CAUSA ESPECIAL núm.: 20573/2017

Instructor: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmo. Sr. Magistrado Instructor

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En Madrid, a 10 de abril de 2018.

Ha sido Instructor el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron en virtud de Exposición Razonada y testimonio de las Diligencias Previas 736/2014, que adjunta y eleva el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcalá de Guadaira, y que fueron incoadas en virtud de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal nº 25/2013, y en las que aparecen indicios de criminalidad que pudieran ser constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos previsto y

penado en el art. 404 del Código Penal en relación a DON ANTONIO GUTIÉRREZ LIMONES, ex alcalde de la localidad de Alcalá de Guadaira y Diputado en las Cortes Generales en la actual XII Legislatura, conforme consta acreditado.

SEGUNDO.- Tras oír al Ministerio Fiscal, se dicta por la Sala de Admisión Auto en fecha 3 de noviembre de 2017, acordando admitir su competencia para el conocimiento de la presente causa con respecto al aforado Don Antonio Gutiérrez Limones, con designación de Magistrado Instructor conforme al turno establecido.

TERCERO.- Por providencia del Instructor de fecha 25 de enero de 21018 se cita al imputado aforado a fin de oírle sobre los hechos objeto de la imputación para el siguiente 8/2/2018, teniendo lugar dicha comparecencia y declaración en dicha fecha, conforme consta en el acta levantada al efecto.

CUARTO.- Practicadas cuantas diligencias se consideraron oportunas, tanto testificales como documentales, por providencia de 9 de febrero pasado, se acuerda por el Instructor oír al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el plazo común de tres días a efectos de interesar la finalización de las previas o, en su caso, solicitar eventuales diligencias de investigación.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 6 de marzo de 2018 interesando se acuerde el sobreseimiento libre de las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones traen su origen en la exposición razonada elevada por el Juzgado de Instrucción n° 2 de Alcalá de Guadaíra en Diligencias previas 736/2014, al aparecer indicios de criminalidad que pudieran ser constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos y de un

delito de prevaricación omisiva de la persona de D. Antonio Gutiérrez Limones, alcalde de aquella localidad en la época de los hechos y en la actualidad Diputado de las Cortes Generales.

Necesariamente hemos de partir de que el respeto al derecho del proceso no es incompatible con una resolución motivada del órgano judicial que en fase instructora le ponga término anticipadamente, conforme a las previsiones de la Ley, si en el ejercicio de la facultad de calificación jurídica que corresponda, excluye que los hechos objeto de la causa tengan carácter de ilicitud Penal (STS 809/2017 de 1 de diciembre).

En similar sentido STS de 11 diciembre 2017, y (SSTC 94/2001 de 2 abril, 129/2001 de 4 junio, 21/2005 de uno de febrero, 29/2008 del 20 febrero, 45/2009 de 15 junio, de 24/2010 de 15 noviembre y SSTS 613/2013 de 8 julio y 530/2014 de 10 junio) en el sentido de que no se produce vulneración alguna de la tutela judicial efectiva por que el órgano judicial adopte alguna de las resoluciones previstas en la Ley y lo haga razonadamente. "Ninguna infracción constitucional existe del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, que no supone desde luego la satisfacción de los intereses particulares del recurrente, si se hace una aplicación razonada y motivada del ordenamiento jurídico, y mucho menos existe infracción o cualquier vicio del procedimiento si la denegación del enjuiciamiento es fruto de esa aplicación", y se evidencia a lo largo de la instrucción que aquellos indicios que dieron lugar al inicio de la investigación, no fueron tales o bien pruebas posteriores las desvirtuaron. Esto se bastaría con la ausencia de indicios no precisándose, por tanto, prueba de inexistencia de delito. Situación que concurre en la presente causa especial.

SEGUNDO.- Así en relación al auto de malversación de caudales públicos, como señala el Ministerio Fiscal en su escrito fechado el 6 de marzo 2018, por el que interesa el sobreseimiento libre de las actuaciones. El hecho de haberse detectado a través de la Agencia de Viajes del Corte Inglés una facturación por importe de 976,15 euros de un servicio facturado a .través de dicha compañía entre los días 29 de junio de 2007 y 17 de julio de 2007 a nombre de ACM S.A. constituye, según la propia exposición razonada, el indicio de criminalidad del delito de malversación de caudales públicos de los artículos 432 y 433 del Código Penal y ello porque en la investigación se

descubrió que los conceptos incluidos en las lecturas no tendrían nada que ver con el cometido de la empresa municipal, siendo servicios supuestamente disfrutados con dinero público por el Sr. Gutiérrez Limones, su mujer y sus dos hijos.

En concreto a través de la Agencia de Viajes del Corte Inglés se le imputan a la empresa pública:

La factura número 00276-700222C de 21 de junio de 2007. por importe de 177,30 euros, en concepto de billetes de tren.

La factura 00276- 700229C de 29 de junio de 2007 por importe de 606,85 euros en concepto de hoteles/apartamentos.

La factura 00276-760033C de 17 de julio de 2007 por importe de 116 euros en concepto de varios Warner Bross, y

La factura 00276- 760034C de 17 de julio de 2007 por importe de 76 euros y por concepto de Faunia.

También se detectó que la persona que disfrutó estos servicios fue el Sr. Gutiérrez Limones y acompañantes.

Se trataría por tanto de la desviación de dinero público, en este caso de una empresa municipal, a una actividad privada del alcalde investigado.

La defensa alegó en su escrito de 21 de diciembre de 2017 que tales facturas fueron pagadas por el investigado con dinero extraído de su cuenta corriente, aportando en dicha justificación el extracto de los movimientos de dicha cuenta corriente durante los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2007, en los que se observa la extracción de 1.000 € en efectivo el mes de mayo, 1.200 en el de junio, 900€ en el mes de julio, y ninguna cantidad extraída en el mes de agosto.

Las consecuencias que pueden extraerse de tales flujos de dinero son ambivalentes y tanto pueden justificar que con dichos movimientos se obtuvo dinero para hacer efectivo el pago, como lo contrario, que a lo largo *de* los meses aportados, salvo en el mes de agosto en el que no aparece ninguna extracción en efectivo, hay una cierta regularidad en las extracciones que pudieran corresponder a previsibles gastos. pero no aparece una operación extraordinaria como sería el pago de un viaje de un importe ciertamente no elevado, aunque proporcionalmente importe en relación con el volumen de

extracciones de los tres meses citados, que pudiera imputarse al pago en efectivo que se dice realizado.

Frente a estas consideraciones, la falta de acreditación del pago y la documentación de la oficina de viajes de El Corte Inglés en la que consta que dicho pago se hizo a cargo de la sociedad municipal ACM, también existen en la causa argumentos a favor de que ello no fue así.

En primer lugar, el hecho de no aparecer tales pagos en la contabilidad de ACM, lo que aparece certificado por la entidad liquidadora de la sociedad. En el mismo sentido las declaraciones del investigado afirmando que pagó el viaje personalmente y en dinero al gerente de la sociedad ACM, versión corroborada por el propio gerente de ACM D. José Luis Diez Aragón en su declaración ante esta Sala del pasado 28 de febrero, en la que además afirmó que la única explicación que encontraba al hecho de figurar en la factura elaborada por El Corte Inglés la imputación a ACM, es el error padecido por dicha entidad al dar el mismo trato a las facturas de hotel, Warner Bross y Faunia que a la del viaje de tren que si abonó ACM por corresponder al realizado por una persona de la empresa, pero que no fue realizado por el sr. Gutiérrez Limones, que efectuó el viaje a Madrid con su esposa y sus dos hijos en coche.

La duda suscitada, que podría dar lugar a la petición de sobreseimiento previsto en el número 1° del artículo 641 de la ETC:RIN/1-, al no estar debidamente justificada la perpetración del delito que hubiere dado lugar a la formación de la causa, no merece sin embargo mayor consideración atendiendo al hecho del transcurso del tiempo entre el momento en que sucedieron los hechos, en julio de 2007 según la última de las facturas, al precepto penal aplicable a los hechos en caso de haberse acreditado su perpetración y al momento en que se efectivamente se ha dirigido el procedimiento contra la persona investigada.

El tipo penal aplicable a los hechos, de considerarse que existe prueba de su comisión, sería el artículo 432.3 CP vigente en el momento de los hechos, por ser más favorable que el actual artículo 433, que preveía la pena de multa, de prisión de 6 meses a 3 años y de suspensión de cargo público hasta tres años.

El plazo de prescripción de los delitos castigados con tales penas, según el artículo 131 del CP, en la redacción de la LO 15/2003 vigente en el momento de los hechos, sería de 3 años.

Según el art. 131.2 CP recogiendo la jurisprudencia anterior a la reforma de 2010. "la prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, entendiéndose dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que al incoarse la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito".

Exigencia de que "se haya dirigido el procedimiento contra el culpable", que conforme la doctrina de esta Sala recaída en causas especiales —ver autos 2.10.2012, causa especial 20339/09 y 22.10.2014, causa especial 20.429/2013, acontece con el auto de esta Sala de 3.11.2017, declarando la competencia para la instrucción y en su caso enjuiciamiento del Diputado D. Antonio Gutiérrez Limones. Auto que determina el día ad quem de la prescripción y que fue dictado transcurrido en exceso los tres años del art. 131 CP, en su redacción anterior LO 5/2010, por lo que procede acordar la prescripción del referido delito y el sobreseimiento libre, y archivo de las actuaciones.

En efecto sobre el tema de la prescripción tiene declarado esta Sala, (ver STS 760/2014 de 20 noviembre), que presenta naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, añadiendo que por responder a principios de orden público y de interés general puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTS 839/2002, de 6-5; 1224/2006, de 7-12; 25/2007, de 26-1; y 793/2011, de 8-7, 1048/2013 de 19.9) y no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir, dentro del trámite del recurso casacional (SSTS. 1505/99 de 1.12, 1173/2000 de 30.6, 1132/2000 de 30.6, 420/2004 de 30.3, 1404/2004 de 30.11).

En definitiva la prescripción debe estimarse siempre que concurren los presupuestos sobre los que asienta —lapso de tiempo correspondiente o penalización del procedimiento- aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, -como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, art. 666.3 LECrim-, y como cuestión previa al inicio del juicio en el abreviado, art. 786.2 LECrim, en aras de evitar que resulte una persona que, por especial previsión exprese voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal (STS. 387/2007 de 10.5).

En este sentido la STS. 793/2011 de 8.7, recordó: "No forma parte del contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala, el derecho a que las alegaciones sobre prescripción sean resueltas en el turno de intervenciones a que se refiere el art. 786.2 de la LECrim o en la sentencia definitiva. Esa interpretación, si bien se mira, abraza un entendimiento del principio de preclusión procesal que no es acorde con su significado como criterio de ordenación del proceso y, por tanto, de rango axiológico inferior a otros valores y principios que convergen en el enjuiciamiento penal.

Como se afirma en la STC 195/2009, 28 de septiembre —con cita de las SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2, "la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto 'en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings,* § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar —delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de

interrupción del mismo— afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados".

Asimismo, la STS. 583/2013 de 10.6 precisa que "no es un problema de "trámite procesal" sino de si concurre o no la prescripción. Podemos convenir con los recurrentes en que, de ser viable una calificación por un delito con pena que excluyese la prescripción, habría que estimar el recurso, pero no por haberse decidido prematuramente y por cauce inidóneo, sino por no existir seguridad sobre la prescripción. Pero si se puede afirmar con rotundidad que los hechos están prescritos, no puede estimarse el recurso por esta razón procedimental. No genera indefensión alguna esa "anticipación", que es procesalmente correcta. La adopción de esa manera y en ese momento de la decisión sobre la concurrencia de esa causa de extinción de la responsabilidad penal no comporta menoscabo alguno de las posibilidades de defensa, contradicción e impugnación".

Es cierto que esta Sala tiene declarado, SSTS. 511/2011 y 336/2007 que para apreciar la prescripción de esta manera anticipada no debe existir duda alguna sobre la concurrencia de sus presupuestos, lo que no ocurrirá cuando las peticiones de las acusaciones en sus tipos agravados y la continuidad delictiva permitan ampliar el marco de la acusación hasta penas que determinarían una plazo prescriptivo mayor, en cuyo caso lo procedente seria diferir la cuestión al tribunal sentenciador después de la celebración del juicio oral y resolver la cuestión en sentencia. Y por ello al obstarse la continuación del juicio e impedirse la práctica de prueba sobre esas circunstancias fundamentadoras del título de imputación de la acusación, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva cuyo contenido se integra muy especialmente por el derecho a esa prueba, pero también lo es que se admite la clausura del procedimiento por auto de sobreseimiento cuando el presupuesto de la prescripción concurra y de manera inequívoca sin posibilidad de ulterior reconsideración, esto es cuando el tribunal cuente con elementos de juicio suficientes para establecer los datos de hecho de los que aquella decisión dependa.

No otra cosa acaece en el caso analizado, por lo que procede acordar el sobreseimiento libre, arts. 637 y 779.1 en relación art. 675 LECrim.

TERCERO.- En cuanto a la prevaricación omisiva es cierto la doctrina de esta Sala II -ver reciente STS 82/2017 de 3 febrero-ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión en aquellos casos especiales en que fuere imperativo para el funcionario dictar una resolución (Acuerdo del Pleno de esta Sala de 30 de junio de 1997; STS 784/1997, de 2 de julio, Alcalde que no convoca un Pleno para resolver una moción de censura; STS de 9 de junio de 1998, Alcalde que por enemistad con un vecino se niega a darle un certificado de empadronamiento; STS núm. 190/1999; de 12 de febrero, STS núm. 965/1999, de 14 de junio; STS núm. 426/2000 de 18 de marzo; STS 647/2002, de 16 de abril; STS 1382/2002, de 17 de julio, Alcalde que se niega a convocar una comisión de investigación en el Ayuntamiento y a facilitar datos a un Concejal; STS 787/2013, de 23 de octubre, STS 771/2015, de 2 de diciembre, etc.).

Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad.

Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver STS 771/2015, de 2 de diciembre).

En definitiva es susceptible de ser tipificada la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar una resolución y su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación.

En el ámbito del artículo 11 CP, partiendo de su consideración de delito de infracción de deber y de resultado, parece claro que desde la posición de garantía que la titularidad del deber extrapenal y constitucional — artículos 9.1 y 103 CE- otorga, la omisión de la autoridad o funcionario público equivaldrá a la acción desde el punto de vista del contenido del injusto en aquellos supuestos ya explicados en los que los específicos autores se vean impelidos al dictado de una resolución. En esos casos habrá garantía más injerencia. Garantía por la especial cualificación de los autores; injerencia por el incremento de riesgo para el bien jurídico representado por su omisión y concretado por la denegación del acto administrativo, que equivale al resultado.

En igual sentido la STS. 373/2017, de 24 mayo.

En el caso presente la exposición razonada del Juez de Instrucción núm. 2 de Alcalá de Guadaira afirmaba que las declaraciones del interventor dejaron en evidencia clara la actitud totalmente obstruccionista del Alcalde de la localidad y. de los responsables de los órganos de gobierno local y de ACM SA para que se llevara a cabo el control contable y financiero de dicha entidad y que concretamente, hasta en 6 ocasiones por escrito, y en más ocasiones verbalmente, se le comunicó al Sr. Gutiérrez Limones y a los concejales más próximos al mismo la necesidad de dotar con más medios personales y materiales su puesto con la finalidad de controlar las cuentas de ACM SA, siendo efectuadas estas reclamaciones escritas el 17 de diciembre de 2007, 7 de noviembre de 2012 y 2 de mayo de 2013, en la que el interventor apuntó que el Ayuntamiento era responsable de la insolvencia de la empresa municipal y concluye dicho informe afirmando que para evitar estas situaciones en el futuro se debían establecer los procedimientos adecuados para que pudiera inspeccionar la contabilidad y que, por otra parte, se dotara de más medios personales para que pueda ejercer sus funciones de control contable y financiero, indicando, textualmente, que dichas funciones le son en la actualidad, dados los medios de que dispone, de imposible cumplimiento.

Constan también escritos de 25 de enero de 2014 en la que por cuarta vez el interventor expone la necesidad de facilitarle los medios adecuados para llevar a cabo el control contable y financiero de la empresa, teniendo el mismo silencio por respuesta.

Por último, el interventor informó en escritos de 31 de enero de 2014 y 14 de abril de 2015 en el que nuevamente expone la falta de medios y procedimientos adecuados para llevar el control de la sociedad.

La representación procesal del investigado, en su escrito de 21 de diciembre de 2017 en el que solicitaba el sobreseimiento y archivo de la causa, alegó que el propio Interventor Municipal, D. Francisco de Asís Sánchez Nieves, había declarado reiteradamente que D. Antonio Gutiérrez Limones jamás obstruyó la labor de la intervención e incluso tras su declaración ante la Guardia Civil como testigo y, debido a la publicación de una noticia sobre lo supuestamente allí le declarado, le remitió una carta en la que desmentía que hubiera manifestado que D. Antonio Gutiérrez Limones bloqueara los intentos del interventor municipal por auditar ACM y poner freno a las irregularidades y hubiera contado que en reiteradas ocasiones, y por escrito, alertara tanto al alcalde D. Antonio Gutiérrez Limones, como al resto de la Junta de Gobierno Local, de lo que sucedía en ACM y hubiera reclamado medios materiales y personales para fiscalizar la sociedad sin obtener, en ningún caso, respuesta.

En el referido escrito también se transcribían las declaraciones del interventor en sede judicial, que según la defensa ratifican el contenido de la referida carta, y su respuesta a preguntas del Fiscal, en la que manifestaba que era imposible que hubiera alertado al alcalde de algo que él mismo desconocía, que no tenía ningún conocimiento de ninguna irregularidad en ACM y que se enteró de ello posteriormente a través de la prensa.

En la declaración del Interventor Municipal, D. Francisco de Asís Sánchez Nieves ante esta Sala prestada el 28 de febrero de 2018, este manifestó:

No le constaban irregularidades en la gestión de la empresa municipal ACM, pues no tuvo noticia de ellas y que, aunque la intervención tuviera el control financiero de esa empresa no se hubieran podido detectar irregularidades.

El escrito dirigido al Alcalde tenía por finalidad evitar la supresión de la plaza de vice interventor. lo que consiguió al no producirse la supresión de dicha plaza que salió a concurso y se ocupó efectivamente en abril de 2009.

Siguió pidiendo incremento de personal, pero en escritos dirigidos al Delegado de Hacienda y al Delegado de Recursos Humanos del Ayuntamiento.

No tiene la convicción de que no aumentar la plantilla estuviera motivado para que no hubiera un adecuado control de las cuentas.

Aun con más medios (personales) hubiera sido muy difícil detectar las irregularidades.

A la vista de lo actuado no resulta posible afirmar aquella voluntad permanente en el tiempo de la persona investigada de impedir el control de la empresa municipal ACM, mediante la desatención de la petición de dotación de personal al órgano del Ayuntamiento encargado de dicho control o la omisión de adoptar las medidas adecuadas para impedir aquellas actividades presuntamente delictivas desarrolladas en el seno de ACM, máxime cuando de aquellas peticiones del interventor, tan solo la primera de ellas —diciembre 2007-, le fue dirigida a su persona, y no puede entenderse que aquellas irregularidades fuesen un hecho notorio, no perteneciendo el investigado al Consejo Rector de ACM.

En base a lo razonado y teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal —única parte acusadora- ha interesado el sobreseimiento libre de las actuaciones, procede acceder a lo solicitado en base a lo dispuesto en los arts. 637, 642 y 782.1 LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

EL INSTRUCTOR ACUERDA: 1º) El **SOBRESEIMIENTO LIBRE** por no ser los hechos constitutivos de infracción penal. Y, **2º)** El **ARCHIVO** de las actuaciones.

Así por este auto, lo acuerdo, mando y firmo