

SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, CEUTA Y MELILLA

CAUSA ESPECIAL Nº 12/2020

Ponente Sr. Ruiz-Rico Ruiz-Moron

A U T O NÚM. 42

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

EXCMO. SR. PRESIDENTE
D. LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ
ILMOS. SRES .MAGISTRADOS
D. JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORON
D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO

Granada, dieciocho de
junio de dos mil veinte.

Dada cuenta; el anterior escrito del Ministerio Fiscal únase y entréguese copia a la querellante y,

H E C H O S

Primero.- Por el Procurador D. Javier Fraile Mena, en representación de Arriaga Asociados Aje SL, se interpuso querella contra los Ilmos Sres, D. Juan Márquez Romero, D. José Herrera Tagua y D. Conrado Gallardo Correa, Magistrados integrantes de la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, especializada en derecho civil y competente para la resolución de los recursos sobre las reclamaciones entre consumidores y los bancos, por hechos supuestamente cometidos en el ejercicio de su cargo, en concreto en la sentencia dictada en autos de juicio ordinario 422/2017, que la querellante reputa incursos en un delito de prevaricación.

Segundo.- Incoada la presente Causa Especial, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que lo evacuó en fecha 9 de junio de 2020, por quien se emitió informe en el sentido de interesar la inadmisión a trámite de la denuncia y correspondiente archivo de la presente causa especial.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 73.3 b) de la ley Orgánica del Poder Judicial, siendo los hechos descritos en la querella presentada y que da lugar al inicio de la presente Causa Especial, supuestamente realizados por los querellados, integrantes de la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el ejercicio de su funciones jurisdiccionales y, además, cumplidos los requisitos de persigüibilidad establecidos en el art. 406 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es evidente que esta Sala tiene competencia para la investigación y esclarecimiento, en su caso, de los hechos.

Se indica en la querella se denuncia que al dictar los querellados la sentencia de 23 de abril 2020, desestimando un recurso de apelación contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 Bis de Sevilla, la Audiencia Provincial de Sevilla se apartó de manera jurídicamente insostenible del criterio vinculante establecido en la sentencia de 3 marzo 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en lo que se refiere al control de transparencia material de la cláusula en la que se fija como interés remuneratorio el IRPH más un diferencial. A juicio de la querellante, de los razonamientos y la parte dispositiva de la sentencia del alto tribunal europeo no había más opción, en el caso concreto enjuiciado por la Audiencia Provincial, que anular la cláusula de fijación de dicho interés por falta de transparencia y, en consecuencia, por su carácter abusivo, siendo así que la Audiencia Provincial habría despreciado o desatendido el carácter vinculante de dicha sentencia, aferrándose a un criterio seguido anteriormente por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de diciembre de 2017.

Creemos conveniente antes de examinar el caso concreto y al hilo del contenido de la querella, hacer las siguientes consideraciones de carácter general, que aún por sabidas, nos sirven para dar una decisión sobre la cuestión planteada.

SEGUNDO.- La existencia de un poder judicial es uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho, su consideración de independiente es una condición que posibilita la condición de legitimidad del Estado. Al mismo tiempo

un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del juez exclusivamente a la ley (art. 117 CE). Esta sujeción del juez a la norma supone la ausencia de responsabilidad del juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley, de esta manera se garantiza la vigencia real del Derecho y la protección jurídica de los ciudadanos.

Pero esa tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. En primer lugar, pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos.

Por ello, la cuestión de la responsabilidad penal del juez comienza allí donde la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana, sino al abuso de las funciones del juez. En estos supuestos la disfunción no es imputable al sistema, sino al juez, y es en estos casos donde se hace necesaria las exigencias de responsabilidad penal del juez como "contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia". Una de las respuestas legales a los abusos de los jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo el supuesto de la prevaricación, en el que lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica STS de 3 de febrero de 2009).

Ahora bien, para diferenciar estas conductas de las que suponen falibilidad humana, se han propuesto diversos criterios. Desde una formulación subjetiva, el juez ha prevaricado o abusado de su función al favorecer o perjudicar a alguna parte del proceso cuando aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable, en contra de la interpretación del Derecho que él mismo asume pero de la que se aparta. Esta concepción ha sido rechazada puesto que los ciudadanos están sujetos al ordenamiento y no a la convicción del juez. Objetivamente, por el contrario, se afirma que la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el

quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles -independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable.

La anterior teoría es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discretionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento.» (STS de 3 de febrero de 2009)

"El término "injusto" o "injusta" que aparece repetido en distintos tipos del delito de prevaricación, referido tanto a resoluciones judiciales (arts. 351 a 356) como a las administrativas (art. 358), aparece cualificado con el adverbio "manifestamente" cuando se definen estas figuras de infracción criminal en su modalidad culposa (arts. 355 y párrafo II del 358), como si el legislador en estos delitos hubiera querido exigir un menor grado de injusticia para las infracciones dolosas. Pero es lo cierto que tanto en unas como en otras este elemento objetivo se viene requiriendo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya de antiguo (Sentencia de 21-1-1911), de modo extremadamente riguroso, pues sólo cabe prevaricación, cualquiera que sea su clase (judicial o administrativa) o su modalidad de comisión (dolosa o culposa), cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la Ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba; y así la jurisprudencia viene con frecuencia utilizando los términos de "patente,

notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico", "tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera", y otros semejantes, que ponen de relieve el que no basta una mera ilegalidad que pudiera entenderse más o menos justificable con algún modo razonable de interpretar los hechos o la norma jurídica, que tienen sus posibilidades de corrección en el ámbito de los recursos propios del caso, sino que se reserva el Derecho Penal para aquellos casos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionabilidad de la resolución de que se trate, conforme al principio de "intervención mínima". (SSTS de 20 de abril, 10 de julio, 6de octubre y 14 de noviembre todas de 1.995).

En conclusión, los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad en la injusticia, **faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que en uno u otro grado son discutibles en Derecho.** En tal sentido se pronunció la STS de 4 de julio de 1996 declarando que no basta con una mera ilegalidad que pudiera entenderse más o menos justificable con algún modo razonable de interpretar los hechos o la norma jurídica, reservándose el Derecho Penal para aquellos casos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate.

Es la naturaleza injusta de la resolución, pues, lo que plantea mayores problemas. La injusticia puede provenir de la absoluta falta de competencia por parte del sujeto activo, por la inobservancia de esenciales normas de procedimiento, o por el propio contenido de la resolución, de modo tal que suponga un "torcimiento del derecho", o una contradicción con el ordenamiento jurídico, tan patente y manifiesta, que pueda ser perfectamente apreciada por cualquiera, **dejándose de lado, obviamente, la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, que ocurre en tantas ocasiones en el mundo jurídico.** En definitiva, los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad de la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que en uno u otro grado son discutibles en derecho.» (STS de 24 de junio de1998). La injusticia, por tanto, se cifra en el coeficiente de la arbitrariedad de la decisión o bien en la contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, pero o en la contrariedad o en el desacuerdo con resoluciones judiciales que pueden ser

corregidas mediante el uso razonable del régimen de recursos previstos legalmente.

TERCERO.- A la luz de lo anteriormente expuesto la conclusión general a la que llegamos es que no existen indicios suficientes que permitan considerar la existencia de un delito de prevaricación judicial en el dictado de la sentencia dictada por los componentes de la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Así, como decíamos en nuestro auto de 10 de junio de 2020, resolviendo una cuestión similar a la presente: " Una sola pero elemental consideración basta para calificar la querella presentada como ejemplo palmario de un ejercicio abusivo de la acción popular penal: sobre la cuestión de si la falta de información al prestatario del comportamiento del IRPH en un periodo anterior a la fecha del contrato de préstamo comporta o no un defecto de transparencia material, no sólo ha habido disparidad de criterios en los tribunales desde hace tiempo, y un intenso debate doctrinal, sino que dicha disparidad de criterios continúa aún después de la sentencia del TJUE: así, al menos que conste a esta Sala, con posterioridad al dictado de tal sentencia, en supuestos francamente similares al estudiado por la Audiencia Provincial de Sevilla, las Audiencias Provinciales de Barcelona, Madrid, Granada y Cáceres han considerado que la falta de simulaciones, de explicaciones precisas sobre el modo de cálculo y significado del IRPH, o de información sobre su comportamiento anterior, no constituye falta de transparencia material, mientras que otras Audiencias Provinciales, como la de Álava de 14 mayo 2020) o la de Málaga (21 abril 2020) han sostenido lo contrario.

Tal disparidad de criterios es, en sí misma, incompatible con el reproche de prevaricación, pues no puede decirse que un criterio es *absolutamente insostenible en Derecho* cuando viene siendo *sostenido* no por un órgano judicial o por un autor, sino por varias Audiencias Provinciales de manera motivada y argumentada.

Se trata, inequívocamente, de un asunto en el que concurre *interés casacional*, precisamente porque se hace necesario un (nuevo) pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión, en vista de un elemento novedoso, equiparable a la aprobación de una ley, cual es la sentencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea. Resulta difícil de entender la razón por la que, antes de acudir al cauce *natural* para zanjar la controversia, la mercantil querellante acude de manera tan extravagante a la jurisdicción penal, bajo el grosero manto de la prevaricación judicial, en relación a una cuestión jurídica que reclama a todas luces la consolidación de un criterio por el órgano llamado a cumplir esa función: la Sala Primera del Tribunal Supremo".

Pero es que además, en ningún caso puede sostenerse el reproche principal que la querellante hace a los magistrados contra los que se dirige de: que no han respetado el carácter vinculante de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y no es así porque la sentencia de la Audiencia Provincial tiende expresamente en cuenta la del TJUE (fundamentos jurídicos quinto y sexto) y lo hace como parte de su premisa para sus razonamientos. Cosa distinta es que al querellante le parezca desacertado el modo de aplicarla, de entre los varios posibles. El planteamiento de la querella confunde los planos de vinculación normativa e interpretación jurídica: sería como si cualquier interpretación revocada por un órgano judicial superior se calificase como indicio de que el juez ha seguido su propia concepción de justicia sin sentirse vinculado por la norma.

CUARTO.- Lo expuesto es bastante para, siguiendo el informe del Ministerio Fiscal acordar la inadmisión a trámite de la querella, pues sin necesidad de diligencia alguna mas de investigación puede determinarse ya que los hechos expuestos en la querella carecen de relevancia penal.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal,

D I S P O N E

Que ha de inadmitirse a trámite la querella interpuesta por la representación procesal de ARRIAGA ASOCIADOS AJE SL contra los Ilmos

Sres. D. Juan Márquez Romero, D. José Herrera Tagua y D. Conrado Gallardo Correa, integrantes de la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la querellante a través de su Procuradora, haciéndole entrega de copia del Informe del Ministerio Fiscal.

Póngase esta resolución en conocimiento de los querellados.

Así, por este Auto, frente al que cabe recurso de súplica ante esta misma Sala en el término de tres días, lo acordaron, mandaron y firmaron el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala al inicio relacionados. Doy fe.-

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."