

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Fecha del auto: 06/10/2020

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: 20183/2020

Fallo/Acuerdo:

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

Procedencia: JDO.INSTRUCCIÓN N.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

Transcrito por: MMD

Nota:

Resumen

Auto Archivo Exposición Razonada

CAUSA ESPECIAL núm.: 20183/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 6 de octubre de 2020.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 2-3-2020 se recibió en esta Sala Exposición Razonada de la Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 2 de Girona, remitiendo testimonio de particulares de las Diligencias Previas 411/16 seguidas en dicho

Juzgado, al apreciarse en la investigación realizada indicios de criminalidad contra Carles Puigdemont Casamajó, alcalde de Girona en el momento de los hechos, y al día de hoy con la condición de Diputado del Parlamento Europeo, por los posibles delitos de prevaricación (art. 404 CP), fraude a la Administración (art. 436 CP) y falsedad documental (art. 390.1-4 CP).

SEGUNDO.- Por providencia de 29-6-2020 se acordó pasar las presentes actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la Exposición Razonada, elevada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Girona.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal despachó referido informe con fecha 1-9-2020 en el sentido de interesar: a) que se declare la competencia de esta Sala y, b) que se decrete el archivo de la causa por no ser los hechos constitutivos de los delitos de prevaricación, fraude y falsedad inicialmente imputados.

CUARTO.- Por providencia de 8-9-2020 se tuvo por evacuado el traslado pasando las actuaciones al Magistrado Ponente para la resolución procedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso.

La Magistrado titular del Juzgado de Instrucción no 2 de Girona, en relación con las Diligencias Previas núm. 805/2019, procedentes del testimonio deducido de las Diligencias Previas núm. 411/2016 del mismo Juzgado -declaradas secretas-, ha dirigido a esa Sala Exposición Razonada al estimar la existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de D.

Carles Puigdemont Casamajó y ostentar la condición de diputado del Parlamento Europeo.

La presente Exposición Razonada se refiere exclusivamente a los hechos atribuidos a Puigdemont en el curso de las Diligencias Previas 805/2019, todo ello al margen de la competencia que subsiste en relación con los demás investigados en las Diligencias Previas 411/2016 en favor del Juzgado de Instrucción de Gerona. Esta causa especial, por tanto, solo se dirige contra Puigdemont, sin que la competencia sobre el aforado arrastre a la del resto de investigados que sigue instruyéndose en la causa matriz.

Los hechos descritos en la Exposición hacen referencia a la actuación del Sr. Puigdemont en los años 2013-14 cuando era alcalde de Girona. Se indica que el Pleno del Ayuntamiento acordó el 11 de marzo de 2013 la aprobación de una prórroga -la segunda- de la concesión para la gestión del agua por la empresa mixta "AGISSA", introduciendo en el Convenio el pago de un canon extraordinario de 3.750.000 euros entre los años 2013 a 2015 a los Ayuntamientos de Girona, Salt y Sarriá de Ter. De esa cantidad el Ayuntamiento de Girona recibió 2.625.000 euros que fueron consignados, parte como "operaciones no presupuestarias" y parte como "concesiones administrativas". El canon pagado por AGISSA, por su naturaleza, estaba afectado a los gastos del ciclo del agua.

Por otro lado, el Sr. Puigdemont, como alcalde de Girona, suscribió el 6 de febrero de 2014 los denominados "Acuerdos del contrato de compraventa de pinturas, grabados, esculturas, cerámicas y otros objetos de arte en favor del Ayuntamiento de Girona", tratándose de las 1.320 piezas que constituían la colección "Fondo Santos Torroella", valorada, según informe aportado, en 4.725.810 euros. El importe de la compraventa se estableció en 3.900.000 euros que debían de ser abonados por el Ayuntamiento entre los años 2014 a 2019.

En el Acuerdo se indicaba que para hacer frente al primer pago, de 1.000.000 euros, la partida sería habilitada con la aprobación del expediente

de modificación de crédito por transferencia entre partidas y atendida la afectación que se acordaba en ese acto del canon del convenio suscrito con AGISSA, que permitía liberar del crédito previsto al presupuesto municipal para el ejercicio de 2014 de tres partidas mantenimiento red de saneamiento, plan saneamiento, servicio agua potable- por el importe total de 1.000.000 euros: El Acuerdo fue aprobado en el Pleno del Ayuntamiento de Girona de 14 de febrero de 2014 que presidía Puigdemont, con su voto de calidad, y el pago del primer lote de la adquisición, por el importe de 1.000.000 euros, se produjo el 8 de abril de 2015, al suscribirse el contrato de compraventa. Esa suma tenía su origen mediato en la aplicación del pago del canon extraordinario de la concesión del servicio de aguas.

Se indica en la Exposición que la actuación llevada a cabo ocasionó un perjuicio al patrimonio del Ayuntamiento, ya que, según informes aportados, el estado de la red de agua requería unas actuaciones de mejoras, pero las inversiones se redujeron casi a la mitad en detrimento de la calidad y estado de las instalaciones, de manera que el consumidor final del servicio de agua iba a pagar más, pero los fondos no iban a determinar una mejora en la calidad de las instalaciones.

Así mismo, en relación con el informe de valoración de la Colección, emitido por Artur Ramón el 17 de abril de 2013, se dice que el Decreto de la Alcaldía por el que se aprobó contratar ese estudio valorativo faltó a la verdad en cuanto al objeto del documento, ya que el Decreto se firmó el 22 de mayo de 2013 cuando ya habían sido emitidos el informe y la factura.

Las Diligencias se incoaron para investigar hechos que podían ser constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos o de apropiación indebida. En la Exposición elevada se indica que los hechos relativos a Puigdemont revisten caracteres de delitos de prevaricación, de fraude a la Administración y de falsedad documental.

SEGUNDO.- Competencia.

Se ha adjuntado al rollo comunicación remitida por el presidente de la Junta Electoral Central en la que se indica que esa Junta, que es la autoridad nacional competente para comunicar la condición de diputado electo, no había sido oída por el Parlamento Europeo en relación con los Sres. Puigdemont y Comín, pero que era público y notorio que, hasta la fecha, el Sr. Puigdemont estaba interviniendo en las sesiones de ese Parlamento.

Según puede comprobarse en la página oficial del Parlamento Europeo, Carles Puigdemont i Casamajó figura como miembro del mismo (no inscrito y por España).

Al respecto, el Reglamento Interno del Parlamento Europeo (Y Legislatura, DOUE 22.11.2019) establece en su art. 5 "Privilegios e Inmunidades", que "Los diputados gozan de los privilegios y las inmunidades establecidos en el Protocolo no 7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea". El Protocolo nº 7, Sobre los Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea (DOUE 17.12.07) reza en su art. 9 que "Mientras el Parlamento Europeo esté en periodo de sesiones, sus miembros gozarán: en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país".

A nivel nacional, el art. 71.3 CE establece que "En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo". Y esa misma norma se contiene en el art. 57.2º LOPJ, precisando que la competencia es para la instrucción y el enjuiciamiento.

Abundando en este sentido, la STJUE de 19 de diciembre de 2019, que resolvió la cuestión prejudicial promovida por el TS español, sobre la inmunidad parlamentaria de Oriol Junqueras, considera que una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo ha adquirido, por este hecho y desde ese momento, la condición de miembro de dicha institución, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, y goza, en este concepto, de la inmunidad prevista

en el párrafo segundo del mismo artículo. Inmunidad que incluye el fuero competencial.

Lo expresa, la referida sentencia del TJUE, en estos términos:

"Como ha señalado el Abogado General en el punto 70 de sus conclusiones, estas disposiciones deben interpretarse, por lo tanto, en el sentido de que la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, se produce por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros.

Por otro lado, el Acta electoral define los límites temporales del mandato para el que son elegidos los miembros del Parlamento Europeo, estableciendo, en su artículo 5, apartados 1 y 2, que este mandato coincide con el período quinquenal que se inicia con la apertura del primer período de sesiones después de cada elección, de tal manera que comienza y expira al mismo tiempo que ese período quinquenal.

A este respecto, del artículo 11, apartados 3 y 4, del Acta electoral resulta que el «nuevo» Parlamento Europeo se reúne sin necesidad de previa convocatoria el primer martes siguiente a la expiración de un plazo de un mes a partir del final del período electoral y que el Parlamento Europeo «saliente» cesa en sus funciones en el momento de celebrarse la primera sesión del «nuevo» Parlamento Europeo.

Asimismo, conforme al artículo 12 del Acta electoral, es en esta primera sesión cuando el «nuevo» Parlamento Europeo verifica las credenciales de sus diputados y decide acerca de las controversias que puedan eventualmente -suscitarse en relación con las disposiciones de dicha Acta. 74.

De ello se deriva que, a diferencia de la condición de miembro del Parlamento Europeo, condición que, por un lado, se adquiere en el momento

en que se proclama electa a una persona oficialmente, como se señala en el apartado 71 de la presente sentencia, y, por otro lado, crea un vínculo entre esta persona y la institución de la que ha pasado a formar parte, el mandato de miembro del Parlamento Europeo establece un vínculo entre esa misma persona y la legislatura para la que ha sido elegida. Ahora bien, esta legislatura no se constituye hasta el momento de la apertura de la primera sesión del «nuevo» Parlamento Europeo celebrada tras las elecciones, que, por definición, es posterior a la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros.

Por último, el Acta electoral precisa, en su artículo 6, apartado 2, que los diputados al Parlamento Europeo se benefician de las inmunidades reconocidas por el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión

En cuanto a la fuente jurídica de estas inmunidades, el artículo 343 TFUE prevé que la Unión gozará en el territorio de los Estados miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su misión, en las condiciones establecidas por el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión. Si bien dicho artículo confía, por tanto, a este Protocolo la determinación de las condiciones en las que deben garantizarse las inmunidades, exige que la Unión y, en particular, los miembros de sus instituciones gocen de las inmunidades necesarias para el cumplimiento de su misión. De ello se deriva que estas condiciones, tal como sean determinadas por dicho Protocolo y, en la medida en que este se remite al Derecho de los Estados miembros, por las legislaciones nacionales, deben garantizar que el Parlamento Europeo tenga total capacidad de cumplir las misiones que le han sido atribuidas.

A este respecto, como resulta tanto del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión como del título de su capítulo III, del que forma parte tal artículo, las inmunidades de que se trata se reconocen a los «miembros del Parlamento Europeo» y, por tanto, a quienes han adquirido esta condición como consecuencia de la proclamación oficial de los

resultados electorales por los Estados miembros, como se señala en el apartado 71 de la presente sentencia.

En relación con estas inmunidades garantizadas a los miembros del Parlamento Europeo, el artículo 9, párrafo primero, del mencionado Protocolo prevé inmunidades de las que gozan, de igual modo, durante todo el período de sesiones de una legislatura determinada del Parlamento Europeo, aunque este no se encuentre, de hecho, reunido en sesión (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 1986, Wybot, 149/85,EU:C:1986:310, apartados 12 y 27).

En cambio, el artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión tiene un alcance temporal diferente. Esta disposición establece, en efecto, que gozan igualmente de inmunidad los miembros del Parlamento Europeo cuando se dirijan al lugar de reunión de dicho Parlamento o regresen de este y, por tanto, también cuando se dirijan a la primera reunión celebrada tras la proclamación oficial de los resultados electorales para permitir que la nueva legislatura celebre su sesión constitutiva y verifique las credenciales de sus miembros, como se indica en el apartado 73 de la presente sentencia. En consecuencia, los miembros del Parlamento Europeo gozan de la inmunidad de que aquí se trata antes de que comience su mandato .

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, debe considerarse que una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo ha adquirido, por este hecho y desde ese momento, la condición de miembro de dicha institución, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, y goza, en este concepto, de la inmunidad prevista en el párrafo segundo del mismo artículo".

En consecuencia, la competencia para conocer de la presente causa especial, referida en exclusiva al comportamiento Sr. Puigdemont, corresponde a esta Sala II del Tribunal Supremo, dada la condición de eurodiputado del mismo. Y todo ello al margen, como ya se ha dicho, de la

subsistente competencia del Juzgado de Gerona respecto del resto de investigados en la causa matriz.

TERCERO.- En cuanto a los delitos a los que se contrae la Exposición Razonada.

3.1.- Prevaricación.

El delito de prevaricación "tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal" (STS. 63/2017, de 8 de febrero).

Según criterio jurisprudencial, para que aflore el delito de prevaricación administrativa será preciso: 1) el dictado de una resolución por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria a derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o legalidad pueda manifestarse en la falta absoluta de competencia o en el propio contenido sustancial de la resolución, de tal suerte que no pueda ser explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto; y 5) que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho (SSTS. 232/2018, 17 de mayo); 627/2019, 18 de diciembre).

Igualmente se ha manifestado que, una vez establecida la ilegalidad administrativa, para apreciar la existencia del delito de prevaricación, debe determinarse que la actuación ha sido arbitraria (STS. 512/2015, de 1 de julio); "pues no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar

supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria" (STS. 795/2016, de 25 de octubre).

En este caso, descartada la existencia de actos malversadores, la actuación atribuida, en principio, al Sr. Puigdemont, como alcalde de Girona, se reduce a la adquisición para el Museo municipal de una colección de obras de arte habiendo abonado parte del precio -1.000.000 euros de un total de 3.900.000 euros- de aquella adquisición con el importe recibido por el Ayuntamiento, con cargo a los fondos obtenidos tras prorrogar los contratos de concesión en favor de la empresa mixta AGISSA -Aguas de Girona, Salt i Sarriá- para gestionar el cobro del canon del agua, y que deberían de haberse aplicado al financiamiento del gasto municipal relacionado con el ciclo integral del agua.

El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en el Título VI "Presupuesto y gasto público", Capítulo I "De los presupuestos", Sección 2ª "De los créditos y sus modificaciones", establece en el art. 180 "Transferencias de crédito: límites objetivos", 1.b) "No podrán minorarse los créditos que hayan sido incrementados con suplementos o transferencias, salvo cuando afecten a créditos de personal, ni los créditos incorporados como consecuencia de remanentes no comprometidos procedentes de presupuestos cerrados". Y en el art. 181, "Generaciones de crédito", que "Podrán generar crédito en los estados de gastos de los presupuestos, en la forma que reglamentariamente se establezca, los ingresos de naturaleza no tributaria derivados de las siguientes operaciones...".

En el Informe emitido en esta Causa, con fecha 24/05/2019, por la Intervención General de la Administración del Estado (f. 9922 a 9947), se han expuesto las conclusiones siguientes:

"-Existe una afectación del canon pagado por AGISSA a los gastos del ciclo del agua, tanto por afectación legal como por afectación presupuestaria

efectuada por el Pleno del Ayuntamiento de Gerona en el Acuerdo de 14 de febrero de 2014.

-El incremento de crédito por importe de 1.000.000 € por la aplicación del canon en las partidas destinadas a cubrir gastos del ciclo del agua tendría amparo legal en el TRLRHLL, si bien el tipo de modificación debería de haber sido la ampliación de créditos por ingresos afectados y no la generación de crédito por ingresos.

-Las transferencias de crédito desde las partidas destinadas a gastos conexos con el ciclo del agua a la partida para el pago del primer lote de la Colección Santos Torroella incumplen la limitación que se efectúa en el art. 180 del TRLRRL de que las transferencias no pueden afectar a créditos ampliables.

-La incorporación de los remanentes de crédito de 2014 de la partida destinada al pago del primer lote de la colección Santos Torroella al presupuesto del año 2015 no subsana la ilicitud de las transferencias de crédito iniciales.

El resultado último de las operaciones presupuestarias recogidas en este informe es que se incumple la afectación del canon de forma que unos créditos que deberían haberse aplicado a gastos relacionados con el ciclo de agua se destinan, mediando transferencias de crédito no autorizadas por el TRLRHLL, al pago del primer lote de la Colección Santos Torroella".

Sobre la base de la normativa expuesta, hay que partir de que la actuación realizada por el Sr. Puigdemont, como alcalde de Girona, debería ser considerada ilegal, al haber permitido con su voto de calidad orientando el sentido final de la decisión colegiada municipal, unas transferencias entre partidas no permitidas por la ley. Pero para apreciar si la conducta puede valorarse como arbitraria a los efectos de poder estimarse la posible comisión de un delito de prevaricación 'administrativa, hay que atender a otros datos puestos de manifiesto en las actuaciones.

Constan en la Causa los documentos siguientes:

-Informe de tasación de la colección de arte de Rafael Santos Torroella emitido por Artur Ramón, anticuario e historiador de arte, con fecha 17 de abril de 2013, valorando el total de objetos en 4.725.810€.

-Informe dirigido al Sr. Puigdemont, alcalde de Girona, por el director de la Fundación Rafael Masó y el jefe de Cultura del Ayuntamiento relativo a la colección de arte de Rafael Santos Torroella, con fecha 4 de septiembre de 2013, destacando la importancia de la compra de la Colección para la política museística de la ciudad.

-Informe de la Secretaría del Ayuntamiento de Girona, de fecha 4 de febrero de 2014, sobre la presentación a aprobación plenaria de la propuesta de adquisición de la colección de arte "Santos Torroella" por parte del Ayuntamiento de Girona en dos contratos, un contrato de compraventa de más de 1.200 piezas, valoración cifrada en 3.900.000€, y una donación y adquisición del archivo y biblioteca de Rafael Santos Torroella, valorada en 1.000.000€.

-Informe dirigido al Sr. Puigdemont, alcalde, por el jefe de Cultura, sobre la adquisición y aceptación de la donación de objetos de Rafael Santos Torroella, con fecha 6 de febrero de 2014, proponiendo aprobar la adquisición y aceptar la donación, e indicando que para hacer frente al pago de 1.000.000€ en el año 2014 la partida sería habilitada con la aprobación de un expediente de modificación de crédito por transferencia entre partidas, en concreto transferencia negativa de tres partidas de mantenimiento de la red saneamiento, plan de saneamiento y servicio agua potable, por un importe total de 1.000.000€.

-Propuesta de acuerdo al Pleno del Ayuntamiento para adquirir la Colección, firmada por el Sr. Puigdemont con fecha 6 de febrero de 2014.

-Informe del Interventor relativo a la adquisición de la Colección de Arte, emitido con fecha 7 de febrero de 2014, haciendo referencia a la forma de pago.

-Acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento celebrada el 14 de febrero de 2014, constando la aprobación de la propuesta de adquisición de la Colección de arte.

-Informe del Director General de la Dirección General de Administración Local del Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales de la Generalitat de Catalunya, de fecha 27 de junio de 2014, informando favorablemente a la adquisición directa por parte del Ayuntamiento de Girona de la Colección de arte.

-Formalización de los contratos de compraventa de la Colección de arte con fecha 8 de abril de 2015, realizándose con esa fecha el primer pago de 1.000.000 €.

Por lo tanto, en relación con la adquisición de la Colección Santos Torroella por el Ayuntamiento de Girona consta que se tramitó un expediente en el que se aportó una valoración de los bienes tasando los mismos en un importe superior al que fue abonado por el Ayuntamiento; que emitió informe el jefe de Cultura del Ayuntamiento dejando constancia de la importancia de la adquisición de las obras artísticas para la Ciudad; que emitieron informes el Secretario y el Interventor del Ayuntamiento con referencia expresa al cambio de partidas para abonar el primer pago de la Colección; que el Pleno del Ayuntamiento aprobó la propuesta; y que la Generalitat de Catalunya informó favorablemente a la adquisición directa.

Por ello, hay que concluir que el primer pago de la Colección se realizó con fondos procedentes del canon percibido por la concesión del servicio del agua, tratándose de una transferencia de partidas contraria a las reglas establecidas en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, constituyendo ese hecho una infracción a valorar por la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa. El ilícito administrativo resulta, en principio, incuestionable, pues tal y como se dijo en el informe del secretario del Ayuntamiento de Girona (número 2017/92) de 4 de julio de 2017, en su página 25, el canon es un ingreso de derecho público y de naturaleza contractual, y, por tanto, un recurso económico derivado del contrato de prórroga y que se rige por las condiciones del propio contrato (cláusulas del pago de condiciones), añadiendo que existe una afectación del canon pagado por AGISSA a los gastos del ciclo del agua, tanto por afectación legal, como presupuestaria, efectuada por el Ayuntamiento de Girona en el Acuerdo de 14 de febrero de 2014 (página nº 18 y página nº 24 del informe), concluyendo que el destino del canon debe ser alguna de las prestaciones que configuran el objeto contractual -página 33-, por lo que queda "afecto al servicio público y debe revertir al propio objeto de la concesión".

El ilícito administrativo se revela nítido, pero se considera que, teniendo en cuenta todos los datos expuestos, no existe base para estimar que los hechos objeto de valoración fueran manifiestamente contrarios en cuanto a la forma- y al fondo al ordenamiento jurídico. En ese sentido, en la STS (Contencioso-Administrativo, sec. 2ª), 716/2017, de 26 de abril, se consideró que el hecho de destinar el pago de un canon realizado por una sociedad de aguas a sufragar los gastos generales del Ayuntamiento y no a pagar el coste del servicio, constituía una vulneración del ordenamiento jurídico, pero no se efectuó ninguna valoración en cuanto a una hipotética comisión de un delito de prevaricación administrativa, cuya persecución resultaba posible por no haber prescrito la infracción delictiva.

Decía así la resolución citada:

"Si Aquagest S.A en su día pagó este canon inicial en nombre de la Sociedad Aguas de León y este importante montante económico no se destinó al servicio sino a sufragar gastos generales del Ayuntamiento (sueldos y otros gastos fijos ajenos al objeto de la Tasa) es por ello que, figurando todos los años en las cuentas de Aguas de León SL la devolución de 1.000.000€ a

Aquagest (hoy Aquona), se está vulnerando el ordenamiento jurídico dado que con la recaudación de la tasa solo se debe pagar el coste del servicio".

Pero más allá de esa afirmación, que desvela la generalidad de la corruptela, el TS, Sala de lo Contencioso, no valoró la posible comisión de un delito de prevaricación, por aquella desviación de aplicación pública de una tasa de agua.

Ahora bien, para alcanzar la tipicidad del artículo 404 CP, no es suficiente la mera ilegalidad, esto es, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión del DP aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger, como ha puesto de relieve repetidamente la Sala Segunda, al declarar que "el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora".

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo suponen la

comisión de un delito. En este sentido, a pesara de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación, pues conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contenían, al igual que ahora en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015, como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, no pueden identificarse actos nulos y actos delictivos. Es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo, citada por la STS de 17.10.2018, número 477).

Insiste en estos criterios doctrinales la STS nº 755/2007, de 25.9, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves.

Además, la STS. 259/2015, de 30 abril, recuerda cómo el CP de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso INTELHORCE).

La STS de 11.3.2015 recalca que "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad, lo que se sanciona".

Conforma, por tanto, el elemento objetivo del tipo de prevaricación del artículo 404 CP "el acuerdo de resoluciones arbitrarias entendidas como los actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho" -STS de 17.10.2018-.

En particular, la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado vigente cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omitiendo totalmente las formalidades procesales administrativas, actuando con desviación de poder, omitiendo en cada caso dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). La arbitrariedad típica debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta de ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal.

En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

En cuanto al elemento subjetivo reiterada jurisprudencia, por todas STS 82/2017 de 13 de febrero, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el

autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. En efecto, si el dolo es conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, el autor prevaricador ha de conocer y querer no solo la ilegalidad, sino la injusticia y la arbitrariedad.

Por ello se ha dicho, que en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

En sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna.

La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada.

La expresión "a sabiendas", según las SSTS de 30 de mayo de 2003, 22 de septiembre de 2003, 25 de mayo de 2004, 1 de julio de 2009, no solo elimina del tipo la comisión culposa, sino también la comisión del delito a título de dolo eventual.

En nuestro caso, resultando cierta la ilegalidad administrativa, por haberse utilizado el canon del agua sin respetar sus límites finalísticos y presupuestarios, no puede entenderse que la resolución dictada lo haya sido por órgano incompetente, ni que se haya prescindido de las normas esenciales de procedimiento, ni que sea consecuencia de la comisión de una infracción penal o expresión de la misma, máxime si se tiene en cuenta que la desviación de finalidad pública hoy constituye sin más un ilícito administrativo. Tampoco surge un dolo directo de querer sustituir la legalidad por el capricho, sino más bien, el propósito de estirar ilícitamente la autonomía local superando las estrecheces de las limitaciones que el canon ecológico y su condición de ingreso de derecho público imponía desde las Directivas Europeas y la legislación nacional y autonómica, a las perspectivas de gestión del municipio.

3.2.- Respecto al fraude, el delito de fraude a la Administración tipificado en el art. 436 CP es un delito de mera actividad que no precisa la producción de daño, pero requiere que el fin perseguido sea defraudar al erario público (STS. 606/2016, de 7 de julio).

En el caso valorado, no se ha cuestionado que el valor de la Colección "Santos Torroella" era superior al precio abonado por el Ayuntamiento y que constituían un conjunto de obras de arte de interés para el ente municipal. Por otro lado, no puede considerarse perjuicio en el patrimonio del Ayuntamiento de Girona que dejara de invertirse una determinada cantidad en la red de saneamiento y agua potable. El cambio de las partidas presupuestarias fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento con conocimiento de su origen y de su destino.

Por lo tanto, sin perjuicio de la ilegalidad de la operación ejecutada por el Sr. Puigdemont, se considera que no resulta apreciable la existencia de un artificio para defraudar al Ayuntamiento de Girona, a efectos de poder estimarse cometido un delito de fraude.

3.3.- En cuanto a la falsedad, el delito de falsedad tipificado en el art. 390.1.4 CP requiere que una autoridad o funcionario público falte a la verdad en la narración de los hechos en un documento.

En la documentación aportada en esta Causa consta, por un lado, que el Sr. Puigdemont firmó un Decreto de la Alcaldía con fecha 22 de mayo de 2013 aprobando contratar el estudio valorativo de la colección de arte de Santos Torroella a la empresa Artur Ramón por un importe de 6.000€ más IVA; y, por otro lado, que el informe de tasación de la Colección había sido firmado por Artur Ramón el 17 de abril de 2013.

En relación con el delito de falsedad documental esa Sala tiene declarado que la "mutatio veritatis" debe recaer sobre elementos esenciales del documento y tener suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración de delito los mudamientos de verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento (STS. 657, de 15 de julio).

En este caso, obra en las actuaciones copia del voluminoso informe emitido (f. 9523 a 9599) y la factura de abono del mismo por el Servicio de Gestión Documental y Archivos y Publicaciones del Ayuntamiento de Girona, por lo tanto, la cuestión de que el Decreto pudiera haberse dictado cuando el informe ya estaba firmado carece de trascendencia a los efectos de considerar falso su contenido. No se trataba un documento simulado ni falso en su integridad (STS. 476/2016, de 2 de junio), sino que respondía a una operación real.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1º) Declarar la competencia de esta Sala. 2º) Decretar el archivo de la causa por no ser los hechos constitutivos de los

delitos de prevaricación, fraude y falsedad documental inicialmente imputados a D. Carles Puigdemont Casamajó.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez, presidente

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Vicente Magro Servet