

En Madrid a uno de septiembre de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. Miguel Torres Álvarez, Procurador de los Tribunales, nombre y representación de D. Roberto, se solicita mediante escrito de 10 de mayo 2010 (con fecha de entrada en registro de 11 de mayo de 2010), el sobreseimiento y archivo de la causa respecto de su representado.

Ya en fecha 7 de septiembre de 2009, el Magistrado Instructor denegó la solicitud de sobreseimiento presentada por Roberto el 15 de abril de 2009, basándose en que las diligencias de investigación no estaban debidamente cumplimentadas para determinar si procedía acordar el sobreseimiento interesado. La solicitud fue reiterada en fecha 22 de noviembre de 2.010 y 7 de febrero de 2011.

SEGUNDO.- En esencia, en sus escritos Roberto se sostiene que:

1) D. Roberto, como cargo0001 de Estepona, compró para el Ayuntamiento, carpas, moquetas y cortinas a la empresa Special Events, de Fernando, a un precio menor de mercado, cuyo destino era el Palacio de Exposiciones y Congresos.

2) En referencia al “apunte de fecha 21/03/02 entrega Santiago y en novia Roberto por importe de 30.400 euros”, Roberto expone en su escrito que se refiere al pago de una deuda contraída por su pareja sentimental, en aquel tiempo, con una imprenta y que D. Fernando pagó, a través de su abogado Sr. Lago Bornstein; el importe fue devuelto por su pareja en el año 2006.

3) En el apartado 2 del folio 11 del auto del Juzgado Central número 5, dice que “consta un apunte con fecha 18/12/03 de ingreso en Cajamadrid por pago de facturas de Roberto por importe de 6000 euros”. A este extremo, D. Roberto, según se extrae de sus escritos, desconoce a qué puede responder este apunte y recalca que nunca ha tenido una cuenta corriente en Cajamadrid. Además, continua, el apunte es de diciembre de 2003 y en esa fecha ya había cortado su relación con D. Fernando.

4) De las afirmaciones anteriores, Roberto afirma haber presentado documentación acreditativa de los extremos de su declaración.

TERCERO.- La representación del Ministerio Fiscal, por escritos de 3 de abril de 2009, 20 de mayo de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 14 de febrero de 2011, se opone a la petición de sobreseimiento formulada por la defensa de D. Fernando, alegando, en síntesis:

a) En el estado actual de la causa y sin perjuicio de las diligencias que quedan aún pendientes de practicar, se infiere la posible comisión de delitos contra la Administración Pública por parte del imputado.

b) Los hechos investigados se refieren a comisiones por prestaciones de servicios de las empresas de Fernando a la Sociedad Turismo y Actividades Recreativas Estepona SLU, así como el pago por parte de Fernando de una deuda de Roberto en el tiempo en el que ocupó cargos en entidades públicas de Estepona.

c) Las anotaciones informáticas suponen, según el informe de la Fiscalía, un porcentaje de las facturas emitidas por las empresas de D. Fernando a la entidad "Turismo y actividades Recreativas de Estepona y al Palacio de Congresos y Exposiciones de Estepona".

d) Los informes mantienen que las anotaciones informáticas relativas al pago por Santiago por cuenta de Fernando de una deuda de Roberto se ven corroboradas por las declaraciones de todos ellos.

CUARTO.- Por escrito de 17 de febrero de 2011 el Sr. Granizo Palomeque, en representación de la Asociación de Abogados Demócratas de Europa (Adade), presenta escrito oponiéndose al sobreseimiento solicitado por Roberto.

QUINTO.- En fecha 18 de mayo de 2011, D^a Annette prestó declaración como testigo ante el Magistrado Instructor, contestando a las preguntas del propio

Magistrado, del Ministerio Fiscal y de alguna de las partes. En esta declaración el testigo corrobora la versión mantenida en las declaraciones y escritos de Roberto, referidas al pago de una deuda contraída por D^a Annette, pareja sentimental en aquel tiempo de D. Roberto, con una imprenta; que la deuda fue pagada, a través del abogado Sr. Lago Bornstein, por D. Fernando que pasó a ser acreedor; que el importe de 31.861,82 € fue devuelto por ella en el año 2006, para lo que, con su pareja actual, solicitó un préstamo al banco. De estas cuestiones aportó la siguiente prueba documental:

a) Resguardo de ingreso en cuenta de consignaciones y depósitos del Juzgado de 1^a instancia número 14 por importe de 31.861,82 € realizado por Annette con fecha 05-05-2006.

b) Póliza de crédito a interés variable contratado con el Banco de Sabadell por importe de 25.000 €, según manifiesta la dicente, por su marido con fecha 03-01-2006.

c) Escritura notarial otorgada por el Notario Alvaro Sanchez Fernandez elevando a pública póliza de préstamo ICO número ... entre Banco Sabadell S.A y el marido de la declarante, según dice ella misma, con el afianzamiento de Annete y otra entidad.

d) Copia de extracto de cuenta compuesta por 5 fotocopias de movimientos de cuenta del Banco Santander Atlántico de Sevilla en la que se reflejan numerosos movimientos de fecha 03-01-2006 a fecha 01-04-2011.

FUNDAMENTACION JURÍDICA

PRIMERO.- Los supuestos delitos que se imputan en la presente causa a Roberto son los de Cohecho regulados en los artículos 420 y 421 del Código Penal.

SEGUNDO.- En los fundamentos tercero y cuarto de la fundamentación jurídica del auto de fecha 7 de septiembre de 2009, por el que se denegaba la solicitud de sobreseimiento de Roberto, este Magistrado-Instructor sostenía que:

“Tercero.- El derecho al proceso debido y el principio de interpretación de conformidad con la Constitución Española implica la admisión de las diligencias de prueba solicitadas por el Ministerio Fiscal, por lo que procede desestimar la pretensión de sobreseimiento ejercitada por D. Roberto.

Cuarto.- La desestimación de las pretensiones de sobreseimiento de D. Roberto, en este concreto momento procesal, no prejuzga sobre el mantenimiento de la condición de imputado en fase posterior de este proceso penal ni, en su caso, sobre la decisión judicial que se adopte en sentencia.”.

TERCERO.- En el momento actual, ya se han realizado las diligencias de prueba solicitadas por el Ministerio Fiscal y es momento procesal oportuno para resolver, de nuevo, la solicitud de sobreseimiento de D. Roberto, de acuerdo con lo manifestado en el Auto de 7 de septiembre de 2009 sobre el prejuicio sobre el mantenimiento de la condición de imputado.

CUARTO.- D. Roberto, prestó declaración el 13 de abril de 2011 ante este Instructor, en debate público, oral, contradictorio, con intermediación y derechos constitucionales de defensa y bajo igualdad y paridad de armas para todas las partes personadas, con plena libertad para todas ellas en cuanto a la articulación de medios de instrucción, alegatoria y probatoria.

QUINTO.- Se han presentado distintos hechos que podrían inferir la posible comisión de delitos contra la administración pública por parte de Roberto. Pero a lo largo de la investigación, estos indicios han sido desvirtuados por las declaraciones y las pruebas presentadas por testigos y por el propio imputado.

SEXTO.- En referencia al apunte referido a la entrega:

“apunte de fecha 21/03/02 entrega Santiago y en novia Roberto por importe de 30.400 euros”, la propia Annete, compañera sentimental en aquel momento de D. Roberto, declaró (18 de mayo de 2011) que el destino del pago de esta cantidad era la subrogación en el crédito que esta mantenía con una empresa dedicada a la imprenta y que la devolución fue realizada por ella misma en 2006, corroborando la declaración del propio imputado.

SÉPTIMO.- En la contratación de moquetas y carpas realizada entre el Palacio de Congresos o Sociedad Municipal de Turismo y Actividades Recreativas de Estepona SL (sociedad privada de capital público, sometida, en su contratación, a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad propios de la contratación pública) y Special Events no aparecen indicios suficientes para imputar delitos a Roberto.

En cuanto al Delito de Prevaricación Administrativa, recogido en el Artículo 404 del Código Penal, se dispone que “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.” La Reforma del Código Penal separa la Prevaricación Administrativa de la Prevaricación Judicial. La Prevaricación Administrativa debe ser dolosa en todo caso. La expresión “a sabiendas” excluye tanto la culpa como el dolo eventual (Sentencia 766/99 de 18 de mayo).

Conforme resulta de bien conocida jurisprudencia (por todas SSTs 257/2005, de 28-2; y 1274/2004, de 5-11) el elemento de “injusticia” -central en la configuración de la infracción de que se trata- se cifra en el coeficiente de arbitrariedad” de la decisión. Donde obrar de manera arbitraria, en un contexto público, de actuación preceptivamente delimitado, es suplantar la ratio y el fin de la norma por personales razones y finalidades; convirtiendo la propia voluntad en fuente de una norma particular (S 1318/2005, de 17-11).

No basta una mera irregularidad administrativa o la discordancia interpretativa de las normas, porque si así se hiciera se correría el riesgo de criminalizar toda la actividad administrativa. Se ha señalado reiteradamente que la resolución incriminada tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en contradicción con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración (SS 444/2000, de 20-3; 295/2007, de 9-4).

Si existiera alguna duda razonable de que la resolución sea manifiestamente injusta, desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en otras vías (S 278/97, de 5-3). Tiene que evidenciarse más allá de toda duda razonable (S 813/98, de 12-6).

Por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos (S 627/2006, de 8-6).

OCTAVO.- D. Roberto no niega la existencia de estas facturas, que él mismo aporta y que figuran en el tomo 18 de las Diligencias Previas 275/08 (foliados con los dígitos 28 a 39).

NOVENO.- Tras las oportunas diligencias, no se ha podido constatar que Roberto tuviera una cuenta corriente abierta en la entidad CAJAMADRID. Ello desvirtúa el apunte encontrado “consta un apunte con fecha 18/12/03 de ingreso en Cajamadrid por pago de facturas de Roberto por importe de 6.000 €”.

DÉCIMO.- Se solicita, en principio, el sobreseimiento libre (escrito de 10 de mayo de 2010), luego matizado en escritos posteriores como provisional (23 de mayo y 7 de febrero de 2011), pero, en el curso de este procedimiento, a tenor del desarrollo de la causa y el estado de la investigación, ha de mantenerse, como más adecuado y razonable, el sobreseimiento provisional, continuando, así, como una línea o constante resolutoria respecto al sobreseimiento provisional, ya anticipada en los autos del 6 de mayo de 2010 (caso Rosalía Iglesias Villar), fundamento jurídico décimo sexto, párrafos quinto y siguientes, y de 24 de enero de 2011 (Yolanda Estrada Madrid), fundamentos jurídicos tercero, cuarto, quinto y décimo, que aplican la doctrina de la Sala Segunda del TS, sentencia 12/9/2005, todo ello en interpretación y desarrollo del artículo 641 LECrim, en particular, en su apartado 2º.

UNDÉCIMO.- Es de considerar, a estas alturas de la investigación, la operatividad del binomio: Presunción de inocencia (correspondiente carga de la prueba para la acusación), artículo 24.2 CE, y Derecho a un Proceso Público sin dilaciones indebidas.

DUODÉCIMO.- La presunción de inocencia rige a lo largo de todo el proceso, por lo que tiene que ser aplicada siempre que no concurren elementos incriminatorios suficientes (mínima actividad probatoria suficiente, practicada

con todas las garantías procesales que, de alguna forma, pueda entenderse de cargo).

DECIMOTERCERO.- Los supuestos indicios sobrantes en la causa no han alcanzado solidez o contundencia incriminatoria contra Roberto, por lo que no pueden enervar su presunción de inocencia sin que quepa esperar, inpendente, a una investigación abierta, sin concreción, o criptoprospectiva para allegar nuevos indicios o dar confirmación o consistencia a los eventualmente existentes, a veces meras inferencias peyorativas sin cobertura probatoria o confirmación incriminatoria. Esa espera, en abierto, podría dañar las garantías del proceso debido, en particular, de la presunción de inocencia y la del plazo razonable. Al respecto, la declaración de Annete Christine corrobora los extremos relatados por Roberto referido al préstamo realizado por D. Fernando, su asunción de crédito y el pago final.

DECIMOCUARTO.- El Derecho al plazo razonable y a no verse, en consecuencia, sometido a un proceso penal sin que se consolide, con firme o enraíce la imputación con solidez de fuentes de prueba, es una garantía recogida en nuestra constitución (art. 24.2 CE), pero que bebe en el hontanar de una vigorosa corriente constitucional: VI enmienda de la Constitución USA; artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos de New York de 1966; Constitución de Canadá, artículo 11.6; artículos 7.5 y 9.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1968, de Costa Rica; y que se concreta, últimamente, reafirmando su importancia, en la reforma constitucional italiana de 23 de noviembre de 1999, que introduce el apartado III en el artículo 111:

“tiempo más breve posible”.

Se han de conciliar las garantías de la persecución pública y aplicación del ius puniendi, con las del debido proceso, la presunción de inocencia, derecho de libertad personal y al proceso público sin dilaciones indebidas y al plazo razonable.

DECIMOQUINTO.- En razón de lo anterior, no procede ninguna imputación por un supuesto delito de cohecho.

No concurren, y en este sentido son razonables, sólidos y fundados, los argumentos de la defensa, el eventual delito de cohecho.

Vistos los preceptos de general aplicación,

FALLO

Se estima la pretensión deducida por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez, nombre y representación de D. Roberto en el sentido de declarar el sobreseimiento provisional y archivo de la causa respecto de su mandante.

Contra la presente resolución cabe Recurso de Reforma en el plazo de 3 días ante este Instructor o Recurso de Apelación en el plazo de 5 días ante este Instructor para ante la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal o Recurso de Reforma y subsidiario de Apelación en el plazo de 3 días ante este Instructor, con la advertencia para la acusación popular de la necesidad de constituir depósito de 25 euros para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Secretaría, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ (redacción LO 1/09 de 3 de noviembre).

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Así lo manda, acuerda y firma D. Antonio Pedreira Andrade, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Doy Fe.