectivamente, son los concejales de área quienes firman las facturas y en algunos casos, como reconoce la Concejala Dña. Mercedes Fuentes, no se verificó antes de firmar que la factura se correspondiera con un informe efectivamente realizado. Por su parte, el Interventor admite que se limitó a verificar que las facturas presentaban el sello y la firma del concejal acreditativos de que los servicios se han prestado correctamente.

6.- En definitiva, no constan indicios de la falta de legalidad de la contratación, en la que interviene el aforado en su condición de Alcalde del Ayuntamiento; sino que se exponen los indicios de delito en la ejecución posterior de los contratos, siendo que en esta fase no se acredita, ni aun indiciariamente, la participación del aforado. No hay indicios de que el aforado sustrajera o consintiera que lo hiciera un tercero, caudales o efectos del Ayuntamiento, por lo que no se aprecian indicios de malversación de caudales públicos.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la falta de competencia de esta Sala para asumir la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de las DP 6489/2013 del Juzgado de instrucción núm. 8 de Sevilla al no resultar indicios relevantes contra persona aforada, debiendo acordarse el archivo del presente rollo con

comunicación al Juzgado que elevó la exposición razonada y devolución de las diligencias de las que deberá seguir conociendo.

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.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón

D. Joaquín Giménez García

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García